



**HAL**  
open science

# L'intervention du juge dans le fonctionnement des sociétés commerciales en droit de l'OHADA

Viviane Yolande Magne Fosso

► **To cite this version:**

Viviane Yolande Magne Fosso. L'intervention du juge dans le fonctionnement des sociétés commerciales en droit de l'OHADA. Droit. Université Côte d'Azur, 2020. Français. NNT : 2020COAZ0019 . tel-03279118

**HAL Id: tel-03279118**

**<https://theses.hal.science/tel-03279118>**

Submitted on 6 Jul 2021

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



# THÈSE DE DOCTORAT

L'intervention du juge dans le fonctionnement  
des sociétés commerciales en droit de  
l'OHADA

**Viviane Yolande MAGNE FOSSO**

GREDEG-CNRS

Présentée en vue de l'obtention  
du grade de docteur en Droit  
d'Université Côte d'Azur

Dirigée par : Irina PARACHKÉVOVA

Soutenue le : 15 décembre 2020

Devant le jury, composé de :

**Bastien BRIGNON**, Maître de conférences  
HDR, Aix-Marseille Université

**Irina PARACHKÉVOVA**, Professeur à l'Université  
Côte d'Azur

**Jean-Baptiste RACINE**, Professeur à l'Université  
Paris II Panthéon-Assas

**Abdoulaye SAKHO**, Professeur à l'Université  
Cheikh Anta Diop (Sénégal).

# **TITRE ET IDENTIFICATION DU JURY**

**Titre.** L'intervention du juge dans le fonctionnement des sociétés commerciales  
en droit de l'OHADA

## **Identification du jury.**

### **Président du jury :**

Jean-Baptiste RACINE, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

### **Rapporteurs :**

Bastien BRIGNON, Maître de conférences HDR, Université d'Aix-Marseille  
Abdoulaye SAKHO, Professeur à l'Université Cheikh Anta Diop (Sénégal)

### **Directrice de thèse :**

Irina PARACHKÉVOVA, Professeur à l'Université Côte d'Azur

## RÉSUMÉS ET MOTS CLÉS

**Titre.** L'intervention du juge dans le fonctionnement des sociétés commerciales en droit de l'OHADA

**Résumé.** La société commerciale est le cadre par excellence de l'investissement. Soucieux de faire de ce cadre un espace susceptible de répondre aux besoins économiques et sociaux des Etats membres de l'OHADA, le législateur y a apporté une profonde réforme. Dans cette perspective, il a fait du juge l'organe chargé d'assurer l'application effective et efficace des Actes Uniformes et de veiller à la stabilité de l'environnement sociétair. Il s'agit en effet d'une mission qui lui permet d'intervenir à tous les stades de la vie sociétair. Cependant, la confrontation entre les pouvoirs des différents acteurs sociaux, la disparité entre les règles de procédure des différents Etats membres de l'OHADA et l'absence de professionnalisme du juge invite à s'interroger sur l'efficacité de cette intervention dans la vie de la société.

En réalité, la décision judiciaire et le contrat de société sont deux modes de gestion des rapports sociaux *a priori* inconciliables. Conformément à la théorie de la nature contractuelle de la société, le juge ne peut influencer la gestion d'un bien privé. Toutefois, les adeptes de la nature institutionnelle de la société ont réussi à apporter des aménagements à ce principe. Ainsi, la protection de l'intérêt social et les impératifs de bon fonctionnement de la personne morale peuvent justifier le développement des pouvoirs judiciaires au sein de la société commerciale. Pourtant, en tant que défenseur de l'intérêt social, les interventions judiciaires demeurent très limitées. Si les nouveaux pouvoirs du juge lui permettent d'être omniprésent au sein de la société commerciale, ceux-ci ne suffisent pas à créer un cadre stable et favorable à l'investissement. De nombreux efforts restent à faire autant sur le plan législatif que dans le cadre de l'organisation des juridictions nationales et la formation professionnelle des juges. Il est question dans cette étude, de déceler les éventuelles limites de l'intervention du juge au sein des sociétés commerciales et d'y proposer les solutions adéquates le cas échéant.

L'étude arrive à une double conclusion. D'un côté, l'intervention du juge est insatisfaisante dans la protection de l'environnement sociétair. Le juge ne dispose pas de mécanismes de régulation adaptés au contexte social. Ainsi par exemple, il ne peut porter atteinte aux droits et pouvoirs sociaux que dans des hypothèses limitativement prévues par la loi, en dépit de l'existence de justes motifs pour agir. Par ailleurs, dans le cadre du recours au contrôle de légalité des actes sociaux, il doit se limiter à un contrôle subjectif qui le conduit à rechercher l'intention de l'auteur de l'acte irrégulier ou abusif, et ne lui permet pas ainsi d'assurer la protection de l'intérêt social. De l'autre côté, l'intervention du juge est insatisfaisante dans la sanction des obligations civiles des acteurs sociaux. En effet, le pouvoir de sanction judiciaire pose des problèmes chaque fois que l'Acte uniforme est muet ou ne donne aucune indication terminologique à partir de laquelle le juge peut retenir son pouvoir. En outre, le juge détient un pouvoir de contrainte très restreint qui ne lui permet pas toujours d'assurer le respect des obligations légales ou les engagements contractuels des acteurs sociaux.

**Mots clés :** Abus, acteurs sociaux, juge, immixtion, intérêt social, régulation, prévention, pouvoirs, sanction, société commerciale.

**Title.** The interference of the judge in the operation of commercial companies in the law of the OHADA translation

**Abstract.** The commercial company is the framework par excellence for investment. To make this framework an area likely to meet the economic and social needs of OHADA member states, the legislator has introduced a profound reform. With this in mind, it has made the judge the body responsible for ensuring the effective and efficient application of the Uniform Acts and for ensuring the stability of the corporate environment, a mission which enables it to intervene at all stages of the life of a company. However, the confrontation between the powers of the various social actors, the disparity between the procedural rules of the various OHADA Member States and the lack of professionalism of the judge raises questions about the effectiveness of this intervention in the life of society.

Judicial decisions and the partnership contract are in fact two a priori irreconcilable modes of managing social relations. According to the theory of the contractual nature of the company, the judge cannot influence the management of private property. However, the proponents of the institutional nature of the company have succeeded in making adjustments to this principle. Thus, the protection of the corporate interest and the imperatives of the proper functioning of the legal person may justify the development of judicial powers within the commercial company. Yet, as a defender of the social interest, judicial intervention remains very limited. While the new powers of the judge allow him to be omnipresent within the commercial company, they are not sufficient to create a stable and favourable framework for investment. Much remains to be done, both in terms of legislation and in terms of the organisation of national courts and the professional training of judges. This study aims to identify possible limits to judicial intervention in commercial companies and to propose appropriate solutions where necessary.

The study comes to a twofold conclusion. On the one hand, the intervention of the judge is unsatisfactory in the protection of the societal environment. The judge does not have regulatory mechanisms adapted to the social context. For example, he can only infringe social rights and powers in cases where the law stipulates that they must be restricted, despite the existence of just grounds for action. Moreover, in the context of recourse to the review of the legality of social acts, he must be limited to a subjective review which leads it to seek the intention of the perpetrator of the irregular or abusive act and thus does not enable him to ensure the protection of the social interest. On the other hand, the judge's intervention is unsatisfactory in sanctioning the civil obligations of social actors. Indeed, the power to impose judicial sanctions poses problems whenever the Uniform Act is silent or gives no terminological indication from which the judge can retain his power. Moreover, the judge has a very limited power of constraint which does not always enable him to ensure compliance with legal obligations or the contractual commitments of social actors.

**Keywords:** Abuse, social actors, judge, interference, social interest, regulation, prevention, powers, sanction, commercial company.

## DÉDICACE

À

Mon fils Nathan JIOTSA NGUETSOP pour toutes ces années passées loin de  
lui.

Que cette œuvre soit le meilleur cadeau que je puisse lui offrir.

## REMERCIEMENTS

Cette œuvre a été réalisée grâce au concours et au soutien de plusieurs personnes. Par cette occasion, je tiens à témoigner de ma profonde gratitude particulièrement envers :

- Notre directrice, Madame la Professeure Irina PARACHKÉVOVA, pour son encadrement, sa disponibilité, sa patience et surtout ses grandes qualités humaines que nous avons eu le privilège d'apprécier tout au long de ce travail.

- Aux Professeurs : Monique Aimée MOUTHIEU épouse DJANDEU, Abdoulaye SAKHO, François ANOUKAHA, Joseph FOMEUTEU, Grégoire JIOGUE pour leurs précieux conseils et critiques qui ont orienté nos réflexions.

- Au docteur Eddy NGUIFFEU pour ses encouragements et son apport indescriptible dans la réalisation de ce travail ; aux docteurs : Duvale KODJO, Apollin KOAGNE, Joslem NGAMBOU pour leur disponibilité.

- À nos collègues et amis : Annie-Claire NGO BINYOM, Maître Nadège POUOSSI, Irène KAMNANG, Françoise NGUIFFEU, Larios MAVOUNGOU, Debrice TIOMELA, Florent KUITCHE, Yvon NONO, Landry PEFOUBOU, Dimitri ONCHI pour le travail de relecture et pour leur soutien moral et intellectuel.

- Aux familles : FOSSO et FONKOU pour leur amour. Je tiens à remercier spécialement Jean Gallo JIOTSA pour ses encouragements et son soutien multiple.

## SOMMAIRE

### **PREMIÈRE PARTIE. UNE INTERVENTION INSUFFISANTE DANS LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT SOCIÉTAIRE**

#### **Titre 1. Une faible influence sur les acteurs sociaux**

Chapitre 1. Un pouvoir restreint d'évincer les acteurs sociaux

Chapitre 2. Un recours insuffisant aux mandataires

#### **Titre 2. Un contrôle des actes sociaux peu adapté à la vie des sociétés**

Chapitre 1. Un contrôle limité à la recherche de la nature abusive de l'acte

Chapitre 2. Un contrôle cantonné à la légalité des actes sociaux

### **SECONDE PARTIE. UNE INTERVENTION INSASTIFAISSANTE DANS LA SANCTION DES OBLIGATIONS CIVILES DES ACTEURS SOCIAUX**

#### **Titre 1. Un recours restreint à la sanction civile contraignante**

Chapitre 1. L'exécution forcée réservée à certaines obligations légales et statutaires

Chapitre 2. La réticence envers l'exécution forcée des conventions extrastatutaires

#### **Titre 2. Une sanction civile peu efficace**

Chapitre 1. Les imperfections du régime des nullités

Chapitre 2. Les lacunes du régime de la responsabilité civile



## PRINCIPAUX SIGLES ET ABREVIATIONS

Actes Prat. Ing. Sociétaire :	Actes pratiques et ingénierie sociétaire
Addé :	Ajouté
Aff. :	Affaire
AJ. :	Actualité Jurisprudence
Al. :	Alinéa
Ali :	Les autres
Art. :	Article
Arts. :	Articles
AUDCG :	Acte uniforme relatif au droit commercial général du 15 décembre 2010
AUPCAP :	Acte uniforme relatif aux procédures collectives d'apurement du passif du 10 septembre 2015
AUDSCGIE:	Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et du du groupement d'intérêt économique du 30 janvier 2014
BDE :	Bulletin de droit économique
BRDA :	Bulletin rapide de droit des affaires Francis Lefebvre
Bull. civ. :	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
Bull. Joly Sociétés :	Bulletin Joly Sociétés
C/ :	Contre
C. civ. français:	Code civil français
C. com. français :	Code de commerce français
CA:	Cour d'appel
Cah. Dr. entr. :	Les cahiers de droit de l'entreprise
Cass. Ch. Mixte :	Chambre mixte de la Cour de cassation française
Cass. civ. :	Chambre civile de la Cour de cassation française
Cass. civ. 1 <sup>ère</sup> chbre :	Première chambre civile de la Cour de cassation française
Cass. civ. 2 <sup>e</sup> chbre :	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation française
Cass. com. :	Chambre commerciale de la Cour de cassation française
Cass. crim. :	Chambre criminelle de la Cour de cassation française

CCJA :	Cour Commune de Justice et d'Arbitrage
CDE:	Les Cahiers de droit de l'entreprise
CE. :	Conseil d'État
Cf. :	Confère
Chbre Jud.	Chambre Judiciaire
Chron. :	Chronique
CJCE :	Cour de Justice des Communautés Européennes
Coll. :	Collection
Comm. :	Commentaire
CRES :	Consortium pour la Recherche Economique et Sociale
Dalloz :	Recueil Dalloz
Defrénois :	Répertoire du notariat Defrénois
Dir. :	Sous la direction de
Dr. et patrimoine :	Revue Droit et Patrimoine
Dr. Sociétés :	Revue droit des sociétés
DUA :	Droit Uniforme Africain
Éd. :	Édition
Épse :	Épouse
ERSUMA :	École régionale supérieure de la magistrature
Etc :	Et cetera
Ex.	Exemple
Gaz. Pal. :	Gazette du palais
<i>Ibidem</i> :	Même référence au même endroit
Infra :	Plus bas
<i>In</i> :	Dans
JCL :	JurisClasseur
JCP :	JurisClasseur périodique
JCP E :	Jurisclasseur périodique édition « Entreprise »
JCP N :	Jurisclasseur périodique édition « notariale »
JO :	Journal officiel
Journ. Sociétés :	Journal des sociétés
Jurispr. :	Jurisprudence

LGDJ :	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Litec :	Librairie technique
LPA :	Les petites affiches
N° :	Numéro
Not. :	Notamment
Obs. :	Observation
OHADA :	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
Ohadata :	Base de données doctrinale et jurisprudentielle de l'UNIDA sur le droit de l'OHADA
Op. cit. :	Opere citato
Ord. réf. :	Ordonnance des référés
P. :	Page
Préc. :	Précité
PUA :	Presses universitaires d'Afrique
PUAM :	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUCF :	Presses universitaires de Clermont-Ferrand
PUF :	Presses universitaires de France
PUS :	Presses Universitaires de Sceaux
RASJ :	Revue africaine des sciences juridiques
RCS :	Registre du commerce et des sociétés
RCCM :	Registre du commerce et de crédit immobilier
RDC :	Revue de droit comparé
RDIC :	Revue de droit international et de droit comparé
REF :	Revue d'économie financière
Rép. :	Répertoire
Rép. Civ. :	Répertoire civile
Rép. Com.	Répertoire commercial Dalloz
Rev. Dr. Unif. :	Revue de droit uniforme
Rev. sociétés :	Revue des sociétés
RIDE :	Revue internationale de droit économique
RJ com :	Revue de jurisprudence commerciale

RJDA :	Revue de jurisprudence de droit des affaires
SJEA :	Semaine Juridique Entreprise et Affaire
RJO :	Revue Juridique de l'Ouest
RLDA :	Revue Lamy Droit des affaires
Spéc. :	Spécialement
RTD civ :	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com :	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD E :	Revue trimestrielle de droit économique
S. :	Suivant
SA :	Société anonyme
SARL :	Société à responsabilité limitée
SARLU :	Société à responsabilité limitée unipersonnelle
SAS :	Société par action simplifiée
SCS :	Société en commandite simple
SCI :	Société civile immobilière
Sect. :	Section
SNC :	Société en nom collectif
Somm. :	Sommaire
Spéc. :	Spécialement
Supra :	Plus haut
T. :	Tome
Tc. :	Tribunal commercial
TGI :	Tribunal de grande instance
TPI :	Tribunal de première instance
TR :	Tribunal régional
TRHC :	Tribunal régional hors classe
UCAC :	Université catholique d'Afrique
V. :	Voir
Vol. :	Volume

## INTRODUCTION

**1. Un peu d'histoire pour commencer...** Considéré comme le « *nouveau pôle de développement en Afrique* »<sup>1</sup>, Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires, (OHADA)<sup>2</sup> est le résultat de la volonté des pays membres « *d'uniformiser leur législation afin de trouver des solutions à l'atonie persistante, génératrice d'un chômage de masse endémique* »<sup>3</sup>. En effet, malgré les modifications législatives<sup>4</sup> et les organismes d'intégration<sup>5</sup> créés par les États africains après leur indépendance, la situation dans ce contexte demeurait inextricable<sup>6</sup> et avait entraîné une perte de confiance des investisseurs. C'est donc pour susciter à nouveau cette confiance<sup>7</sup> que la société commerciale, scène par excellence de l'investissement<sup>8</sup>, a connu une importante réforme sur le plan normatif. La mise en œuvre de

<sup>1</sup> Cf. Préambule du Traité de l'OHADA du 17 octobre 1993 révisé le 17 octobre 2008, comm. Gueye (B.), Nourou Tall (S.) et Kamto (M.), *Juriscopus*, 2016, p. 21 ; V. aussi, Youmsi (J.), « L'OHADA : un instrument pour le développement des investissements dans un climat de sécurité juridique et judiciaire », *Juridis-Périodique*, n° 30, avr.-mai-juin, 1997, p. 98.

<sup>2</sup> Cette communauté compte à ce jour 17 États : le Bénin, le Burkina-Faso, le Cameroun, la Centrafrique, la Côte d'Ivoire, le Congo, les Comores, le Gabon, la Guinée, la Guinée-Bissau, la Guinée Equatoriale, la Mali, le Niger, la République Démocratique du Congo, le Sénégal, le Tchad, et le Togo.

<sup>3</sup> V. M'baye (K.), « Historique de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires », Avant-propos de la Revue *Penant*, n° 827, 1998, spéc. OHADA, p. 126 ; Pougoué (P. G.), « Présentation générale du système OHADA », in Akam Akam (A.) dir., « Les mutations juridiques dans le système OHADA », l'Harmattan Cameroun, 2009, p. 16, n°13 ; Modi Koko Bebey (H.-D.), « La réforme du droit des affaires de l'OHADA au regard de la mondialisation de l'économie ». Disponible sur [www.institut-idef.org](http://www.institut-idef.org), consulté le 22/09/2017 ; Kamga (J.), « Réflexions « concrètes » sur les aspects judiciaires de l'attractivité économique du système juridique de l'OHADA ». Disponible sur <http://www.daldewolf.com>, consulté le 18/05/16.

<sup>4</sup> C'est le cas de la refonte du droit Sénégalais des sociétés par la loi n°85-40 du 29 juillet 1985 modifiée par celle n°93-07 du 10 février 1993. D'après l'exposé de ses motifs, cette loi avait pour ambition « *d'améliorer les cadres juridiques dans lesquelles les sociétés commerciales devaient développer leurs activités pour sécuriser davantage aussi bien les associés que les tiers* ». De même en Guinée, les sociétés furent réglementées par la loi n° L/92/043/CTR du 8 décembre 1992 portant Code des activités économiques, et cela quels que soient leur forme et leur objet. Cf. Anoukaha (F.), Abdoulaye (C.), Ndiaw (D.) et alii, *OHADA. Sociétés commerciales et GIE*, coll. AUF, éd. Bruylant, 2002, pp. 9 et s., n° 13 et s.

<sup>5</sup> On peut citer le cas de l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI) créée le 2 mars 1977 et dont l'objectif principal est celui d'assurer la protection et la publication des titres de propriété industrielle et d'encourager la créativité et le transfert de technologies par l'utilisation des systèmes de propriété industrielle. La Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurance (CIMA) est également un exemple d'organisme d'intégration économique. Elle a été instituée par le Traité le 10 juillet 1992 avec pour principal objectif, le renforcement et la consolidation étroite dans le domaine de l'assurance des pays membres.

<sup>6</sup> Les règles régissant les sociétés commerciales étaient contenues dans de nombreux textes éparses « *tantôt applicables à un grand nombre de pays, tantôt aux uns et pas aux autres, tantôt propres à un pays en particulier* ». V. sur la question Anoukaha (F.), Abdoulaye (C.), Ndiaw (D.) et al., *OHADA. Sociétés commerciales et GIE, op.cit.* Le système judiciaire, quant à lui, était marqué par une remise en cause des institutions judiciaires du fait de la dégradation des moyens matériels et de l'insuffisance de formation des juges.

<sup>7</sup> Cf. M'baye (K.), « Historique de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires », *op.cit.*, p. 126 ; Pougoué (P.G.), « Présentation générale du système OHADA », *op. cit.*, p. 16, n°13.

<sup>8</sup> Toutefois, notons que le taux d'accroissement des sociétés est moins important dans les pays en voie de développement à cause de la rareté des placements des capitaux privés et, plus particulièrement, de la position centrale qu'occupe, désormais, l'entreprise informelle dans ces pays. Cette position fait d'elle l'une des

cette réforme est assurée par le juge<sup>9</sup>. Ainsi, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA)<sup>10</sup>, les tribunaux instance et les Cours d'appel<sup>11</sup> sont chargés de l'application directe et obligatoire des Actes uniformes dans les États parties « *nonobstant toutes dispositions internes antérieures ou postérieures* »<sup>12</sup>. Dans le nouveau paysage africain, l'éviction du « *risque judiciaire* » est une opération essentielle pour la mise en place d'une véritable « *économie de droit* »<sup>13</sup>. Dès lors, le juge joue désormais un rôle déterminant dans ce processus de développement<sup>14</sup>, ce qui justifie le renforcement de ses pouvoirs au sein des sociétés commerciales.

**2. Le juge dans le développement économique amorcé en Afrique.** La construction du nouveau paysage juridique et judiciaire constitue pour le législateur OHADA un moyen de parvenir au développement économique. Dans cette dynamique, le juge doit non seulement assurer l'application effective et efficace des actes uniformes, mais aussi veiller à l'équilibre de l'environnement sociétair. C'est ce qui justifie le rôle de « *première importance* »<sup>15</sup> que le législateur semble lui reconnaître au sein des sociétés commerciales. Ce rôle s'exprime principalement à travers ses nombreuses interventions régulatrices à tous les stades de la vie sociale. Désormais, il est en même d'autoriser, désigner, condamner, exclure, interdire, ajourner, annuler, récuser, dissoudre<sup>16</sup> et de prendre des mesures rapides et essentielles pour

---

principales composantes des économies subsahariennes puisqu'elle contribue « *à la création de richesses et surtout d'emploi* ». V. Koumba (E. M.), *Droit de l'OHADA : Prévenir les difficultés des entreprises*, l'Harmattan, 2013. Au sujet de la place de l'économie informelle en Afrique, V. Nancy (B.) et Ahmadou Ali Mbaye, *Les entreprises informelles de l'Afrique de l'Ouest francophone. Taille, productivité et institutions*, PEARSON France, coll. L'Afrique en développement, 2012. Disponible sur <http://www.afd.fr>, consulté le 10/12/18.

<sup>9</sup> Pour le législateur, « *la sécurité juridique et judiciaire est l'objectif médiateur, tandis que le développement économique de l'Afrique est l'objectif à long terme* » V. Ngonu (V. C.), « Réflexions sur l'espace judiciaire OHADA », *Ohadata* D-15-14. Disponible sur <http://docplayer.fr>, consulté le 19/03/16, p. 1.

<sup>10</sup> V. Assi (E. A.), « La Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA : un troisième degré de juridiction ? », *RIDC*, n°4, 2005, p. 944.

<sup>11</sup> V. Boumakani (B.), « Le juge interne et le droit OHADA », *Penant*, 2002, p. 133.

<sup>12</sup> Cf. Art. 10 du Traité de l'OHADA du 17 octobre 1993 révisé le 17 octobre 2008, comm. Gueye (B.), Nourou Tall (S.) et Kamto (M.), *Juriscopus*, 2016, p. 35 ; Addé Levoa Onana (S. P.), « Réflexion sur l'article 10 du Traité de l'OHADA », *Juridis Périodique*, n° 84, oct.-nov.-déc. 2012, pp. 151 à 156 ; Issa-Sayegh (J.), « Réflexion sur la mise en conformité du droit interne des États parties avec les actes uniformes de l'OHADA et réciproquement », *Penant*, n° 850, janv.-mars 2005, p. 6.

<sup>13</sup> Cf. Kamga (J.), « Réflexions « concrètes » sur les aspects judiciaires de l'attractivité économique du système juridique de l'OHADA », *op.cit.* L'auteur définit le concept d'« *économie de droit* » comme « *une économie encadrée par les règles de droit, lesquelles constituent efficacement un rempart contre ses aspects débridés* ».

<sup>14</sup> Cf. Kodo (J.), « Le rôle de la jurisprudence de l'OHADA dans le développement économique en Afrique », in « *Le rôle du droit dans le développement économique en Afrique* », Congrès IDEF de Lomé, 2008. Disponible sur <http://www.institut-idef.org>, consulté le 07/07/17.

<sup>15</sup> Cf. Mestre (J.), « Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés », *RJ com*, 1985, n°4, p.81.

<sup>16</sup> V. Guengang (A.), De Venteuil (S.), Davodet (D.) et Engel (P.), *Juge et droit des sociétés en 70 thèmes*, Litec, coll. Litec Professionnels, 2008, p. IX.

garantir le fonctionnement normal de la société. Cependant, ce renforcement des pouvoirs du juge est source de nombreuses inquiétudes<sup>17</sup> et controverses.

**3. L'inquiétude liée au renforcement des pouvoirs judiciaires.** La question de l'intervention du juge au sein des sociétés commerciales inquiète parce qu'elle est, à première vue, perçue comme « *l'interférence d'un tiers dans les rapports juridiques auxquels il est tout à fait étranger* »<sup>18</sup>. Du fait de leur source et de leur finalité, la décision judiciaire et le contrat de société sont deux moyens de gestion des relations sociales opposés. « *Le contrat doit sa force à l'engagement personnel des parties intéressées. La décision judiciaire la doit à l'autorité du juge, un tiers indépendant des parties intéressées* »<sup>19</sup>. En plus, le recours au contrat est expressément fait pour contourner le juge. En général, l'immixtion du juge dans la gestion des biens privés provoque la méfiance. Celle-ci<sup>20</sup> s'observe davantage lorsque dans le contexte spécifique des sociétés commerciales *in bonis*, son intervention touche à la gestion même de la société. Certains auteurs<sup>21</sup> ont pu affirmer que le juge ne peut y exercer que des missions de quasi-régulateur ou de régulateur de « *deuxième niveau* »<sup>22</sup>. Or dans un régime d'économie libérale, la protection de la société commerciale semble exiger une dose d'encadrement judiciaire des pouvoirs des acteurs sociaux. En réalité, « *rien ne sert d'avoir un droit s'il est impossible de le faire sanctionner juridiquement ou si les modalités de mise en œuvre sont inadaptées* »<sup>23</sup>. L'intervention du juge est l'une de ces modalités de mise en œuvre qu'il convient de clarifier.

<sup>17</sup> Duprat (P.), « La juridiction compétente : incertitudes et certitudes », *cah. Dr. entr.*, 2014, n° 1, dossier 5.

<sup>18</sup> Cf. Kamnang K. (I.- F.), *Les pouvoirs du juge dans les sociétés commerciales en droit OHADA*, thèse Dschang/Cameroun, 2017, p. 4, n°5. Addé, Azencot (M.), *L'intervention du juge dans la gestion des sociétés commerciales*, thèse. Dac. Université de Paris III, 1979. v. introduction.

<sup>19</sup> Aynès (L.), « *Le juge et le contrat : nouveaux rôles ?* », in la réforme du droit des contrats : quelles innovations ? *Rev. Contrats*, n°hors-série, avr. 2016, p.14.

<sup>20</sup> V. Rapport de Doing Business dans les États membres de l'OHADA 2017. Comparaison des Réglementations S'appliquant Aux Entreprises Locales Dans 17 États Membres et A Travers Le Monde, Groupe de la Banque Mondiale. Disponible sur [www.worldbank.org](http://www.worldbank.org), consulté le 24/06/2018. Ce rapport fait état de ce que « *dans plusieurs économies de l'OHADA, le public ne fait pas une confiance pleine aux tribunaux comme des outils efficaces et impartiaux de règlement des litiges* ».

Le constat établi par Doing Business rejoint l'analyse faite par un auteur sur la question de la redéfinition de l'office du juge de l'OHADA. V. à ce sujet Kamga (J.), « Réflexion « concrètes » sur les aspects judiciaires de l'attractivité économique du système juridique de l'OHADA », *op. cit.*

<sup>21</sup> Dénoux de Saint Marc (R.), « Régulateurs et juges. Introduction générale », in *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, (dir), Frison-Roche (M.-A.), Presse des sciences po et Dalloz, 2004, p.114.

<sup>22</sup> Cf. Dupuis Toulon (F.), « Le juge en complémentarité du régulateur », in *les régulations économiques : légitimité et efficacité*, (dir) M.-A. Frison-Roche, Presse des sciences po et Dalloz, 2004, p.139.

<sup>23</sup> V. Amrani-Mekki et Strickler (Y.), *Procédure civile*, PUF, coll. Thémis droit, 2014, p. 1, n°1.

**4. Les contours de la notion d'intervention.** D'origine latine, la notion d'intervention « *interventio* » signifie « *garantie, caution* »<sup>24</sup>. En droit privé, elle est définie comme le fait de prendre en charge les affaires d'autrui soit spontanément par immixtion, ingérence ou gestion d'affaires, soit en vertu d'un titre en tant que mandataire, séquestre ou représentant légal<sup>25</sup>. Dans le cadre de la procédure civile, on la conçoit comme l'acte par lequel, un tiers s'introduit volontairement ou de manière forcée dans un procès déjà ouvert. L'intervention est sans conteste une notion diversement appréciée, voire rejetée. Elle est le signe d'un empiètement illicite des pouvoirs et se confond très souvent à l'interventionnisme qui est un acte d'ingérence par lequel, l'État fait irruption dans les affaires relevant traditionnellement du secteur privé<sup>26</sup>. Le droit international public conforte cette position puisqu'il définit l'intervention comme toute forme d'action permettant à un État de s'interférer dans les affaires d'un autre contre sa volonté<sup>27</sup>. Cette définition n'a fait qu'accroître le doute au sein de la doctrine et même des textes où les cas d'intervention judiciaire sont autorisés avec beaucoup de réserve<sup>28</sup>. Il s'agit d'une forme d'immixtion fautive, du fait de la mauvaise ingérence dans les affaires d'autrui ou de l'implication dans quelque chose « *sans avoir l'autorisation et le droit* »<sup>29</sup>. C'est ce qui justifie en droit privé, la réglementation de toute forme d'immixtion à la vie privée<sup>30</sup>, précisément lorsqu'elle est irrégulière<sup>31</sup>.

De tout ce qui précède, il ressort que l'intervention est irrégulière lorsqu'une personne prend part à une affaire sans y être invitée ou lorsqu'elle agit au mépris des textes<sup>32</sup>, puisque « *celui qui s'immisce dépasse son rôle et empiète sur les pouvoirs d'autrui sans autorisation* »<sup>33</sup>. *A contrario*, l'intervention est régulière lorsqu'elle est reconnue par le droit,

<sup>24</sup> Cornu (G.), dir., *Vocabulaire juridique*, Ass. Henri Capitant, PUF, 13<sup>e</sup> 2020, p. 566, V° *intervention*.

<sup>25</sup> Cornu (G.), dir., *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* V. sens I (priv.).

<sup>26</sup> V. Cornu (G.), (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 566, V° *interventionnisme*.

<sup>27</sup> Guinchard (S.) et Debard (T.) (dir.), *Lexique des termes juridiques 2020/2021*, Dalloz, 28<sup>e</sup> éd., 2020, p. 587, V. sens 1) *Intervention*.

<sup>28</sup> V. Mounetaga (D.), *L'intervention du juge dans la vie des sociétés commerciales*, thèse Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 2007.

<sup>29</sup> V. Notte (G.), *Le dirigeant de fait des personnes morales de droit privé*, Thèse Université de Paris, 1978, p. 112, n° 113.

<sup>30</sup> En principe l'administration ne saurait imposer ses choix à la société, ni s'immiscer dans sa gestion.

<sup>31</sup> Par exemple, l'art. 1432 al.3 du code civil français rend responsable l'époux qui s'est immiscé dans la gestion des propres de l'autre au mépris d'une opposition constatée. De même, l'article 16 als 1 et 2 de la convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 s'oppose à toute immixtion arbitraire ou illégale dans la vie privée, dans la famille, au domicile ou de la correspondance de l'enfant.

<sup>32</sup> Cf. Le Fur (A.-V.), « Les nouvelles formes d'immixtion, ou l'émergence d'une immixtion non fautive en droit des sociétés », in Le Dolley (E.) (dir.), *Les concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ, Coll. Drt & Eco., 2010, p. 295.

<sup>33</sup> Le Fur (A.-V.), « Les nouvelles formes d'immixtion, ou l'émergence d'une immixtion non fautive en droit des sociétés », *op. cit.*, p. 302.



par une convention<sup>34</sup> ou encore lorsqu'elle se fait avec un « titre »<sup>35</sup>. Cependant, cette conception manque de réalisme, car le critère de définition repose sur la forme de l'acte et non pas sur son objet. Certes, l'intervention doit se faire à la suite d'un titre, mais cette obligation ne peut être réductible à la condition d'appréciation de l'acte. Ainsi nous semble-t-il, on ne peut avoir une meilleure appréciation de la notion d'intervention que si elle est enrichie d'une approche sociologique.

**5. L'approche sociologique de la notion d'intervention.** D'un point de vue sociologique, l'intervention désigne l'effet de quelque chose dans un processus, le rôle joué dans une affaire afin d'en modifier le cours<sup>36</sup>. Suivant cette logique, le critère de définition repose sur la finalité de l'acte. C'est en effet une approche positive qui met en valeur le résultat de la présence du juge dans l'environnement sociétaire : la finalité de son intervention. Ainsi, l'intervention sera présentée comme le fait pour le juge d'agir dans une affaire ou de prendre part à un litige<sup>37</sup> en cours afin de trouver une solution au problème, en référence à l'intérêt social. Du fait de l'existence d'un intérêt majeur qu'il convient de protéger, la présence du juge dans la société commerciale est désormais une nécessité<sup>38</sup>.

**6. La place du juge dans le développement de la société commerciale.** Au départ, le rôle du juge au sein des sociétés commerciales était limité ou était semblable à celui qu'il exerçait en matière de droit des obligations<sup>39</sup>. Parce que la société commerciale était issue de la seule volonté des associés, le juge n'y était appelé que pour connaître des cas de responsabilité civile ou pénale ou des irrégularités de la vie sociétaire. La fonction judiciaire s'appréciait en deux pouvoirs à la fois distincts et complémentaires que sont : la *juridictio* et l'*impérium*. La *juridictio* désigne « la mission ou l'action de dire le droit »<sup>40</sup>. Cette définition

<sup>34</sup> V. Kamnang k. (I.-F.), *Les pouvoirs du juge dans les sociétés commerciales de droit Ohada*, op. cit., p. 16, n°17.

<sup>35</sup> Le Fur (A.-V.), « Les nouvelles formes d'immixtion, ou l'émergence d'une immixtion non fautive en droit des sociétés », op. cit., p. 299.

<sup>36</sup> V. sur la question Cabé (M.-H.) et Robert-Tanguy (Ph.), « L'Intervention sociologique : (re) donner du sens à des pratiques gestionnaires », *Sociologie pratique*, 2008/1, (n°16), p. 39 ; Bernadeu Moreau (D.), « Sociologie d'intervention : historique, fondements », *Revue Européenne des Sciences Sociales*, 2014, p.191.

<sup>37</sup> Nzouabeth (D.), *Les litiges entre associés*, thèse de Cheikh Anta Diop de Dakar, 2005, p.11 et s.

<sup>38</sup> La nomination judiciaire d'un mandataire, par exemple, au sein de la direction est une mesure de stabilité ou de survie de la société. Elle répond à l'idée qu'une personne n'ayant aucun intérêt dans la société serait plus apte, que les organes sociaux, à gérer les crises sociales et à assurer son fonctionnement normal. Par ailleurs, la nullité pour abus de droit d'une délibération sociale prise en assemblée est considérée comme une solution à la bonne marche de la vie sociale.

<sup>39</sup> Dans la conception classique, le juge avait pour rôle d'assurer le respect de la loi contractuelle. En outre, lorsque la volonté des contractants était obscure ou ambiguë, il devait l'interpréter en définissant, sur la base de l'esprit du contrat, quels sont réellement les droits et les obligations des parties au contrat. Cf. art. 1156 du code civil français ancien.

<sup>40</sup> V. Cornu (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 587, V. *Juridictio*.

suppose l'existence d'un droit applicable et adapté à la situation litigieuse. Elle sied avec la tradition juridique française qui décrit le juge comme « *un rouage accomplissant, dans ses décisions individuelles, les plans dressés par le législateur* »<sup>41</sup>. L'*impérium* est, quant à lui, le pouvoir qui permet au juge d'ordonner le respect de la *juridictio*, il est encore appelé pouvoir de commandement. La mise en œuvre de ces pouvoirs exige un certain « *recul* », une « *neutralité* » et une « *impartialité* »<sup>42</sup> de la part du juge. Or de nos jours, l'influence du juge sur l'activité économique<sup>43</sup> a pris un nouveau visage<sup>44</sup>. L'intervention du juge dans la vie des sociétés<sup>45</sup> semble assez naturelle, puisque sa mission consiste désormais à prévenir les crises sociales ou en présence de celles-ci, à rétablir la paix sociale<sup>46</sup>. Sa présence progressive<sup>47</sup> à tous les stades de la vie sociale est encouragée soit par les textes, soit par la jurisprudence qui, à travers son œuvre créatrice, vient compléter la mission du législateur. Autant dans le contexte français que dans l'espace OHADA, le juge apparaît donc comme le garant du développement économique par le droit<sup>48</sup>. Du fait de l'abondance des textes, de la dynamique jurisprudentielle

<sup>41</sup> Cf. Colson (R.), *La fonction de juger. Etude historique et positive*, PUF, coll. Fondation Varenne, p.66 et s., n°141 et s.

<sup>42</sup> Cadiet (L.) (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, V. *Impartialité*, par Fricero (N.), p. 607 ; Frison-Roche (M.-A.), « L'impartialité du juge », *Dalloz*, 1999, chron., p. 53 ; Nemoz-Rajot (Q.), *Les interventions judiciaires spécifiques au droit des sociétés in bonis*, thèse Lyon III, p. 21, n° 10.

<sup>43</sup> De manière générale, ce mouvement a été clairement identifié par de nombreux auteurs tels : Armand-Prévost (M.), « Quel profil pour un juge économique en France ? », in *Le juge et le droit de l'économie. Mélanges en l'honneur de Bézard (P.)*, Montchrestien, 2002, p. 33 ; Champaud (C.) « L'idée d'une magistrature économique », *Justices*, 1995, n°1, p. 61 ; Bézard (P.), « Le nouveau visage du juge économique et financier », in *droit et vie des affaires. Etudes à la mémoire d'Alain Sayag*, Paris, Litec, 1997, p. 147.

<sup>44</sup> V. notamment Mounetaga (D.), *L'intervention du juge dans la vie des sociétés commerciales*, thèse Sheikh Anta Diop de Dakar/Sénégal, 2007 ; Kamnang K. (I.- F.), *Les pouvoirs du juge dans les sociétés commerciales en droit OHADA*, op. cit. ; Tobossi (T. D.), « L'intervention du juge dans le droit des sociétés commerciales OHADA », *Ohadata* D-17-14. Disponible sur <http://www.ohada.com>, consulté le 25/11/17 ; Gatsi (J.), « La jurisprudence, source du droit OHADA », *RIDC*, n°2, 2002, p. 447 ; Diakhaté (M.) et Sambé (I.), « Regards croisés sur l'intervention du juge dans la vie des sociétés commerciales », *RSDA*, n°1, Janv.-juin 2003, p. 111, *Ohadata* D-04-34. Disponible sur <http://www.ohada.com> ; Kodo (J.), « Le rôle de la jurisprudence de l'OHADA dans le développement économique en Afrique », in *le rôle du droit dans le développement économique*, Congrès IDEF de Lomé, 2008. Disponible sur [www.institut-idef.org](http://www.institut-idef.org), consulté le 06/12/17.

<sup>45</sup> V. Azencot (M.), *L'intervention du juge dans la gestion des sociétés commerciales*, op. cit. ; Mestre (J.), « Réflexion sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés », *RJ Com.*, 1985, n°4, p. 81 ; Kamnang (I. F.), *Les pouvoirs du juge dans les sociétés commerciales de droit OHADA*, op. cit. ; Diakhaté (M.) et Sambé (I.), « Regards croisés sur l'intervention du juge dans la vie des sociétés commerciales ». Disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté le 17/01/2013.

<sup>46</sup> Un auteur relevait à cet effet qu'« *un grand juge est celui qui juge bien, c'est-à-dire celui qui non seulement manie bien les règles de droit qui sont ses instruments mais encore trouve une solution particulière efficace pour éteindre le litige, mais encore arrive à rencontrer, voir à faire naître un sentiment de justice en la personne des parties, à travers les groupes sociaux qui l'observent, à l'intérieur de sa propre personne. Le grand juge est habité par le sentiment de justice* ». Cf. Frison-Roche (M.-A.), « Le juge et le sentiment de justice », in *Le juge et le droit de l'économie*, Mélanges en l'honneur de Bézard (P.), Montchrestien, 2002, p. 41.

<sup>47</sup> V. Nguégant (A.), De Venteuil (S.), Davodet (D.) et Engel (P.), *Juge et droit des sociétés en 70 thèmes*, Litec, coll. Litec Professionnels, 2008, préambule, p. XII ; Nguégant (A.), Troussière (P.) et De Venteuil (S.), *Le rôle des juges dans la vie des sociétés*, Nouvelles Editions Fiduciaires, 2003, préambule, p. 3.

<sup>48</sup> Armand-Prévost (M.), « Quel profil pour un juge économique en France ? », in *Le juge et le droit de l'économie*, Mélanges en l'honneur de Bézard (P.), Montchrestien, 2002, p. 33 et s.

et doctrinale sur la question des rapports entre le juge et la société commerciale en France, nous ferons régulièrement référence à l'évolution du droit français pour soutenir nos propos liés au constat du mouvement de judiciarisation au sein de l'OHADA.

**7. Le mouvement de judiciarisation au sein de l'OHADA.** L'objectif de sécurité juridique et judiciaire a entraîné de nombreux effets sur la fonction du juge<sup>49</sup>, « *la judiciarisation de la société a rattrapé les sociétés* »<sup>50</sup>. Désormais, le juge doit permettre l'application effective des Actes uniformes au sein des sociétés commerciales afin d'empêcher leur dévalorisation<sup>51</sup>. Aussi, il a la responsabilité de la bonne marche de l'activité économique par la recherche d'un équilibre social. Alors, sa mission ne consiste plus simplement à dire quelle est la règle applicable et à l'appliquer<sup>52</sup>. Il s'agit désormais pour lui de trouver la solution la plus adéquate à la règle de droit applicable. Il n'est donc plus tenu de prononcer littéralement les règles expressément contenues dans l'Acte uniforme. Il dispose dans certains cas d'un large pouvoir d'appréciation qui reste encadré par l'obligation de motivation. Il en est ainsi notamment lorsqu'il doit rechercher ou connaître des atteintes à l'intérêt social.

**8. L'intérêt social, un référent.** Le législateur OHADA a donné une place très importante à la notion d'intérêt social dans la vie de la société commerciale<sup>53</sup>. Considéré comme une « *boussole* »<sup>54</sup> au sein de cet espace, l'intérêt social « *indique la conduite à suivre et permet en même temps de détecter les déviations dans la société, de les éviter ou même de les réprimer* »<sup>55</sup>. Il dicte les décisions des gérants de la SNC<sup>56</sup> et de la SARL<sup>57</sup> et celles prises en assemblée générale dans les SA et les SAS et leur impose une orientation. C'est d'ailleurs pour cette raison que les associés qui portent atteinte à l'intérêt social sont sanctionnés pour abus de majorité<sup>58</sup>, de minorité ou d'égalité<sup>59</sup>. L'intérêt social est « *un impératif de conduite,*

<sup>49</sup> Cf. Conte (Ph.), « Le législateur, le juge, la faute et l'implication (la fable édifiante de l'autonomie de la loi du 5 juillet) », *JCP*, 1990, I, 3471, n°13. L'auteur apprécie cette évolution en relevant que « *rien ne sert de réformer les textes, si ceux qui sont chargés de les appliquer restent prisonniers des réflexes intellectuels d'hier* ».

<sup>50</sup> V. not. Fricero (N.) et Julien (P.), *Procédure civile*, LGDJ, coll. Manuel, 5<sup>e</sup> éd., 2014, p. 70, n° 137.

<sup>51</sup> Cf. Duprat (P.), « La juridiction compétente : incertitudes et certitudes », *Cah. Dr. entr.*, 2014, n° 1, dossier 5. L'auteur relève que « *un droit qui ne serait pas protégé, serait un droit amoindri* ».

<sup>52</sup> V. Germain (M.), « Le juge classique », *In le juge de l'économie*, Colloque de la Baule du 08 au 09 juin 2002, *RJ Com.*, novembre 2002, n° spécial, p.17.

<sup>53</sup> Schapira (J.), « L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme », *RTD Com.*, 1971, pp. 63 et s.

<sup>54</sup> Cf. Pirovano (A.), « La « boussole » de la société : intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *Dalloz*, P. 189 (chronique).

<sup>55</sup> Cf. Mouthieu (M. A.), *L'intérêt social en droit des sociétés*, l'Harmattan, coll. Etudes Africaines, 2009, p. 20, n°7.

<sup>56</sup> Cf. art. 277 de l'AUDSCGIE.

<sup>57</sup> Cf. art. 328 al. 1 de l'AUDSCGIE.

<sup>58</sup> Cf. art. 130 de l'AUDSCGIE.

<sup>59</sup> Cf. art. 131 de l'AUDSCGIE.

en clair la boussole qui indique la marche à suivre »<sup>60</sup>. Une règle déontologique qui impose de respecter un intérêt supérieur à son intérêt personnel. L'enjeu ici est le respect de la politique sociale en vue d'un meilleur équilibre au sein de l'environnement social<sup>61</sup>. Par ailleurs, l'intérêt social fonde et justifie l'intervention du juge dans la vie sociétariaire. Il joue par conséquent un rôle déterminant quant à la mission<sup>62</sup> que le juge exerce au sein de la société commerciale<sup>63</sup>. La simplicité de la présentation de son rôle ne doit cependant pas dissimuler les difficultés de mise en œuvre de cette nouvelle fonction judiciaire. De nombreux auteurs rendent compte de quelques-unes de ces difficultés<sup>64</sup> tenant pour certaines à la cohérence de la règle et d'autres à son efficacité. En effet, la réalisation des missions du juge au sein des sociétés commerciales entre l'application d'une loi incertaine et la protection des droits divers et divergents, rend son intervention illisible.

**9. L'intérêt social, une notion variable.** En dépit de l'importance de l'intérêt social unanimement reconnue par le législateur et par la doctrine, aucune définition ne lui a été donnée par l'AUDSCGIE, encore moins par la loi PACTE en France. Ce manquement qui semble volontaire peut trouver ses fondements dans la complexité ou l'inconstance de la notion<sup>65</sup>. Ainsi, « *comme la bonne foi ou l'intérêt de la famille, l'intérêt social est un standard, un concept à contenu variable ; d'autres parlent de concept mou* »<sup>66</sup> dont la codification serait impossible<sup>67</sup>. En outre, certains justifient l'abstention du législateur par sa volonté de rendre plus flexible<sup>68</sup> le droit des sociétés commerciales. D'aucuns vont jusqu'à voir dans cette

<sup>60</sup> Cf. Cozian (M.), Viandier (A.) et Deboissy (Fl.), *Droit des sociétés*, LexiNexis, 32<sup>e</sup> éd., 2019, p. 253, n° 565.

<sup>61</sup> Moulin (J.-M.), *Droit des sociétés et des groupes*, Gualino, 6<sup>e</sup> éd, coll. Master, 2013, P. 150, n°162. L'auteur relève que « *L'intérêt social est un impératif de conduite qui impose aux acteurs de la vie en société (les dirigeants comme les associés) de ne pas contempler leur seul intérêt égoïste légitime mais d'envisager la société comme un complexe qui mêle dans ses eaux de multiples bribes d'intérêts catégoriels divers pour les fondre dans un objectif partagé : assurer la pérennité si ce n'est le développement de la société qui est un centre de profits pour de multiples catégories d'acteur : les associés, les dirigeants certes mais aussi les salariés, les fournisseurs, l'État (qui collecte les impôts)...* ».

<sup>62</sup> Cf. Jeantin (M.), « Le rôle du juge en droit des sociétés », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?* Mélanges en l'honneur de Perrot (R), Dalloz, Paris, 1996, pp. 149 et s.

<sup>63</sup> Cf. Mouthieu Njandeu (M. A.), *L'intérêt social en droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 310 et s., n°519 et s ; Rousseau (S.) et Tchotourian (I.), « L'intérêt social en droit des sociétés », *Rev. Sociétés*, 2009, p.735 ; Poracchia (D.) et Martin (D.), « Regards sur l'intérêt social », *Rev. Sociétés*, 2012, p. 475.

<sup>64</sup> V. Issa-Sayegh (J.), « Le bilan jurisprudentiel du droit uniforme OHADA. Incertitudes législatives et turbulences jurisprudentielles », in « *Le rôle du droit dans le développement économique en Afrique* », Congrès IDEF de Lomé, 2008. Disponible sur <http://www.institut-idef.org>, consulté le 07/07/17 ; Traoré (M.), « La réforme du droit des affaires en Afrique, les imperfections du règlement des litiges selon le Traité de l'OHADA ». Disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté le 23/10/17.

<sup>65</sup> Basuyaux (B.), « L'intérêt social, une notion aux contours aléatoires qui conduit à des situations paradoxales », *LPA*, 06 jan. 2005, n°4, p.3 ;

<sup>66</sup>V. Cozian (M.), Viandier (A.) et Deboissy (Fl.), *Droit des sociétés*, *op.cit.*, n°466, p.175.

<sup>67</sup> Cf. Schapira (J.), « L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme », *op. cit.*, pp. 62 et s

<sup>68</sup>Cf. Saintourens (B.), « La flexibilité du droit des sociétés », *RTD Com.*, 1987, p. 483.

attitude du législateur, la volonté de laisser une marge d'appréciation au juge<sup>69</sup>. Si ces idées suffisent à dédouaner le législateur, elles restent tout de même des obstacles à l'office du juge dont la mise en œuvre évolue et varie selon les juridictions.

Conformément à la nature contractuelle de la société, certains auteurs<sup>70</sup> définissent l'intérêt social comme l'intérêt commun des associés. Le législateur de l'OHADA semble ne pas s'en éloigner, puisqu'il précise à l'al. 2 de l'article 4 de l'AUDSCGIE que « *la société commerciale est créée dans l'intérêt commun des associés* ». Il attache du prix au partage des bénéfiques et à la contribution des pertes conjointement. En considération de cet objectif, c'est à bon droit que l'intérêt social peut se confondre à celui des associés. Toutefois, cette réflexion s'accommode mal avec les objectifs liés à la recherche de la pérennité de l'entreprise. C'est pour cette raison que la tendance contraire, considérée comme l'adepte de la nature institutionnelle de la société, est de rattacher l'intérêt social à l'intérêt de l'entreprise<sup>71</sup>. Cependant, l'intérêt de l'entreprise lui-même fait l'objet de controverses. Tantôt, il est assimilé à la personne morale, tantôt il est détaché de celle-ci<sup>72</sup>. Dans le premier cas, l'intérêt de l'entreprise se confond à l'intérêt de la personne morale. En revanche dans le second, il englobe « *la réalité économique de l'entreprise sociétaire* »<sup>73</sup> et se distingue des intérêts de la personne morale. Pour donner un sens nouveau à la notion d'intérêt social, la loi PACTE<sup>74</sup> a généralisé un principe qui, à la base, était appliqué aux seules sociétés cotées. Ce principe est contenu dans l'article 1833 du code civil français qui dispose que « *la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* ». La nouvelle rédaction de cet article fait porter une dimension environnementale et sociale de l'intérêt social que ni la conception restrictive renvoyant à la communauté des intérêts des associés, ni la conception extensive liée à l'intérêt de l'entreprise n'a pas risqué aborder. Il s'agit là d'une conception transcendante de l'intérêt social, qui prend en considération non

<sup>69</sup> Meukeu (B.Y.), « De l'intérêt social dans l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », *RTDJA*, n°002, juill.-août-sept. 2009, n°48.

<sup>70</sup> Cette conception de l'intérêt social est défendue par Schmidt (D.), « De l'intérêt social », *JCPE.*, 1995, p. 488, n° 38. Du même auteur, « De l'intérêt commun des associés », *JCPI*, 1994, p.440, n°3793 ; V. aussi Zeidenberg (S.), *L'intérêt social, étude du particularisme du contrat de société*, thèse de Bordeaux IV, 2000, p.106.

<sup>71</sup> Cf. Mestre (J.), « Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés », *RJ Com.*, 1985, p. 81, n°8. Cet auteur pense que « *le contrat donne naissance à une personne morale autonome, distincte des associés qui l'ont initialement créée, et cette personne morale, parce qu'elle intéresse les tiers, les salariés, les fournisseurs, l'économie tout entière, a un intérêt propre, dont il faut, autant que possible, assurer la pérennité* ».

<sup>72</sup> V. Paillusseau (J.), « Les fondements du droit moderne », *JCP I*, 1984, p. 3148. L'auteur pense que l'entreprise ne doit pas se confondre à la société. Pour lui, l'entreprise est une organisation économique et humaine, tandis que, la société est le cadre d'accueil de l'entreprise, une organisation juridique de celle-ci.

<sup>73</sup> Cette conception est défendue par l'école de Rennes menée par Paillusseau (J.) et Champaud (Cl.).

<sup>74</sup> Il s'agit de la loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises dont l'un des objectifs est de faire de l'entreprise « *un objet d'intérêt collectif* ».

seulement les intérêts de tous les acteurs sociaux, mais également les intérêts de la nature. Ainsi, l'intérêt social regrouperait autant les intérêts économiques que les aspects sociaux et environnementaux.

**10. L'absence d'identité des critères d'appréciation de l'intérêt social.** Face à ces différentes et divergentes représentations de l'intérêt social, le juge se doit de retenir la définition qui à la fois s'adapte mieux aux différends sociaux et convient au contexte sociétal. Empruntant les propos d'un auteur<sup>75</sup>, la définition judiciaire donnée à l'intérêt social serait loin d'être fondée sur un critère identique. L'intérêt social est « *rebelle à toute définition objective car la société est un lieu de dissensus plutôt que de consensus. Il faut alors se résoudre à considérer que l'intérêt social ne fait que refléter, à un moment donné, la volonté d'un magistrat, et de ces standards qui permettent au juge de statuer en équité en donnant l'impression de faire du droit* »<sup>76</sup>. La définition de l'intérêt social qui permet au juge de contextualiser sa décision semble être celle relative à l'intérêt de l'entreprise<sup>77</sup>. Cependant, cette approche à elle seule ne semble pas répondre au souci de protection de la société puisque pour son appréciation, le juge fait recours à des techniques insuffisantes et inadaptées au contexte sociétaire. Cela pourrait, par exemple, se vérifier dans le contentieux de l'annulation. En effet, l'article 130 de l'AUDSCGIE dispose que l'acte ou la décision litigieuse doit être annulée lorsqu'elle a été adoptée dans l'intérêt de son auteur au détriment de l'intérêt social. Une lecture minutieuse de cet article donne de comprendre que c'est le constat de la rupture d'égalité entre les acteurs sociaux qui permet au juge d'établir la non-conformité de l'acte à l'intérêt social. *A contrario*, en l'absence de rupture d'égalité, le juge peut rejeter la demande de nullité au motif que l'acte est conforme à l'intérêt social. Il est important de connaître *en amont* qui est ce juge des sociétés commerciales.

**11. Le juge.** Le mot juge vient du latin « *judex* » qui dans le sens couramment utilisé en procédure civile<sup>78</sup>, désigne toute juridiction quels que soient son degré dans la hiérarchie<sup>79</sup>,

<sup>75</sup> V. Reinhard (Y.), « L'abus de droit dans le contrat », *Cah. Dr. entr.*, n°6, 1998, p.9.

<sup>76</sup> *Ibidem*.

<sup>77</sup> V. *Le Rapport du groupe de travail CNPF-AFEP, sur le conseil d'administration des sociétés cotées*, juillet 1995, disponible sur <http://www.ecgi.org/codes/documents/vienot1>, consulté le 13/12/2017. De ce Rapport, il ressort que la société est une « *entreprise considérée comme un agent économique autonome, poursuivant des fonds propres, distinctes notamment de celles de ces actionnaires, de ses salariés, de ses créanciers dont le fisc, de ses fournisseurs et de ses clients, mais qui correspondent à leur intérêt général commun, qui est d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise* ».

<sup>78</sup> Cf. art. 4 et 5 du code civil français.

<sup>79</sup> Dans ce sens, il peut s'agir du juge de première instance, du juge d'appel ou du juge de cassation.

son pouvoir<sup>80</sup>, l'origine de son investiture<sup>81</sup>, sa composition<sup>82</sup> ou encore l'ordre auquel elle appartient, ayant reçu un pouvoir juridictionnel, celui de dire le droit, de trancher un litige<sup>83</sup>. De manière spécifique, le juge désigne toute personne physique chargée de trancher le litige<sup>84</sup> qui lui a été soumis par les parties, conformément aux règles de droit applicables<sup>85</sup>. Ainsi, le juge est soumis soit à la volonté des parties, soit aux exigences légales en vue de la protection de l'ordre public. C'est un magistrat chargé de rendre la justice en appliquant la loi, une personne prise pour arbitre dans une contestation. Il est le défenseur des libertés individuelles et des droits de la personne. Aux yeux du justiciable qui se présente devant lui, il est d'abord celui qui dit la loi, reconnaît des droits des parties et leur impose des obligations. En ce sens, autant les juges étatiques que les arbitres sont des juges<sup>86</sup>. Au-delà de cet élément de similitude, le recours au juge étatique a certaines spécificités propres au droit des sociétés qui justifient le choix de son étude.

**12. Le choix du juge étatique.** L'arbitre est une personne désignée par les parties en vue de trancher leurs litiges préalablement soumis à l'arbitrage<sup>87</sup>. L'arbitrage lui-même étant considéré comme « *une justice concurrente, parallèle et appropriée aux différends qui lui sont soumis* »<sup>88</sup>. Ce mode de résolution des conflits « *tend à s'imposer comme le mode naturel de règlement des litiges du commerce. Il répond, d'une certaine manière, à un idéal de justice débarrassé des oripeaux de la procédure* »<sup>89</sup>. Un auteur ajoute que l'arbitrage est « *devenu aujourd'hui le mode favori de règlements des conflits entre commerçants (...). Il pallie la lenteur, évite la publicité, épargne des frais de procès et permet le rétablissement de bons*

<sup>80</sup> En référence au pouvoir, on a le juge du droit, le juge du fond et le juge du provisoire.

<sup>81</sup> Ainsi, le juge peut être soit nommé par les parties, c'est le cas de l'arbitre ; soit investi par l'État, lorsqu'il s'agit du juge étatique.

<sup>82</sup> Dans ce cas, on aura soit un juge unique soit une formation collégiale. V. Wiederkehr (G.), « Qu'est-ce qu'un juge », *In nouveaux juges nouveaux pouvoirs*, Mélanges en l'honneur de Perrot (R.), Dalloz, 1996, p. 149.

<sup>83</sup> Cornu (G.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 578, V. *juge*, sens n°1.

<sup>84</sup> Jeuland (E.), *Droit processuel*, LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., coll. Précis Domat, 2014, p.15, n°1 ; Wiederkehr (G.), *op. cit.*, p. 575 et s.

<sup>85</sup> Héron (J.) et Le Bars (T.), *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 4<sup>ème</sup> éd., 2010, p.220, n°265.

<sup>86</sup> Toutefois, il existe des points de divergences entre le juge et l'arbitre notamment au niveau de leur investiture. Ainsi, le juge est investi par l'État alors que l'arbitre est choisi par les parties. Wiederkehr (G.), « Qu'est-ce qu'un juge », *In nouveaux juges nouveaux pouvoirs*, *op. cit.*, p. 578.

<sup>87</sup> Cadiet (L.) (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, V. Arbitre, par T. Clay, p.58.

<sup>88</sup> *Ibidem*.

<sup>89</sup> Guinchard (S.) (dir.), *Droit processuel*, Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., coll. Précis droit privé, 2015, p. 1375, n° 609.

*rapports avec l'adversaire* »<sup>90</sup>. En dépit de quelques imperfections<sup>91</sup> présentées par l'arbitrage, il apparaît comme un moyen efficace<sup>92</sup> dont disposent les associés pour résoudre discrètement et rapidement les conflits qui naissent au sein de la société. C'est d'ailleurs pour cette raison que le législateur de l'OHADA a laissé le choix de la procédure aux associés. Ainsi, ces derniers peuvent soumettre tout litige entre eux ou entre un ou plusieurs associés et la société soit au juge étatique<sup>93</sup>, soit à l'arbitrage<sup>94</sup>. Les justiciables font généralement recours au juge étatique pour des raisons d'objectivité et de transparence dont il fait l'objet<sup>95</sup>. L'étude portera essentiellement sur les juges étatiques en droit de l'OHADA dans la mesure où le régime particulier auquel est soumis l'arbitrage<sup>96</sup> exige que lui soit réservée une étude spécifique<sup>97</sup>.

**13. Le juge des sociétés commerciales.** En droit OHADA, le juge compétent en matière commerciale peut être un professionnel ou non. Dans le dernier cas, il s'agit de toute personne ayant exercé le commerce ou participé à la gestion d'une société commerciale ou à la direction d'une organisation professionnelle ou interprofessionnelle représentative du

---

<sup>90</sup> Issa Said, « Gestion du contentieux des affaires et sécurisation des investissements dans l'espace OHADA », disponible sur [www.lagavox.fr](http://www.lagavox.fr), consulté le 01/08/2016.

<sup>91</sup> V. Racine (J.-B.), *Droit de l'arbitrage*, PUF, coll. Thémis, 2016, p. 85 et s., n°95 et s. ; Nemoz-Rajot (Q.), *Les interventions judiciaires spécifiques au droit des sociétés in bonis*, op. cit., 2015, p. 25 et s., n° 15 et s. ; Guinchard (S.) (dir.), *Droit processuel*, op. cit., p. 1343, n°594.

<sup>92</sup> La mise en œuvre de l'arbitrage est soumise à une condition. Les associés doivent par une clause compromissoire ou par un compromis, avoir prévu une clause d'arbitrage dans leur contrat. V. Albarian (A.), Mouron (Ph.) et Brignon (B.), *Droit commercial. Sociétés commerciale 2015. Un an de jurisprudence commentée*, Wolters Kluwer, coll. Lamy., 2015, p. 27, n°1, obs. Cass. civ., 22 oct. 2014, n°13-11.568, FS-P+B+I.

L'arbitrage est une procédure avantageuse parce qu'il permet aux associés d'échapper aux aléas soumis à la procédure devant les juges étatiques, notamment la publicité des débats, les longs délais procéduraux. Ces avantages ont permis à un auteur de se poser la question de savoir si, l'arbitrage serait le moyen le mieux adapté à la résolution des litiges impliquant les sociétés car, celles-ci sont le point de rencontre de tant d'intérêts à concilier, le nœud de tant de contrats à sauvegarder. Cf. Racine (J.-B.), *Droit de l'arbitrage*, op. cit., 2016, p.80 et s., n°86 et s. ; Caprasse (O.), *Les sociétés et l'arbitrage*, thèse Université de Liège, LGDJ, 2002, p. 152, n°115. L'auteur classe ces avantages en deux grandes catégories : les « avantages substantiels : le recours à l'amiable composition qui permet d'atténuer « la rigueur du *summum jus* », l'application d'un droit plus adapté (éventuellement étranger ?), la formation possible d'une *lex mercatoria*, etc. ; des avantages procéduraux : le maintien du secret du litige et de sa solution, la souplesse, la rapidité, l'efficacité » ; addé, Ngnintedem (J.-Cl.), « Le juge OHADA et l'investissement international », *Juridis Périodique*, n° 104, octobre-novembre-décembre 2015, pp. 128 et s.

<sup>93</sup> Cf. art. 147 de l'AUDSCGIE.

<sup>94</sup> Cf. art. 148 de l'AUDSCGIE. V. aussi Scholastique (E.), « Arbitrage et droit des sociétés », *Dr. et patrimoine*, 2002, p. 152, n° 115 ; Caprasse (O.), *Les sociétés et l'arbitrage*, op. cit.

<sup>95</sup> Le juge étatique est un organe, en principe, libre, indépendant et impartial qui rend des décisions objectives. V. Fricero (N.), « Le tribunal de commerce : une juridiction conforme aux exigences constitutionnelles ! », *Dalloz*, 2012, p.1626.

<sup>96</sup> Cf. sur la question Racine (J.-B.), *Droit de l'arbitrage*, op. cit.

<sup>97</sup> Dans le contexte de l'OHADA, l'arbitrage est organisé par l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage. V. Badji (P.S.A.), « Les enjeux de la flexibilité des règles des sociétés commerciales dans l'AUDSCGIE révisé », *In les réformes de droit privé en Afrique : Acte du colloque Université de Dschang*, 13 et 14 novembre 2014, PUA, 2016, p. 297.



commerce, de l'industrie ou de l'agriculture ou de tout autre secteur assimilé<sup>98</sup>. En réalité, dans le contexte de l'OHADA qui est celui de notre étude, le législateur a régulièrement substitué<sup>99</sup> au mot juge les termes suivants : « *juridiction compétente* », « *juge des référés* », « *président de la juridiction compétente* », « *le Tribunal* », « *le juge de la juridiction compétente* ». On comprend donc qu'il n'a pas voulu se prononcer sur la question et a laissé le soin à chaque État de déterminer à qui reviendra la charge d'assurer la mise en œuvre effective des Actes uniformes. La position du législateur, bien que rejetée par une partie de la doctrine<sup>100</sup>, semble se justifier par la souveraineté des États et la diversité de l'organisation judiciaire qui caractérise ces États<sup>101</sup>. Concrètement, la détermination de cette compétence est très diversifiée et varie en fonction des États membres de l'OHADA. En guise d'exemple, au Cameroun<sup>102</sup>, cette compétence est reconnue aux juges de la chambre commerciale du tribunal de première instance ou à celle du tribunal de grande instance selon le montant de la demande<sup>103</sup> et à la chambre commerciale de la Cour d'appel. Au Sénégal<sup>104</sup>, le juge compétent est soit celui du tribunal de commerce, soit celui de la chambre commerciale d'appel de la Cour d'appel. En cassation, il s'agit du juge de la CCJA. Cette composition fait de l'espace judiciaire OHADA un espace sous forme pyramidale.

**14. Un espace judiciaire sous forme pyramidale.** Conscient « *qu'un environnement légal structuré ne permettrait pas à lui tout seul d'attirer les investisseurs* »<sup>105</sup>, le législateur de l'OHADA a amélioré son espace judiciaire. Il y a institué un système de contrôle et de règlements des différends sociaux susceptible de renforcer la transparence et la compétitivité

<sup>98</sup> Au Sénégal, le statut des juges non professionnels appelés consulaires est organisé par les articles 9 à 13 de la Loi n°2017-24 du 28 juin 2017 portant création, organisation et fonctionnement des tribunaux de commerce et des chambres commerciales d'Appel.

<sup>99</sup> Cette substitution terminologique pourrait se justifier par les réalités judiciaires et économiques de chaque État membre de la communauté.

<sup>100</sup> Benkemoun (L.), « Sécurité juridique et investissements internationaux », *Penant*, n° 855, p.194.

<sup>101</sup> V. Ngono (C.), « Réflexions sur l'espace judiciaire OHADA », *op. cit.*, p. 19 et s ; Mator (B.), Pilkilgton (N), Sellers (D.) et *alii*, « Droit uniforme africain des affaires issues de l'OHADA », LexisNexis, 2004, n°98, p. 125 ; Issa Sayegh (J.) et Lohoues-Oble (J.), OHADA, *harmonisation du droit des affaires*, Bruylant, 2002, n°265. Selon ces auteurs, le législateur OHADA n'a ni les droits, ni les pouvoirs, de modifier l'organisation judiciaire des États membres de l'OHADA.

<sup>102</sup> Cf. Loi n°2006/015 du 29 déc. 2006 portant organisation judiciaire, modifiée et complétée par la loi n°2011/027 du 14 décembre 2011 et par la constitution du 18 jan. 1996.

<sup>103</sup> Le TPI connaît des différends dont le montant de la demande est inférieur ou égal à la somme de dix millions de Francs CFA. Le TGI, quant à lui, est compétent lorsque le montant de la demande est supérieur à la somme de dix millions.

<sup>104</sup> Cf. Loi n°2017-24 du 28 juin 2017 portant création, organisation et fonctionnement des tribunaux de commerce et des chambres commerciales d'Appel.

<sup>105</sup> V. Ngono (C.), « Réflexions sur l'espace judiciaire OHADA », *Revue semestrielle d'Etudes, de Législation, de Jurisprudence et de Pratique Professionnelle en droit des affaires & en droit communautaire*, janv. 2016, n°6, Ohadata D-15-14, disponible sur <http://docplayer.fr>, consulté le 19/03/16.

de l'environnement des affaires. En effet, le Traité de l'OHADA en ses articles 13<sup>106</sup> et 14 al.1<sup>107</sup> a organisé son espace judiciaire<sup>108</sup> sous forme pyramidale<sup>109</sup>. Au sommet de la pyramide, on retrouve les juges de la CCJA<sup>110</sup> dont le rôle est celui des juges de cassation du droit de l'OHADA<sup>111</sup>. À la base de cette pyramide se trouvent les juges de fond des juridictions nationales considérés comme les juges de droit commun<sup>112</sup> du droit communautaire OHADA. Emboitant le pas au législateur, les États membres de l'OHADA ont, depuis 2011, entrepris de nombreuses réformes<sup>113</sup> visant à améliorer la qualité des procédures judiciaires. Ces réformes visent, entre autres, la réduction des délais de procédure<sup>114</sup> et la création des juridictions spécialisées en charges de litiges commerciaux<sup>115</sup>. Il s'agit précisément des juges de l'ordre judiciaire, c'est à dire de l'ensemble des juridictions nationales jugeant les procès pénaux, civils et commerciaux.

**15. La compétence territoriale du juge national.** La notion de juge national renvoie soit aux juridictions du fond des États parties, soit à la Cour suprême de ces États. Les juges du fond sont compétents en instance et en appel pour tous les différends relatifs à l'application

---

<sup>106</sup> L'art. 13 du Traité de l'OHADA précise qu'il revient aux juridictions des États parties de connaître, en première instance et en appel, du contentieux relatif à l'application des actes uniformes.

<sup>107</sup> Il ressort de l'art. 14 al.1 du Traité de l'OHADA que l'interprétation et l'application communes du Traité, des règlements pris pour son application, ainsi que des actes uniformes et décisions sont assurées par la Cour commune de justice et d'arbitrage.

<sup>108</sup> Cf. Modi Koko Bebey (H.-D.), « La réforme du droit des affaires de l'OHADA au regard de la mondialisation de l'économie », disponible sur <http://www.institut-idef.org>, consulté le 25/01/2019; Kamga (J.), « Réflexion « concrètes » sur les aspects judiciaires de l'attractivité économique du système juridique de l'OHADA », *op.cit.*; Traoré (M.), « La réforme du droit des affaires, les imperfections du règlement des litiges selon le Traité de l'OHADA », disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté le 23/10/17.

<sup>109</sup> V. Ngono (C.), « Réflexions sur l'espace judiciaire OHADA », *op.cit.*

<sup>110</sup> Cour commune de justice et d'arbitrage.

<sup>111</sup> Traoré (M.), « La réforme du droit des affaires, les imperfections du règlement des litiges selon le Traité de l'OHADA », *op.cit.*

<sup>112</sup> La juridiction de droit commun est celle dont la vocation est de connaître de toutes les affaires, exception faites de celles qui ont été attribuées par la loi à une autre juridiction. V. Cornu (G.), *Vocabulaire juridique*, *op.cit.*, p. 584, v. *juridiction*, sens n°2 a/, de droit commun. *Addé*, Perrot (R.), *Institutions judiciaires*, Montchrestien, 8<sup>e</sup> éd., 1998. L'auteur définit les juridictions de droit commun comme celles « qui ont une compétence de principe pour connaître de tous les litiges, sans qu'il soit besoin d'une loi spéciale pour les investir du pouvoir de juger de telle ou telle affaire ».

<sup>113</sup> Selon le rapport Doing Business 2019, la Côte d'Ivoire est classée parmi les pays les plus réformateurs à la suite d'une progression de 17 places. Lire l'article issu du dossier « Classement Doing Business 2019 : pic de réformes en Afrique », disponible sur <https://www.jeuneafrique.com/>, consulté le 21/01/2019.

<sup>114</sup> Cf. également Rapport de Doing Business dans les États membres de l'OHADA 2017. Comparaison des Réglementations S'appliquant Aux Entreprises Locales Dans 17 États Membres et A Travers Le Monde, Groupe de la Banque Mondial, p. 56 et s., disponible sur [www.worldbank.org](http://www.worldbank.org), consulté le 24/06/2018 ; V. également le décret 2013-1071 du 6 août 2013 modifiant le décret n° 64-572 du 30 juillet 1964 portant Code de Procédure Civile au Sénégal.

<sup>115</sup> En 2018, certains États membres de l'OHADA ont créé un tribunal de commerce ou une section commerciale spécialisée. Il s'agit du Bénin, du Cameroun, de la Côte d'Ivoire, du Niger, du Togo et du Sénégal.

des actes uniformes<sup>116</sup>. Conformément à l'article 14 al.4 du Traité OHADA, la Cour suprême des États quant à elle, est compétente en cassation pour toutes les décisions rendues par les juges du fond en matière d'application des peines relatives aux infractions<sup>117</sup>. Le juge national joue un rôle très important dans le processus de développement économique de l'espace OHADA<sup>118</sup>. C'est à lui qu'incombe la charge d'appliquer les actes uniformes au sein des sociétés commerciales. Il a par conséquent l'obligation de se conformer aux actes uniformes qui sont désormais le droit commun applicable aux activités économiques dans l'ensemble des États membres. Cette obligation trouve son fondement dans l'article 10<sup>119</sup> du Traité de l'OHADA qui pose le principe de l'applicabilité immédiate du droit communautaire.

En effet, le juge territorialement compétent en droit de l'OHADA est celui du siège social de la société commerciale. Cependant, en vertu de la théorie jurisprudentielle des gares principales<sup>120</sup>, la compétence territoriale du juge peut être reconnue au tribunal du lieu de situation de la succursale de ladite société. Si la détermination de la compétence territoriale du juge national ne pose, *a priori*, pas de difficulté du fait de l'identité de la règle applicable en la matière, la compétence matérielle de ce juge reste un domaine obscur.

**16. La compétence matérielle du juge national.** Conformément à l'article 7 de la loi n°2017-24 du 28 juin 2017 portant création, organisation et fonctionnement des tribunaux de commerce et des chambres commerciales d'Appel au Sénégal et aux articles 15 à 18 de la loi n°2011/027 du 14 décembre 2011 modifiant et complétant certaines dispositions de la loi

<sup>116</sup> Cf. art. 13 du Traité OHADA ; *addé*, Olinga (A.D.), « Réflexions sur le droit international, la hiérarchie des normes et l'office du juge au Cameroun », *Juridis Périodique*, n° 63, juil.-août-septembre, 2005, p. 3.

<sup>117</sup> V. à ce sujet Tchanchou (H.), *La supranationalité dans le cadre de l'OHADA, Etudes à la lumière du système des communautés européennes*, thèse de Poitiers, 2008, n°913 et s. ; Fometeu (J.), « Le clair-obscur de la répartition des compétences entre la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA et les juridictions nationales de cassation », *Juridis Périodique*, n°73, janv.-févr.-mars, 2008, p. 89 et s.

<sup>118</sup> Anoukaha (F.), « L'OHADA en marche », *Annales de la Faculté de droit de Dschang*, 2002, p.7, *Ohadata D-04-36* ; Boumakani (B.), « Le juge interne et le droit OHADA », *Penant*, n° 839, 2002, p. 133.

<sup>119</sup> L'art. 10 du Traité de l'OHADA dispose : « *les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les États parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieur ou postérieur* ». Il ressort clairement de cet article qu'en dehors de la publication des actes uniformes au Journal Officiel de l'OHADA, ceux-ci n'ont plus besoin d'une procédure particulière pour être appliqués au sein des États membres de la communauté ; *Addé*, Simon (D.), « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », SFDI, Colloque de Bordeaux, droit international et droit communautaire, perspectives actuelles, Paris Pédone, 2000, p. 236.

<sup>120</sup> Cette théorie permet d'attribuer la compétence territoriale au tribunal du lieu où une société dispose d'un établissement secondaire. V. Cass. civ. 2°, 6 avr. 2006, *JCPE*, 2006, 1414, note Legros (J. P.) ; *Addé*, CA Lyon, chbre civ. 1B, 18 févr. 2014, n°13/07989, *JurisData*, n°2014-005663, obs. Rolland (B.). Cependant, pour que cette compétence lui soit reconnue, il faut que de nombreuses conditions soient respectées. Ainsi, « *la jurisprudence des gares principales ne vaut que si l'établissement secondaire a bien un rôle effectif et efficace vis-à-vis des tiers. Selon la Cour de cassation, cet établissement doit être dirigé par une personne ayant le pouvoir d'engager la personne morale à l'égard des tiers. Il faut démontrer qu'un préposé est habilité à passer des contrats, ce qui constitue une approche classique. La Cour d'appel de Lyon ajoute un élément supplémentaire et sans doute plus inédit. Il faut que l'établissement secondaire soit « impliqué dans le litige ».*

n°2006/015 du 29 décembre 2006 portant organisation judiciaire au Cameroun, le tribunal de commerce, le tribunal de première instance et le tribunal de grande instance ont une compétence étendue. Ils connaissent des contestations relatives aux engagements et transactions entre commerçants et par conséquent aux sociétés commerciales, des différends entre toutes personnes, relatifs aux actes de commerce au sens de l'AUDSCGIE.

En revanche, lorsque la contestation porte sur les actes mixtes, la partie non commerçante demanderesse a le choix d'assigner la société devant une juridiction civile ou devant une juridiction commerciale. Ces tribunaux tranchent également les litiges entre associés d'une société commerciale y compris ceux liés aux pactes d'associés, aux actions en responsabilité civile à l'encontre des dirigeants ou des associés de sociétés commerciales. La compétence de ces tribunaux s'étend enfin aux contestations relatives au contrat social, c'est-à-dire à tout différend portant sur la constitution, le fonctionnement, la dissolution, la liquidation de la société commerciale. Il s'agit entre autres des questions relatives à la cession des titres sociaux ou des procédures collectives d'apurement du passif.

La chambre commerciale de la Cour d'appel, quant à elle, est compétente pour connaître de l'appel des jugements rendus par les tribunaux. La spécificité des structures judiciaires et des règles de procédure de chaque État membre peut créer une diversité de solutions contraires à l'esprit du législateur. Celles-ci sont soumises à l'appréciation de la CCJA qui a la charge, en dernier ressort, de contrôler l'application uniforme de l'AUDSCGIE.

**17. La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage**<sup>121</sup>. La CCJA est la juridiction spécialisée de l'espace OHADA. Elle a une compétence exclusive qui lui permet de connaître des litiges mixtes qui relèvent à la fois du droit OHADA et du droit national<sup>122</sup>. Elle est composée de neuf juges nommés pour un mandat de sept ans non renouvelable<sup>123</sup>. Au terme de l'article 14 al. 1<sup>er</sup> du Traité OHADA, la CCJA a pour mission d'assurer « *l'interprétation et l'application communes du Traité ainsi que des règlements pris pour son application, des actes uniformes et des décisions* ». Cette disposition a permis à la CCJA, à de nombreuses occasions, de sanctionner les décisions rendues par la Cour suprême des États parties au mépris du

---

<sup>121</sup> La CCJA dont le siège est à Abidjan en Côte d'Ivoire est composée de neuf juges élus pour un mandat de sept ans non renouvelables. Cf. art. 31 du Traité OHADA.

<sup>122</sup> CCJA, arrêt n°021/2007 du 31 mai 2007, *Ohada* J-08-223 ; CCJA, arrêt n°038/2008 du 17 juill., Rec. CCJA n°12,2008, p. 150.

<sup>123</sup> Cf. art. 31 du Traité OHADA.

Traité<sup>124</sup>. Cette mission à la fois importante et délicate répond au souci de sécurité judiciaire que pourrait créer l'instabilité de la jurisprudence dans les États membres de l'OHADA<sup>125</sup>. En dépit de toutes les mesures entreprises par le législateur de l'OHADA, le juge fait l'objet de nombreuses désapprobations. Il lui est souvent reproché l'application peu convenable du droit communautaire<sup>126</sup> au sein des sociétés commerciales.

**18. Les sociétés commerciales<sup>127</sup> en droit de l'OHADA.** Inspirée de l'article 1832<sup>128</sup> du Code civil français de 1804, la législation harmonisée conçoit la société commerciale comme le résultat d'une manifestation de volonté d'un<sup>129</sup>, ou de plusieurs partenaires qui conviennent par un contrat d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature, ou de l'industrie, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter<sup>130</sup>. Ces partenaires s'engagent à contribuer aux pertes dans les conditions prévues par l'Acte uniforme.

En général, il existe plusieurs formes de sociétés. Notre travail ne portera que sur les principales formes expressément retenues par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Le législateur OHADA a mis en avant deux critères<sup>131</sup> pour déterminer le caractère commercial de la société. Ainsi, l'article 6 al 2 de l'AUDSCGIE considère commerciales, en raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité

<sup>124</sup> CCJA, arrêt n°011/2003, 19 juin 2003, MCKK et SCK c/ loteny Télécom, Rec. n°1, jan.-juin 2003, p. 32, Ohada.com/Ohadata J-04-107 ; CCJA, arrêt n°007, 24 avr. 2003, CI-TELECOM devenue Côte d'Ivoire Télécom c/Société Publistar, juriscope.org.

<sup>125</sup> Njeufack Temgwa, « Précision sur la compétence judiciaire de la CCJA », *In les réformes de droit privé en Afrique : Acte du colloque*, Université de Dschang, 13 et 14 nov. 2014, PUA, 2016, pp 403 et s. ; Modi Koko Bebey (H.-D.), « La réforme du droit des affaires de l'OHADA au regard de la mondialisation de l'économie », *op. cit.* ; Traoré (M.), « La réforme du droit des affaires en Afrique, les imperfections du règlement des litiges selon le Traité de l'OHADA », disponible sur Ohadata D-17-01, [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté le 23/10/17 ; Meyer (P.), « La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA », *Penant* n° 855, p. 151 Ohadata D-06-50,

<sup>126</sup> V. Togolo (O.), « Le juge camerounais et le juge de la CEMAC : un regard prospectif », *Juridis Périodique*, n°63, 2005, p. 76.

<sup>127</sup> Sur la genèse des sociétés commerciales, Cf. Anoukaha (F.), Cisse (A.), Diouf (N.) et alii, *OHADA. Sociétés commerciales et GIE*, *op. cit.*, pp. 1 et s., n° 1 et s.

<sup>128</sup> Art. 1832 du code civil français dispose que « la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. V. Ayawa Ametia Tsakadi, « Réflexions sur les pouvoirs de l'associé unique », *juridis périodique*, n°81, janvier-février-mars 2010, p. 82.

*Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne.*

*Les associés s'engagent à contribuer aux pertes ».*

<sup>129</sup> Il s'agit notamment de la société unipersonnelle sous la forme d'une SARL, cf. art. 309 de l'AUDSCGIE, ou dans le cadre d'une SA, cf. art. 385 de l'AUDSCGIE. Désormais, la société unipersonnelle peut exister sous la forme d'une SAS, cf. art. 853-2 de l'AUDSCGIE.

<sup>130</sup> Cf. art. 4 al 1 et art. 5 de l'AUDSCGIE.

<sup>131</sup> Cf. art. 6 al. 1 de l'AUDSCGIE.

limitée, les sociétés anonymes et les sociétés par actions simplifiées. Le critère de commercialité par la forme retenue par le législateur fait obligation aux sociétés de mentionner leur forme juridique dans tous leurs actes puisque celui-ci est un élément de leur identité. La commercialité par l'objet, quant à elle, suppose que la société accomplisse des actes de commerce et en fasse sa profession<sup>132</sup>. Dès lors, la société en participation et toute collaboration qui pourrait être qualifiée de société de fait seront retenues dans le cadre de ce travail étant donné qu'elles peuvent, par leur objet, devenir commerciales conformément aux dispositions de l'AUDSCGIE. Ainsi, ne feront pas l'objet de notre étude les sociétés civiles, les sociétés coopératives, les établissements publics administratifs parce qu'ils sont régis par une réglementation particulière.

**19. L'imprécision de la nature juridique de la société commerciale.** Le Code civil français avait originellement perçu la société commerciale comme un contrat. Cette analyse purement contractuelle fut remise en cause au début du XX<sup>e</sup> siècle par la doctrine qui a fait application en la matière de la théorie publiciste de l'institution. La qualification contractuelle de la société est, en effet, apparue peu compatible avec certains aspects du fonctionnement sociétaire. Le principe majoritaire, le développement d'une réglementation contraignante, le souci d'assurer la pérennité de l'entreprise ont conduit à penser que la société est plus une institution qu'un contrat. D'après la conception institutionnelle, la société est régie par un ensemble de règles impératives inspirées par un intérêt supérieur : l'intérêt social, qui prévaut sur l'intérêt individuel des associés. Cette vision conduit à protéger la société elle-même, c'est-à-dire, à favoriser l'activité de l'entreprise au détriment de la volonté des associés. Or, l'introduction de la SAS dans la législation de l'OHADA et la consécration des pactes d'actionnaires lors de la réforme de 2014 laissent penser que le législateur de l'OHADA tient à protéger le caractère contractuel de la société. Par conséquent, la question de la nature juridique de la société demeure un débat<sup>133</sup> récurrent dont les termes et les enjeux n'ont pas été clairement fixés par le législateur de l'OHADA<sup>134</sup>. Son attitude rejoint la position d'un auteur qui pense que, « *désormais, l'impact économique et social du contrat de société commande*

---

<sup>132</sup> Cf. art. 2 et 3 de l'AUDCG.

<sup>133</sup> Basdevant-Gaudemet (B.), *Contrat ou institution : un enjeu de société*, LGDJ, coll. Systèmes droit, 2004 ; Bertrel (J.-P.), « Le débat sur la nature de la société », in *Mélanges Sayag* (A.), Litec, 1997, p.131 ; Corbisier (I.), *La société : contrat ou institution*, thèse de Luxembourg, 2001, Lacier, 2011.

<sup>134</sup> Le législateur de l'OHADA considère la société tantôt comme un contrat, tantôt comme une institution. De toute évidence, la société commerciale peut avoir cette double nature juridique, puisque les règles de création, de fonctionnement et de dissolution de la société ne s'en éloignent nullement. V. Féneon A., *Le droit des sociétés en Afrique*, op. cit. ; Cozian (M.), Viandier (A.) et Deboissy (Fl.), *Droit des sociétés*, op.cit., p. 3 et s., n°10 et s. ; Germain (M.), Magnier (V.), Ripert (G.) et Roblot (R.), *Traité de droit des affaires, les sociétés commerciales*, t. 2, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 2014, pp. 20 et 21, n°1517 et 1518.

que soient intimement liés un aspect contractuel rattaché à l'intérêt commun des associés, et un aspect institutionnel exaltant l'intérêt de la personne morale »<sup>135</sup>. Toutefois, cette position ne va pas sans conséquence puisqu'elle expose le juge à un risque d'appréciation divergente des contentieux liés au fonctionnement de la société commerciale.

**20. La circonscription de l'étude à la phase de fonctionnement de la société commerciale.** Le fonctionnement est l'action de mettre une chose en état de marche, de réaliser effectivement les dispositions d'une convention. Dans le cadre de la société commerciale, il fait appel à l'exécution du contrat de société. C'est la phase comprise entre l'accomplissement des formalités nécessaires à la formation du contrat de société et celle marquant la cessation forcée ou volontaire de l'exercice de toute activité par la société. Elle fait intervenir les opérations relatives aux titres sociaux, à la gestion de la société, à la prise de décisions collectives par les associés et aux moyens de contrôle de la société. Ainsi, les opérations liées à la constitution de la société et celles relatives à sa dissolution ne seront pas abordées dans le cadre de ce travail.

Les textes font une distinction entre la société en tant qu'acte constitutif et la société considérée comme une personne morale dotée d'une personnalité juridique distincte de celle des associés<sup>136</sup>. Cette personne juridique pose des actes de façon indépendante, elle agit au nom et dans l'intérêt de la collectivité des associés étant donné que la loi fait d'elle la propriétaire du patrimoine social. Elle peut engager sa responsabilité du fait de ses actes. Elle doit être dotée d'une volonté propre, être apte à agir en connaissance de cause et à comprendre le sens de ses actes. Or, du fait de la nature abstraite de la société, son fonctionnement est assuré par des organes dont l'action ou l'omission est réputée être celle de la société. Il s'agit de toute personne ou ensemble de personnes à qui la loi donne un certain titre, dont elle fixe le statut et qui a les pouvoirs de décider au nom de la collectivité, au moyen des règles de bonne gouvernance d'entreprise.

**21. La corporate governance en droit de l'OHADA.** Dans le monde économique<sup>137</sup>, la *corporate governance* ou la gouvernance d'entreprise renvoie à une doctrine qui vise à

---

<sup>135</sup> Mouthieu (M. A.), *L'intérêt social en droit des sociétés*, *op.cit.*, p. 16, n°2.

<sup>136</sup> Fénéon (A.), *Droit des sociétés en Afrique OHADA*, *op. cit.*, 2015, p. 1, n°1 ; Dondero (B.), *Droit des sociétés*, Dalloz, 6<sup>e</sup> éd., Coll. Hypercours, 2019, p.43, n°34 ; Charvériat (A.), Couret (A.) et Zabala (B.), *Sociétés commerciales*, *op.cit.*, n°1 ; Mouthieu (M. A.), *L'intérêt social en droit des sociétés*, *op.cit.*

<sup>137</sup> La diffusion de la notion de bonne gouvernance est l'œuvre de la Banque mondiale qui, à la suite de l'échec des plans d'ajustements structurels dans les pays en voie de développement a relevé que la gouvernance est la « manière dont le pouvoir est exercé dans la gestion des ressources économiques et sociales d'un pays ». V. Banque mondiale, « Governance and development », *Washington DC., The World Bank*, 1992, disponible sur

« s'assurer que les sociétés sont gérées dans l'intérêt commun de tous les actionnaires et non dans celui particuliers des majoritaires ou des dirigeants »<sup>138</sup>. Notion polysémique<sup>139</sup>, elle peut être définie comme la manière de gérer, d'administrer et de contrôler l'entreprise. Il ne s'agit pas simplement de l'organisation des rapports entre les associés et les dirigeants sociaux. Il est, aussi et surtout, question de l'interaction entre l'entreprise et ses différents *stakeholders*<sup>140</sup>. Afin de garantir le bon fonctionnement de la société commerciale, le législateur de l'OHADA a emboîté le pas au mouvement de moralisation du droit des affaires par l'introduction au sein de l'AUDSCGIE, des règles de bonne gouvernance d'entreprise<sup>141</sup>. Ces règles, pour la plupart, organisent la gestion transparente de la société commerciale<sup>142</sup> et l'équilibre des pouvoirs en son sein. L'objectif visé est celui de parfaire les mécanismes de prise des décisions, d'exercice des droits des associés et de contrôle des organes sociaux. Ainsi, au sein de la société, le pouvoir appartient principalement à l'assemblée générale des associés et aux organes sociaux<sup>143</sup>.

**22. Les pouvoirs des acteurs sociaux.** La société commerciale fonctionne comme une véritable démocratie dans laquelle existe une réelle séparation des pouvoirs<sup>144</sup>. Le pouvoir législatif représenté par l'assemblée générale des associés, le pouvoir exécutif constitué par les dirigeants sociaux et le pouvoir de contrôle tenu par le commissaire aux comptes<sup>145</sup>. L'assemblée des associés a pour mission de débattre sur tout fait relatif aux états financiers de synthèse, à l'augmentation ou à la réduction du capital social, au transfert du siège social dans un autre Etat, à l'autorisation de l'organe de direction à effectuer certaines opérations

---

<http://documents.worldbank.org>, consulté le 10/10/18. Ce mouvement a vu le jour en Europe et aux États unis dans les années 1990 à la suite de certains scandales financiers, notamment, celui cité dans l'affaire *Enron*. Cf. Lucas (F.-X.), « Loi de sécurité financière, corporate governance ou poudre aux yeux », *Droit et patrimoine*, janv. 2004, p. 54.

<sup>138</sup> Cf. Guyon (Y.), V. *Corporate governance*, Rep. soc., n°1. Pietrancosta (A.), *Le droit des sociétés sous l'effet des impératifs financiers et boursiers*, Paris, I, 1999, n° 158.

<sup>139</sup> Cf. Cathérine Baron, « La gouvernance : débats autour d'un concept polysémique », *Droit et société*, 54/2003, p.339.

<sup>140</sup> Les *stakeholders* sont considérés comme « des agents détenant une créance « légitime », sur l'entreprise, liée à l'existence d'un échange ». V. Badji (P. S.A.), « OHADA et bonne gouvernance d'entreprise », *Ohadata D-17-23*, disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté le 12/01/18.

<sup>141</sup> V. Battajon (R.), « La gouvernance des sociétés commerciales dans l'espace OHADA », disponible sur <https://juriafrique.com>, consulté le 24/07/18 ; Badji (P.S.A.), « OHADA et bonne gouvernance d'entreprise », *op. cit.*

<sup>142</sup> Sur la question de la publication des comptes sociaux V. Nemedeu (R.), *Le contrôle des sociétés anonymes*, thèse de Strasbourg 3, 2000, p. 157.

<sup>143</sup> Cf. art. 121 et s. de l'AUDSCGIE.

<sup>144</sup> Pour la définition de la notion de pouvoir V. Sakho (A.), « Analyse substantielle et relation de pouvoir », *RIDE*, n°4, 2003, p. 551.

<sup>145</sup> Avec le nouvel Acte uniforme du 30 janv. 2014, l'institution du commissaire aux comptes est obligatoire, non seulement pour les SA, mais également pour les SAS, les SARL, les SNC et les SCS d'une certaine taille. Sur le régime applicable aux commissaires aux comptes dans l'espace OHADA, V. Fénéon (A.), *Droit des sociétés en Afrique OHADA*, *op. cit.*, pp. 287 et s., n° 760 et s. ;



importantes, à la nomination, au remplacement ou à la révocation du dirigeant, ou du commissaire aux comptes. Ses délibérations sont prises soit en assemblée générale ordinaire<sup>146</sup>, soit en assemblée générale extraordinaire<sup>147</sup>. Ensuite, chargés de la gestion, la direction et l'administration quotidienne de la société, les dirigeants sociaux ont des pouvoirs assez étendus. Ils peuvent engager la société envers les tiers dans les limites de l'objet social et des pouvoirs qui leurs sont accordés par l'AUDSCGIE ou par les statuts. Enfin, le commissaire aux comptes qui, quant à lui, est sensé effectuer un contrôle comptable *a priori*. Cette répartition des pouvoirs, issue de la spécialisation du droit des sociétés commerciales de l'OHADA, s'impose au juge qui n'a pas le droit de se substituer à l'assemblée générale, par exemple, en délibérant sur une question précise qui lui est soumise.

**23. La spécialisation du droit des sociétés commerciales de l'OHADA.** Le droit des sociétés commerciales peut se définir comme l'ensemble des règles régissant la création, l'organisation, le fonctionnement et la dissolution des sociétés au sein de ses Etats membres. L'AUDSCGIE du 17 avril 1997 révisé le 30 janvier 2014 est le texte qui, au sein de l'OHADA, constitue principalement le droit des sociétés commerciales. Il s'agit en effet de l'ensemble des règles<sup>148</sup> de droit applicables à toutes les sociétés commerciales *in bonis* au sein de la communauté, quels que soient leur forme et leur objet<sup>149</sup>. De ce fait, les sociétés commerciales à statut particulier mais commerciales par leur forme et leur objet, telles les sociétés anonymes de banque ou d'assurance, rentrent dans le domaine d'application de l'AUDSCGIE. Sont également concernées, les sociétés commerciales dans lesquelles un État ou une personne de droit public est associé<sup>150</sup>. À côté de l'AUDSCGIE, nous aurons recours à l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement l'AUPCAP<sup>151</sup> et à l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général (l'AUDCG)<sup>152</sup>. Le premier s'applique aux sociétés commerciales qui connaissent de sérieuses difficultés financières. En revanche, le second traite des actes de commerce, du commerçant, du fonds de commerce, du bail commercial, des

---

<sup>146</sup> Les associés se réunissent en assemblée générale ordinaire lorsque les décisions n'entraînent pas la modification des statuts.

<sup>147</sup> Il en est ainsi chaque fois que la décision de l'assemblée générale porte sur la modification des statuts.

<sup>148</sup> Notons que ces règles ont fait l'objet fait l'objet d'une prolifération au cours de ces dernières années. V. à c sujet TEFFO (V.), *L'influence des objectifs gouvernementaux sur l'évolution du droit des sociétés*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque des Thèses, vol.139, 2014, p.87, n°2020 et s.

<sup>149</sup> Cf. CCJA, avis n° 02/2000/EP, 26 avr. 2000, p. 914, *Ohadata* J-02-03.

<sup>150</sup> Il s'agit, notamment, des sociétés d'État, des sociétés nationales, les sociétés à capitaux publics, les sociétés d'économie mixte, quel que soit le niveau de participation de l'État.

<sup>151</sup> L'AUPCAP a été adopté le 10 avr. 1998 à Libreville au Gabon et a été abrogé et remplacé, par l'Acte uniforme actuellement en vigueur, le 10 sept. 2015 à Grand-Bassam en côte d'Ivoire.

<sup>152</sup> L'AUDCG a été adopté en 1997 et révisé le 15 décembre 2010.

intermédiaires de commerce, et de la vente commerciale. Toutefois, ces Actes uniformes ne permettent pas, à eux seuls, de rendre compte de la place du juge dans la vie de la société commerciale. Ce qui explique l'existence en droit des sociétés, « *des structures logiques cohérentes, en harmonie avec l'ensemble de l'édifice juridique* »<sup>153</sup> inventées par le juge. Pour une analyse pertinente de notre sujet, il nous paraît judicieux de faire recours au droit commun<sup>154</sup> et aux principes généraux du droit<sup>155</sup>. Ces derniers jouent un rôle essentiel et déterminant dans la réalisation du droit des sociétés commerciales de l'OHADA.

**24.** La « *spécialisation croissante* »<sup>156</sup> de la législation actuelle n'épargne pas le droit de l'OHADA. Les signes de l'évolution<sup>157</sup> apparaissent clairement dans tous les actes uniformes en général<sup>158</sup> et dans l'AUDSCGIE<sup>159</sup> en particulier. Le cadre légal réservé aux sociétés commerciales par l'AUDSCGIE illustre sans conteste le souci de sécurité et de compétitivité recherché par le législateur à travers la simplification du droit<sup>160</sup>. Ce souci se manifeste par le renforcement des règles d'éthique en matière de gouvernance d'entreprise, des

<sup>153</sup> Germain (M.), « Préface », in Guengang (A.), De Vendeuil (S.), Davodet (D.) et Engel (P.), *Juge et droit des sociétés en 70 thèmes*, Litec, coll. Litec Professionnels, 2008, p. IX.

<sup>154</sup> C'est-à-dire à l'ensemble des règles juridiques applicables à toutes les situations et qui ne font pas l'objet de règles spéciales.

<sup>155</sup> Il s'agit des règles non-écrites de portée générale qui ne sont formulées dans aucun texte mais que le juge considère comme s'imposant à l'administration et à l'État et dont la violation est considérée comme une violation de règle de droit. V. Marchal (P.), *Principes généraux du droit*, Bruylant, 2014 ; Cornu (G.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 799, V. *Principe*, sens n°7, *Général du droit* a) et b).

<sup>156</sup> Oppetit (B.), « L'eurocratie ou mythe du législateur suprême », *Dalloz*, 1990, chron., XIII, p.74.

<sup>157</sup> Cette évolution est marquée par les nombreuses réformes intervenues dans cette communauté au cours de ces dernières années. D'abord la réforme concernant l'acte uniforme du 15 décembre 2010 portant sur le droit commercial général dont l'objectif de modernisation a permis d'améliorer le droit applicable aux actes de commerce, au commerçant, au fonds de commerce, au bail commercial, aux intermédiaires de commerce et à la vente commerciale. V. Carton (A. M.), « La réforme de l'Acte uniforme sur le droit commercial général », *Penant*, n° 865, p. 433 ; l'AUDCG publié au JO OHADA n° 23 du 15 février 2011, p.1 et s., commenté par Santos (A. P.) et Agbenoto (K. M.).

Ensuite celle intervenue le 30 janvier 2014, touche l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Le perfectionnement et la modernité sont rendus effectifs dans cet acte uniforme par l'amélioration de la rédaction de certaines de ces dispositions et par l'adaptation des règles de l'environnement économique, social et culturel des États de l'OHADA. V. Nguihe Kante (P.), « Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique », *RTD Com.*, 2010, p. 1 ; l'AUDSCGIE publié au JO OHADA n° spécial du 04 févr. 2014, p1 et s., commenté par Pougoué (P. G.), Anoukaha (F.), Bokalli (V. E.) et *alii*.

Enfin celle de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. V. l'AUPCAC publié au JO OHADA n° spécial du 25 sept. 2015, p.1 et s., commenté par Sawadogo (F. M.).

<sup>158</sup> L'évolution considérable du droit de l'OHADA « *force l'admiration* ». V. Pougoué (P. G.), « Présentation générale du système OHADA », *op. cit.*, Paillusseau (J.), « Le droit de l'OHADA. Un droit très important et original », *La Semaine Juridique*, n°4 du 28 oct. 2004, supplément n°5, p. 1 et s.

<sup>159</sup> L'AUDSCGIE renforce de nombreuses règles de fonctionnement de la société. Il s'agit notamment des règles de bonne gouvernance d'entreprise à travers la précision des acteurs de la gouvernance et de leur rôle V. art. 435 de l'AUDSCGIE, le perfectionnement du fonctionnement du conseil d'administration V. art. 437, 454-1, 459-1 de l'AUDSCGIE, le renforcement des droits des actionnaires, etc.

<sup>160</sup> Kom Kamsu (M.), « Les États parties de l'OHADA et la sécurisation des entreprises commerciales », *Rev. Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Ngaoundéré*, 2000, p.95.

mécanismes de contrôle des sociétés commerciales, des moyens de répression, ainsi que par le réaménagement des pouvoirs du juge au sein de la société. Cependant, relativement au réaménagement légal des pouvoirs du juge au sein des sociétés commerciales, des réserves peuvent être apportées dans la mesure où leur mise en œuvre nous semble lacunaire. Les mécanismes d'intervention judiciaire, lorsque ceux-ci existent, font l'objet d'un encadrement excessif qui laisse très peu de place à l'expression du juge. L'attitude du législateur tire ses sources du principe de non-immixtion du juge.

**25. Le principe de non-immixtion du juge.** Le principe de non-immixtion du juge dans l'environnement social a pour origine la force obligatoire des contrats. Ce principe trouve ses fondements dans le caractère contractuel de la société qui fait du juge une personne étrangère à la société et donc contraint de respecter le contenu du contrat. Par conséquent, il lui est interdit de méconnaître ou de modifier le sens clair et précis<sup>161</sup> des obligations contenues dans une convention. « Il ne peut s'immiscer dans les relations contractuelles pour les conformer à ses propres conceptions de l'équité et de la justice économique »<sup>162</sup>. Pour la doctrine majoritaire, les parties sont alors considérées comme « les meilleurs juges de leurs propres intérêts »<sup>163</sup> puisqu'elles sont les seules à assumer les risques des engagements qu'elles ont librement pris.

En réalité, la mise en harmonie du réseau d'intérêts parfois divergents des acteurs sociaux paraît justifier la nécessité de l'implication judiciaire dans la vie sociétaire. Mais, le pouvoir d'appréciation judiciaire des comportements et des actes sociaux est excessivement encadré, et parfois peu défini. Dans certains cas, la loi lui fait obligation d'interpréter les clauses contractuelles « d'après la commune intention des parties »<sup>164</sup>.

C'est ce qui justifie, en droit des sociétés, la restriction des pouvoirs judiciaires en matière d'exclusion d'associés, d'injonction, de modification des actes sociaux, de nullité des actes fondée sur une disposition impérative de l'Acte uniforme. Le juge ne peut remettre en cause ce qui a été décidé ou voulu, soit par les organes sociaux, soit par la majorité d'associés. Cependant, cette vision restrictive du rôle du juge ne semble pas prendre en compte les

---

<sup>161</sup> L'art. 1192 du code civil français dispose qu'« on ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation ».

<sup>162</sup> V. Aubert (J.-L.), *Le contrat, droit des obligations*, Dalloz, 2000, p. 116.

<sup>163</sup> Cf. Mazeau (D.), « Le juge et le contrat », *in propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Mélanges Aubert (J.-L.), Dalloz, Paris, 2005, p. 236, n°4.

<sup>164</sup> Cf. art. 1188 al. 1<sup>er</sup> du c. civil français.

nombreux intérêts présents<sup>165</sup> au sein de la société. La « *commune intention des parties* » à laquelle la loi fait référence n'est pas très souvent conforme à l'intérêt social. L'intervention du juge ici dépend de l'état du fonctionnement de la société. Si le dysfonctionnement de la société est constaté, le juge peut faire preuve d'audace. Son intervention semble quasi prépondérante en raison de la menace dont fait face la société. *A contrario*, et c'est très souvent le cas, il adopte un comportement auto-restrictif et restreint son champ d'action.

**26. Intérêt du sujet.** Il est vrai le juge est désormais un organe important et incontournable au sein des sociétés commerciales. Cependant, la réalité montre que cette place peine à être occupée et que l'objectif de sécurité juridique et judiciaire n'est pas encore au rendez-vous. À tout le moins, les résultats des interventions judiciaires ne sont pas à la hauteur des attentes, du fait de la difficile conciliation des intérêts en jeu. Très souvent, le juge réfute l'idée d'une violation des frontières de la liberté contractuelle qu'il considère « *comme un terrain glissant sur lequel les magistrats marchent à pointe des pieds* »<sup>166</sup>. Par ailleurs, la question des lenteurs judiciaires dans le contexte de l'OHADA, l'application parfois hasardeuse d'un droit obscur et imprécis qui offre de temps à autre, le choix entre le droit national et communautaire constituent entre autres obstacles à la réalisation des missions du juge dans le cadre sociétaire<sup>167</sup>. À ces obstacles s'ajoute la réticence des associés à recourir au juge étatique au regard des différentes pesanteurs sociologiques, techniques et même juridiques.

L'analyse servirait d'outil de sensibilisation du juge qui devrait trouver un équilibre entre la liberté contractuelle et la réalisation de ses pouvoirs au sein des sociétés commerciales. Elle constituerait également un instrument d'interpellation du législateur OHADA, qui devrait adapter au contexte sociétaire, les règles spécifiques aux interventions judiciaires. Il en ressort donc un triple intérêt : théorique, pratique et économique. En effet le juge devrait, à travers les actes et décisions qu'il prend, créer une harmonie entre la nouvelle législation et l'environnement innovant et concurrentiel. Ses interventions devraient garantir le bon fonctionnement de la société par le biais d'un encadrement responsable des actes et décisions

---

<sup>165</sup> Le Cannu (P.) et Dondero (B.), *Droit des sociétés*, LGDJ, 8<sup>e</sup> éd., coll. Domat droit privé, 2019, p.65, n°89. L'auteur relève que « *l'essentiel du droit des sociétés est lié à cette pluralité d'intérêts, car c'est elle qui pose le plus de problèmes juridiques et qui rend nécessaire le contrôle et l'encadrement de la gestion* ».

<sup>166</sup> Ces propos ont été énoncés par un auteur en guise de conclusion sur la question des rapports entre le juge et les pouvoirs sociaux. Cf. Mounetaga (D.), *L'intervention du juge dans la vie des sociétés commerciales*, op. cit., p. 229, n° 549.

<sup>167</sup> Au sujet de la crise que traverse les juges dans le contexte OHADA V. Demba Sy, « La condition du juge en Afrique : l'exemple du Sénégal », *Revue d'études et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique*, n°3, juin 2003. Disponible sur [www.Afrilex.u-bordeaux4.fr](http://www.Afrilex.u-bordeaux4.fr), consulté le 13/10/18.

sociales et assurer la sanction équitable des droits sociaux. L'exercice de son pouvoir prétorien devrait apporter des réponses pertinentes, conformes aux attentes des parties. L'objectif étant celui de gagner la confiance des acteurs économiques qui ont besoin d'un cadre sécurisé pour leurs investissements. Cela suppose de mettre en accord, de manière permanente, la légalité objet de la sécurité juridique, et l'opportunité réponse aux défis économiques.

**27. Problématique.** À travers ce qui précède, la question de l'efficacité de l'intervention du juge dans la convergence des intérêts sociaux se pose avec acuité. La notion d'efficacité fait appel à celle de rendement, c'est-à-dire la capacité de produire le maximum de résultat avec un minimum d'effort<sup>168</sup>. Pour être efficace, l'effet réalisé par l'intervention du juge au sein des sociétés commerciales doit être en adéquation parfaite avec l'effet recherché par cette intervention. Il s'agit donc d'analyser les techniques d'interventions du juge dans la vie des sociétés commerciales, d'en déceler les imperfections afin d'apporter d'éventuelles solutions dans une perspective d'assainissement de l'environnement sociétair.

Les nombreuses lacunes liées à certaines actions judiciaires visant à assurer le bon fonctionnement de la personne morale permettent de soutenir l'hypothèse selon laquelle, l'encadrement de l'intervention du juge dans le fonctionnement de la société commerciale demeure à parfaire pour de meilleurs résultats. En dépit du rôle plus grand qui est le sien<sup>169</sup> dans la gestion des contentieux, on peut à l'heure actuelle douter de l'efficacité tant de sa mission de protection que de son rôle de censeur. S'agissant de la mission de protection, le juge ne peut se substituer aux acteurs sociaux défaillants afin de modifier le contenu d'un contrat ou d'un acte social irrégulier. Il ne peut par principe mettre fin aux fonctions d'un acteur social devenu un danger pour le fonctionnement normal de la société, exception faite de rares cas prévus par les textes. Sur le plan de la sanction, la loi ne lui donne pas un pouvoir de contrainte suffisant qui lui permet d'exiger d'un acteur social, l'exécution d'une obligation. Les pistes de réponse au souci de sécurité judiciaire au sein de la communauté suscitent de nouveaux débats. Dans certains cas, les efforts du législateur concourent plutôt à complexifier la mission du juge. Formellement, « *chaque retouche législative alimente inévitablement un déficit de lisibilité,*

---

<sup>168</sup> Cf. Toh (A.), *La prévention des difficultés des entreprises : Etude comparé de droit Français et droit OHADA*, thèse de Bordeaux, 2015, p. 43 et s., n° 68 et s.

<sup>169</sup> Denoix de Saint Marc (R.), « Régulateurs et juges. Introduction générale », in *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Frison-Roche (M.-A.) (dir.), Presse des sciences po et Dalloz, 2004, p.114 ; Dupuis Toulon (F.), « le juge en complémentarité du régulateur », in *les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Frison-Roche (M.-A.), Presse des sciences po et Dalloz, 2004, p.139 ; Onana Etoundi (F.), « L'état de la jurisprudence de la CCJA de l'Ohada », in *Les grands articles de doctrine de l'Ohada*, Penant de 2000 à 2013, *Juris Africa*, p.92 ; Martin (D.) et Amiel-Morabia (S.), « L'extension du contrôle juridictionnel des marchés », *RTD com.*, 1996, p.45.

*peu compatible tant avec le principe de clarté qu'avec les objectifs d'intelligibilité et d'accessibilité à la loi* »<sup>170</sup>. Le rôle du juge au sein des sociétés commerciales est encadré par une réglementation complexe, évolutive, dense et parfois d'emprunt.

**28. Plan.** Il n'est pas question dans le cadre des développements suivants de faire un recensement des interventions judiciaires car ce travail a déjà été fait par de nombreux auteurs<sup>171</sup>. Ceux-ci sont unanimes sur l'importance de la place du juge dans la création d'un cadre sociétaire stable, propice à l'investissement. Cependant, les actions judiciaires visant la protection de ces intérêts divers et divergents semblent assurer partiellement l'équilibre sociétaire. Si les nouveaux pouvoirs du juge lui permettent d'être davantage présent au sein de la société, ils ne garantissent pas à eux seuls la stabilité de l'environnement sociétaire à cause des nombreuses lacunes constatées. Par ailleurs, en l'absence de texte devant régir certaines situations juridiques, les juges adoptent une attitude très controversée. Certains décident de respecter la répartition légale des pouvoirs en refusant, par exemple, de s'impliquer dans la gestion sociale. D'autres en revanche, ne restent pas inertes face au mutisme des textes. Ils remettent en cause les mesures de gestion lorsque l'intérêt social est en jeu. Cette attitude a pour conséquence d'aboutir à des appréciations diverses et divergentes des situations litigieuses par les juges. En effet d'un côté, le juge fait très souvent une appréciation subjective des situations conflictuelles liées à la gestion de la société en rapport avec l'exercice des pouvoirs sociaux. Ce qui le conduit inéluctablement à une intervention insuffisante dans la protection de l'environnement sociétaire (Partie I). De l'autre, du fait de l'encadrement judiciaire inadapté du régime spécifique de l'exécution forcée, de la nullité et de la responsabilité civile en droit des sociétés, l'intervention judiciaire est insatisfaisante dans la sanction des obligations civiles des acteurs sociaux (Partie II).

**Partie I.** Une intervention insuffisante dans la protection de l'environnement sociétaire.

**Partie II.** Une intervention insatisfaisante dans la sanction des obligations civiles des acteurs sociaux.

---

<sup>170</sup> Roussille (M.), « Simplifier ou compliquer ? », *Dr. des Sociétés*, oct. 2014, repère 9.

<sup>171</sup> Il s'agit notamment de Mounetaga (D.), *L'intervention du juge dans la vie des sociétés commerciales*, *op. cit.*, Kamnang k. (I.-F.), *Les pouvoirs du juge dans les sociétés commerciales de droit Ohada*, *op. cit.*, Diakhaté (M.) et Sambé (I.), « Regards croisés sur l'intervention du juge dans la vie des sociétés commerciales », *op. cit.*

## Première partie.

### Une intervention insuffisante dans la protection l'environnement sociétaire

**29. L'interférence entre les intérêts sociaux.** Le mot protection signifie « *précaution qui, répondant au besoin de celui ou de ce qu'elle couvre et correspondant en général à un devoir pour celui qui l'assume, consiste à prémunir une personne ou un bien contre un risque, à garantir sa sécurité, son intégrité, etc* »<sup>172</sup>. Au regard de la définition qui précède, la protection judiciaire dans le cadre des sociétés commerciales peut être définie comme l'ensemble des actions et/ou des mesures que le juge prend pour soustraire la société à un danger ou à un risque qui pourrait nuire à son bon fonctionnement. Ainsi pour une protection efficace<sup>173</sup>, le juge devrait pouvoir user d'actions et de mesures adaptées au risque ou au danger auquel la société fait face. Cependant, les interventions judiciaires en ce domaine paraissent irrationnellement organisées, notamment lorsqu'elles sont relatives à la mise à l'écart des acteurs sociaux ou à la modification des actes sociaux. En dépit de la menace que cela représente pour l'intérêt social, le juge ne peut exclure un associé pour justes motifs ou encore modifier un acte social, en dehors des rares cas prévus par les textes. Par ailleurs, conformément aux principes démocratiques<sup>174</sup> qui gouvernent de plus en plus les sociétés commerciales<sup>175</sup>, et au renforcement du principe de la liberté contractuelle, l'environnement sociétaire constitue le terreau propice à l'exercice souverain de nombreux pouvoirs. Ceux-ci semblent *a priori* incompatibles avec la réalisation des pouvoirs du juge et conduisent à une faible influence judiciaire sur les acteurs sociaux (Titre 1). L'aménagement judiciaire de l'ensemble des droits et pouvoirs sociaux<sup>176</sup> prend un aspect différent selon les intérêts en présence. Il existe une variation importante au niveau de la protection judiciaire des intérêts des composantes sociétaires, des intérêts de la société, entité économique, et surtout, de la règle de droit qui

<sup>172</sup> V. Cornu (G.), dir., *Vocabulaire juridique*, Ass. Henri Capitant, PUF, 13<sup>e</sup> éd., 2020, p.817, v. *protection*, sens 1er.

<sup>173</sup> Frison-Roche M.-A. et Bonfils S., *Les grandes questions du droit économique. Introduction et documents*, PUF, 2005.

<sup>174</sup> Il s'agit notamment des principes de hiérarchie et de séparations de pouvoirs. V. sur la question Abdelmoumen (N.), *Hiérarchie et séparation des pouvoirs dans les sociétés anonymes de type classique*, thèse Paris I, 2013, p. 6 et s., n° 5 et s.

<sup>175</sup> Ces principes concernent beaucoup plus les SA que les autres formes sociales. V. Berr (C.), *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, thèse Grenoble, Sirey 1961, préface de Givord (Cl.).

<sup>176</sup> Pour une définition de la notion de pouvoir V. Gaillard (E.), *Le pouvoir en droit privé*, Economica, coll. Droit civil, 1985, préface de Cornu (G.).

organise le fonctionnement de la société. Par conséquent, le contrôle judiciaire des actes sociaux s'avère peu adapté à la vie des sociétés commerciales (Titre 2).



## Titre 1.

### Une faible influence sur les acteurs sociaux

**30. L'encadrement excessif des pouvoirs judiciaires.** Le droit des sociétés commerciales de l'OHADA a partiellement reconnu aux tribunaux la faculté d'user de toutes les potentialités de leurs pouvoirs pour répondre aux besoins de droit et même socio-économique des investisseurs. Ainsi le juge ne peut en toute liberté, influencer les droits et pouvoirs des acteurs sociaux normalement compétents et permettre ou empêcher la prise des décisions. C'est le cas en matière d'exclusion d'associés, de recours au mandataire *ad hoc* aux fins de voter à la place des minoritaires à la suite d'un abus de minorité, de modification des actes sociaux, d'expertise de gestion et même d'administration provisoire. S'il est admis que le rôle du juge est de garantir le bon fonctionnement de la société, son intervention au sein de ladite société reste parfois très encadrée face au pouvoir social<sup>177</sup>. En effet, ce qui semble légitimer l'intervention de l'organe social plutôt que celle du juge résiderait dans le fait que, celle-là est la décision de la collectivité des associés ayant participé de façon active, intéressée et égalitaire à sa détermination, et assumant les risques qui lui sont intrinsèquement attachés<sup>178</sup>. Suivant cette logique, le droit de l'OHADA offre alors au juge des mécanismes de substitution aux acteurs sociaux parfois inefficaces et peu conformes à l'environnement sociétaire. Par ailleurs, l'évolution de la jurisprudence montre que le juge fait un usage controversé des textes, car très souvent, il est ballotté entre le souci de protéger l'intérêt social et celui de ne pas se substituer aux acteurs sociaux qui ont la charge de la gestion sociale. L'influence judiciaire sur les acteurs sociaux est affaiblie autant par l'AUDSCGIE que par le juge lui-même. Son pouvoir restreint d'évincer les acteurs sociaux (Chapitre 1) conduit à un recours insuffisant aux mandataires (Chapitre 2).

---

<sup>177</sup> V. Brignon (B.), « Les nouvelles contraintes : des sociétés non cotées aux sociétés cotées. Introduction de l'après-midi », in *Les nouvelles contraintes des sociétés*, Brignon (B.) et Grossi (I.) dir., Joly, 2018, p. 106.

<sup>178</sup> Il s'agit d'une théorie propre à la nature contractuelle de la société qui, à notre avis, ne répond plus à la réalité contemporaine du droit des sociétés.

## Chapitre 1. Un pouvoir restreint d'évincer les acteurs sociaux

**31. L'éviction des acteurs sociaux.** L'éviction des acteurs sociaux peut être totale ou partielle. L'éviction totale conduit à la cession forcée de l'intégralité des titres d'un associé ou à la cessation forcée des fonctions d'un organe de gestion ou de contrôle. Dans le premier cas, elle est considérée comme une punition prononcée à la suite d'un manquement à une règle d'intérêt général<sup>179</sup>. En ce sens, elle constitue une réponse soit à l'abus de majorité, soit à l'abus de minorité ou d'égalité<sup>180</sup>. Dans le second cas, il s'agit de mettre fin aux conséquences engendrées par l'inefficacité des actes et comportements des dirigeants sociaux ou des commissaires aux comptes lorsque ceux-ci se détourneraient de l'intérêt social. Parce que la mise à l'écart judiciaire des droits et pouvoirs des associés et de ceux des dirigeants sociaux vise le rétablissement des droits sociaux, elle est une mesure protectrice pour certains acteurs sociétaires, et même pour la société. Cependant, elle demeure une sanction pour d'autres, spécialement ceux qui sont concernés par la mesure. À notre avis, cette mesure se justifie mieux dans le cadre d'une protection que celle d'une sanction dès lors que sa mise en œuvre est faite dans l'objectif d'assurer le bon fonctionnement de la société<sup>181</sup>. Toutefois, l'éviction judiciaire des acteurs sociétaires pose la question de l'étendue du pouvoir judiciaire, parce qu'il s'agit des décisions qui ressortissent en principe de la compétence des organes sociaux. Pour une partie de la doctrine<sup>182</sup>, « *c'est une mesure utile* », car permettre l'exclusion judiciaire de l'associé indélicat, contribue à éviter « *un suicide collectif en préservant la pérennité d'un être social économiquement viable auquel sont attachés des emplois et des richesses* »<sup>183</sup>. Pour une autre partie en revanche, cela est « *une monstruosité juridique* »<sup>184</sup> car la société étant un contrat, l'associé ne peut être défait du lien qui l'unit à la société par une volonté unilatérale.

<sup>179</sup> Oppetit (B.), *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, thèse Paris 1963, p.334.

<sup>180</sup> Champetier de Ribes-Justeau (A.-L.), *Les abus de majorité, de minorité et d'égalité. Etude comparative des droits français et américain des sociétés*, thèse Paris I, 2006, p. 402, préface de Daigre (J.J.). L'auteur apporte une précision intéressante qui permet de constater que la demande d'exclusion judiciaire n'est pas seulement réservée aux associés majoritaires qui souhaiteraient se débarrasser d'une minorité devenue encombrante, mais également aux associés minoritaires ou égalitaires si ces derniers ou si la société en a les moyens financiers.

<sup>181</sup> Car comme le rappelle des auteurs, il s'agit de « *tenter l'impossible pour que la nullité [de la société] ne soit pas prononcée* », V. Cozian (M.), Viandier (A.) et Deboissy (Fl.), *Droit des sociétés*, Lexisnexis, 32<sup>e</sup> éd., coll. Manuel, 2019, p. 105, n° 288 *infra*.

<sup>182</sup> Storck (J.-P.), « La continuation d'une société par l'élimination d'un associé », *Rev. Sociétés*, 1982, p. 233.

<sup>183</sup> Poesy (R.), « Bref retour sur une question controversée : l'exclusion judiciaire de l'associé d'une société non cotée », *RJ Com.*, 2001, p. 159 et s. ; *Addé*, Storck (P.), « La continuation d'une société par l'élimination d'un associé », *op. cit.*, 1982, p. 242.

<sup>184</sup> Ces propos ont été tenus par un auteur qui estimait que « *l'associé a le droit de ne pas être exclu de la société* » lorsqu'aucune disposition légale ne le prévoit expressément. V. CA Rouen, 8 févr. 1974, *Rev. Sociétés*, 1974, p.507, note sous Rodière (R.).

On peut voir dans cette tendance non seulement les limites du pouvoir judiciaire d'écarter les acteurs sociaux (Section 1), mais également les limites de ce pouvoir de modifier les actes sociaux (Section 2).

## **Section 1. Les limites du pouvoir d'écarter les acteurs sociaux**

**32.** La mise à l'écart judiciaire des acteurs sociaux est une mesure régulatrice importante pour le bon fonctionnement de la société commerciale. Cependant dans l'AUDSCGIE, les pouvoirs judiciaires d'évincer les acteurs sociaux ont été très peu définis, ce qui ne permet pas toujours au juge de prendre des décisions adaptées à l'environnement social. Concernant l'éviction d'associés par exemple, il existe de rares hypothèses d'intervention judiciaire en matière de *squeeze out* de l'associé (§1). Par ailleurs, du fait de l'absence de précision des conditions de sa mise en œuvre, la révocation judiciaire des organes sociaux est imparfaite (§2).

### **§1. De rares hypothèses d'intervention judiciaire en matière de *squeeze out* de l'associé**

**33. Une habilitation légale incomplète.** Littéralement, le *squeeze out* renvoie à une idée « *de contrainte exercée sur une personne pour l'obliger à abandonner sa position, son statut ou même se retirer d'une relation contractuelle* »<sup>185</sup>. Il s'agit d'un acte lourd de conséquences dans la mesure où il fait perdre à l'associé exclu tous les droits rattachés à son titre. En droit des sociétés, trois formes de *squeeze out* de l'associé sont possibles : le *squeeze out* légal, le *squeeze out* conventionnel et le *squeeze out* judiciaire. En effet dans le contexte OHADA, les interventions judiciaires ne sont admises que sous habilitation légale. Cela suscite une controverse sur la question de la validité ou non de l'exclusion judiciaire en dehors des cas prévus par la loi, en particulier le cas du demandeur en dissolution. Or, dans un contexte économique marqué par le souci de protection de la personne morale, le doute ne devrait pas

---

<sup>185</sup> Njandeu (M.), « *La figure polyvalente du « squeeze out » : réflexion à partir du droit applicable dans l'espace Ohada* », *RJO*, 2011, p.497.

être permis. Il convient au préalable de présenter le domaine d'intervention du juge (A) en matière d'exclusion de l'associé avant de montrer la nécessité de consacrer le « *squeeze out* » judiciaire au sein de l'AUDSCGIE (B).

### A. Le domaine d'intervention judiciaire

**34. Un domaine restreint.** La seule hypothèse expressément prévue par l'AUDSCGIE est celle de l'exclusion exceptionnelle sous condition de l'article 249 de l'AUDSCGIE (1). Cette restriction pose la question de la validité des autres formes d'exclusion judiciaire en l'absence de précisions légales (2).

#### 1. L'exclusion exceptionnelle sous condition de l'article 249 de l'AUDSCGIE

**35. L'article 249 de l'AUDSCGIE.** L'exclusion signifie l'élimination<sup>186</sup>, la mise hors-jeu d'une personne par rapport à une collectivité ou une institution, l'action par laquelle on met une chose à l'écart d'une autre. L'exclusion implique une appartenance préalable à toute forme de groupement et un événement ou une décision qui met fin à cette appartenance<sup>187</sup>. L'article 249 al.1 de l'AUDSCGIE dispose : « *la société ou un associé peut soumettre à la juridiction compétente (...), toute mesure susceptible de supprimer l'intérêt à agir du demandeur notamment le rachat des titres sociaux de l'associé incapable ou dont le consentement a été vicié* ». L'al.2 du même article ajoute qu'« *en ce cas, la juridiction compétente peut, soit prononcer la nullité, soit rendre obligatoires les mesures proposées si celles-ci ont été préalablement adoptées par la société aux conditions prévues pour la modification des statuts* ». À travers cet article et ses alinéas, le législateur donne la possibilité à la société ou à un associé, de solliciter de la juridiction compétente le rachat des titres de l'associé incapable ou dont le consentement a été vicié et qui voudrait demander la nullité de la société<sup>188</sup>. Si, le juge fait droit à la demande en rendant obligatoire le rachat des titres de l'associé, il sera exclu de la société<sup>189</sup>. Cette forme de « *squeeze out* » que l'on retrouve à l'article L. 235-6 al. 2 du

<sup>186</sup> Cornu (G.), dir., *Vocabulaire juridique*, Ass. Henri Capitant, PUF, 13<sup>e</sup> éd., 2020, p. 426, v. *Exclusion*, sens 1er.

<sup>187</sup> Vernant (J. P.) et Vidal-Naquet (P.), *Mythe et tragédie en Grèce ancienne*, Paris 1972.

<sup>188</sup> Cette disposition répond au souci du législateur de réduire les cas de nullité au sein des sociétés.

<sup>189</sup> V. Deguenon (M.), *Les litiges entre actionnaires dans l'espace OHADA*, thèse d'Abomey-Cavali, 2015, p. 159, n° 244.

code de commerce<sup>190</sup>, permet aux juges de prononcer l'exclusion d'associés pour éviter la nullité de la société<sup>191</sup>. Elle n'est applicable qu'en cas d'incapacité et de vice de consentement de l'associé. Le juge n'est pas lié par la demande car son droit d'option lui donne la possibilité de privilégier la sanction adaptée à la situation sociale.

**36. Le choix judiciaire de la mesure.** Dès que le juge est saisi, il est libre soit de prononcer la nullité, soit de rendre obligatoires les mesures proposées par la société. Cette mission est extrêmement délicate car elle » contraint le juge à faire un choix entre deux intérêts légalement protégés. Il s'agit d'un côté de l'intérêt de l'associé victime d'un vice de consentement, et de l'autre côté, de l'intérêt de la société qui est sous la menace d'une disparition précoce. Pour le choix de la mesure, le juge pourrait se référer à quelques recommandations qui s'inspirent principalement du souhait de la loi et des exigences socio-économiques contemporaines. En effet, le législateur OHADA a expressément exprimé sa volonté de réduire les occasions de nullité en prévoyant expressément de nombreux mécanismes de régularisation<sup>192</sup>. Par-là, le législateur invite le juge à privilégier l'intérêt de la société au détriment de celui de l'associé. À notre avis, cette volonté législative devrait être un guide pour le juge dans le choix de la sanction.

Le droit d'option reconnu au juge le laisse maître du sort de la société car sa décision sera fonction de la nature des rapports entre associés, et surtout de la situation économique et financière de la société. Un auteur observe que le juge joue un rôle déterminant<sup>193</sup> dans la mesure où il « demeure le principal décisionnaire. Lui seul décide de la meilleure solution pour réguler l'environnement sociétair »<sup>194</sup>. Le droit d'option dans ce cas précis ne nous semble pas opportun puisqu'il est accessoire. En d'autres termes, la liberté du juge est soumise

---

<sup>190</sup> Prévu à l'art. 365 al.2 de la loi du 24 juillet 1966, cette mesure est désormais consacrée par L'art. L. 235-6 al. 2 du code de commerce français qui dispose : « La société ou un associé peut soumettre au tribunal saisi dans le délai prévu à l'alinéa précédent, toute mesure susceptible de supprimer l'intérêt du demandeur, notamment par le rachat de ses droits sociaux. En ce cas, le tribunal peut, soit prononcer la nullité, soit rendre obligatoires les mesures proposées, si celles-ci ont été préalablement adoptées par la société aux conditions prévues pour les modifications statutaires. Le vote de l'associé dont le rachat des droits est demandé est sans influence sur la décision de la société ».

<sup>191</sup> Caillaud (B.), *L'exclusion d'un associé dans les sociétés*, Sirey 1966.

<sup>192</sup> V. *infra* n° 509.

<sup>193</sup> Azencot (M.), *L'intervention du juge dans la gestion des sociétés commerciales*, thèse dact. Paris II, 1979, p.252, l'auteur pense que cette liberté fait du juge, un organe souverain dont le pouvoir « sera très étendu et, pour certains, arbitraire (...) ».

<sup>194</sup> Nemoz-Rajot (Q.), *Les interventions judiciaires spécifiques au droit des sociétés in bonis*, *op. cit.*, p. 304, n° 423.

à de nombreuses conditions, notamment celle de la subsidiarité de son intervention à la demande faite soit par la société, soit par un associé.

**37. La subsidiarité de l'action judiciaire.** L'initiative de la procédure n'appartient pas au juge, il est saisi soit par la société elle-même, soit par un autre associé différent de celui dont le consentement a été vicié ou l'incapacité a été constatée. De même, le choix du juge de prononcer la nullité de la société ou d'accepter les mesures proposées ne se fait qu'à la condition que ces mesures aient été « *préalablement adoptées par la société aux conditions prévues pour la modification des statuts* »<sup>195</sup>. Cela suppose que l'assemblée se soit préalablement prononcée sur la mesure proposée au juge. Lorsqu'il est saisi, le juge doit vérifier que les conditions relatives à la tenue de l'assemblée ont été respectées. C'est-à-dire que l'associé dont le consentement a été vicié et dont le rachat des titres est demandé n'a pas participé au vote, et que ses actions ne sont pas entrées dans le décompte du quorum et de la majorité. Ainsi, la décision de l'assemblée prise dans le respect de ces conditions est un préalable *sine qua non* à l'intervention judiciaire. Ce n'est qu'à la suite de la décision d'exclusion prise par l'assemblée générale extraordinaire<sup>196</sup> que le juge pourra apprécier la nécessité de l'exclusion. Au-delà de tout, le pouvoir reconnu au juge d'exclure un associé qui demande la nullité de la société pour vice de consentement ou pour incapacité semble avoir une portée limitée. En effet, l'article 249 de l'AUDSCGIE cantonne son intervention et ne permet pas de répondre à la question de la validité de l'exclusion judiciaire de l'associé pour justes motifs.

## 2. La question de la validité de l'exclusion judiciaire du demandeur en dissolution

**38. L'absence de dispositions légales.** La question de l'exclusion de l'associé fait couler beaucoup d'encre en droit des sociétés. Elle le fait d'autant plus que la loi ne donne aucun pouvoir au juge d'agir principalement pour le rachat des droits sociaux d'un associé qui s'oppose à une prise de décision importante et conforme à l'intérêt social<sup>197</sup>. Au sein de la doctrine, de nombreux arguments contre l'exclusion judiciaire d'un associé (a) se sont

<sup>195</sup> Cf. al. 2 de l'article 249 de l'AUDSCGIE.

<sup>196</sup> Car, « *l'approbation de l'assemblée équivaut à l'introduction d'une clause dans les statuts en cours de vie sociale* », Caillaud (B.), *L'exclusion d'un associé dans les sociétés*, op. cit., p. 266.

<sup>197</sup> En effet, si cette possibilité est admise dans le cadre des procédures collectives, elle ne l'est pas dans le cadre des sociétés *in bonis*. V. Ngamaleu Djuiko (S.), « Les prérogatives non pécuniaires de l'associé dans le droit OHADA », *BDE*, 2017, p. 5.

développés. Malheureusement, ceux-ci n'ont eu qu'une influence partielle sur l'attitude de certains juges qui restent favorables au *squeeze out* pour justes motifs. En l'absence d'action judiciaire dans le contexte de l'OHADA, nous ferons référence au droit français pour constater l'évolution jurisprudentielle en matière d'exclusion judiciaire de l'associé (b).

### *a. Les arguments contre l'exclusion judiciaire de l'associé*

**39. Les articles 544 et 545 du code civil français.** Le droit de propriété tel qu'il est défini aux articles 544 et 545 du code civil français pourrait justifier l'interdiction d'une exclusion judiciaire d'un associé. Selon l'article 544 « *la propriété est le droit de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ». L'article 545, quant à lui, précise que : « *nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, (...)* ». En effet, la qualité d'associé confère à ce dernier de nombreux droits, au rang desquels figure le droit de rester dans la société<sup>198</sup>. Par conséquent le juge n'a pas le pouvoir d'exclure pour justes motifs l'associé qui demande la dissolution de la société, sauf pour cause d'utilité publique. Son intervention pourrait être considéré comme « *une expropriation sans texte, qui plus est pour cause d'intérêt privé* »<sup>199</sup>. Soutenant cette thèse, de nombreux auteurs ont admis que l'exclusion de l'associé justifiée par l'intérêt social est sans doute nécessaire pour la société, mais elle reste un acte d'une utilité privée dont les conséquences bénéficient prioritairement à la société et aux associés<sup>200</sup>. Le rejet de l'intervention judiciaire a également été confirmé par la Cour de cassation dans un arrêt du 29 avril 1997<sup>201</sup>. Dans cette affaire, la haute Cour refusait de prononcer l'exclusion au motif que le retrait obligatoire des minoritaires constituait une expropriation pour cause d'utilité privée contraire à l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, en vertu duquel nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique. En conformité avec l'article 544 du code civil français, on pourrait soutenir

<sup>198</sup> Cf. Michel Germain, « La renonciation aux droits propres des associés : illustrations », in *L'avenir du droit, mélanges en hommage à Terré (F.)*, PUF-Dalloz-Juris-Classeur, 1999, p. 401. L'auteur explique que notre droit des sociétés reconnaît non seulement le droit pour l'associé de ne pas être contraint à une augmentation de ses engagements mais aussi le droit pour celui-ci de faire partie de la société.

<sup>199</sup> Cf. Daigre (J. J.), « Qu'est-ce qu'un actionnaire ? La perte de la qualité d'actionnaire », *Rev. Sociétés*, 1999, p. 535 ; Eskinazi (D.), *La qualité d'associé*, Thèse de Cergy-Pontoise, 2005, p.225, n°241.

<sup>200</sup> Cf. Allegaert (V.), *Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux*, thèse Nantes, PUAM, coll. Institut de droit des affaires, 2005, p. 154, n°118, préface Lucas (F.-X.),

<sup>201</sup> V. Cass. com., 29 avr. 1997, *Rev. Banque*, 1997, n° 54, p.32, note De Vauplane (H.); *Bull. Joly Bourse*, 1997, p.391, note Faugérolas (L.); *Dalloz*, 1998, p.335, note Frisson-Roche (M.-A.) et Nussenbaum (M.); *Rev. Sociétés*, 1998 p.337, note Bucher (F.).

que le législateur de l'OHADA s'est fondé sur l'article 4 de l'AUDSCGIE pour retrindre les pouvoirs du juge.

**40. Le caractère contractuel de la société.** L'article 4 de l'AUDSCGIE conçoit la société comme un contrat et considère que l'associé y est uni par ce lien contractuel. Il ne peut donc être rompu de façon unilatérale, car le caractère contractuel de la société implique que tous les associés puissent donner leur consentement lors de la modification ou de la rupture dudit contrat<sup>202</sup>. Par conséquent, le juge n'a aucun pouvoir de briser ce lien du fait des conséquences que l'exclusion peut engendrer<sup>203</sup> sans autorisation légale expresse. Comme l'a relevé un auteur, « *l'effet de l'exclusion est radical en ce que c'est l'ensemble de la position contractuelle de l'associé exclu qui se trouve remise en cause par la décision du juge* »<sup>204</sup>.

Cependant, les arguments tirés, d'une part des articles 544 et 545 du code civil français et, d'autres part de la nature contractuelle de la société retiennent l'attention moins par leur simplicité que par leur bien-fondé. En effet, cela semble logique de considérer que l'associé qui souhaite la dissolution de la société manifeste par la même son intention de ne plus jouir de l'un ou l'autre de ces privilèges. Cela pourrait justifier la tendance jurisprudentielle actuelle qui vise à admettre le *squeeze out* pour justes motifs.

#### ***b. L'évolution jurisprudentielle en matière de « squeeze out » de l'associé***

**41. La validité des clauses statutaires d'exclusion.** Les clauses statutaires sont des conventions très importantes en droit des sociétés car elles donnent la possibilité aux associés de faire des aménagements quant au fonctionnement de la société. Cependant en matière d'exclusion, leur validité est rejetée par une partie de la doctrine qui estime qu'elles constituent « *une monstruosité juridique* »<sup>205</sup> lorsqu'elles n'ont pas une origine légale. Cette idée retient de moins en moins l'attention des juges en France qui, face au souci de protection de la société dont la survie est menacée, n'hésitent plus à priver l'associé de ses droits sociaux lorsque les statuts prévoient une clause d'exclusion d'un associé. Il s'agit en effet d'une clause qui « *a pour objet le retrait forcé d'un associé pour une cause prévue à l'avance* »<sup>206</sup>. Dans ce cas,

<sup>202</sup> Cf. Guyon (Y.), *Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd., coll. Traité des contrats, 2002, Ghestin (J.) dir., p.89, n°49.

<sup>203</sup> Cf. Daigre (J.-J.), « qu'est-ce qu'un actionnaire ? La perte de la qualité d'actionnaire », *op. cit.*, 1999, p. 535.

<sup>204</sup> V. Jeantin (M.), « le rôle du juge en droit des sociétés », in *Mélanges Perrot (R.)*, Dalloz, 1996, p. 159.

<sup>205</sup> Rodière (R.), note sous CA Rouen, 8 févr. 1974, *Rév. Sociétés*, 1974, p. 507 et s., sp. 513.

<sup>206</sup> V. Dondero (B.), note sous Cass. com., 6 nov. 2007, *Dalloz*, 2008, 1024.



l'exclusion judiciaire se fait moyennant le rachat de droits sociaux de l'associé et les juges l'admettent même en l'absence de textes. L'action judiciaire validant la clause statutaire d'exclusion de l'associé a été reconnue pour la première fois dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 18 novembre 1893<sup>207</sup>. Cette décision avait été suivie quelques années plus tard par la Cour d'appel de Rouen<sup>208</sup> et de manière implicite<sup>209</sup> par la Cour de cassation<sup>210</sup> dans l'affaire dit Midi libre. Récemment, par un autre arrêt du 8 mars 2005<sup>211</sup>, la Cour de cassation a validé, cette fois dans la SNC, la clause statutaire qui prévoyait l'exclusion de l'associé. Pour soutenir sa décision en l'espèce, la haute juridiction a précisé « *qu'il est possible et licite de prévoir dans les statuts, qui constituent le contrat accepté par les parties et fixant leurs droits et obligations, que le redressement judiciaire de l'un des associés lui fera perdre cette qualité, dès lors que lui est due la valeur des droits dont il est ainsi privé pour un motif qui est en l'occurrence conforme à l'intérêt de la société et à l'ordre public* ». Les différentes décisions sus-évoquées témoignent de l'évolution jurisprudentielle en matière d'exclusion de l'associé. Désormais, le juge français ne se limite plus aux hypothèses d'exclusions exceptionnellement prévues par la loi, il étend ses pouvoirs aux cas d'évictions prévues par les associés dans le contrat<sup>212</sup>. Cette évolution jurisprudentielle est approuvée par de nombreux auteurs<sup>213</sup> qui pensent qu'il est possible pour les juges du fond d'exclure les associés qui demandent la dissolution de la société « *même en l'absence de clause statutaire* » fondant leur action. Cependant, le juge peut-il sur la base des clauses extrastatutaires prononcer l'exclusion d'un associé ?

<sup>207</sup> CA Paris, 18 nov. 1893, *Dalloz*, 1894, I, p.10.

<sup>208</sup> Cf. CA Rouen, 8 févr. 1974, *Rev. Sociétés*, 1974, p.507, et s. spéc. P.513.

<sup>209</sup> En effet, en soulignant que les statuts de la société n'avaient pas prévu une clause d'exclusion d'un actionnaire, la Cour de cassation laissait sous-entendre que l'opération de cession d'action aurait pu être valable si les statuts contenaient une clause la prévoyant.

<sup>210</sup> Cf. Cass. com., 13 déc. 1994, aff. Du Midi libre, *JCP E*, 1995, II, p.705, note Paclot (Y.) ; *Bull Joly*, 1995, p. 152, note Le Cannu (P.)

<sup>211</sup> Cass. com., 8 mars 2005, *JCP*, 2005, I, p.156, n°9.

<sup>212</sup> Les associés peuvent prévoir dans les statuts une clause d'exclusion. Un auteur observe que cette clause est celle qui « *a pour objet le retrait forcé d'un associé pour une cause prévue à l'avance* », cf. Cass. com., 6 nov. 2007, *Dalloz*, 2008, p. 1024, note Dondero (B.). L'adhésion à la clause statutaire a été considérée par un auteur comme « *une manifestation de l'affectio societatis, puisque chaque associé, d'emblée, accepte le principe de son éviction éventuelle dans l'intérêt de la personne morale* », V., CA Paris, 7 juin 1988, *Rev. Sociétés*, 1989, p. 251, note Dana-Démaret (S.) ; Gallois-Cochet (D.), « *L'obscur clarté du régime de l'exclusion statutaire* », *Dr. Sociétés.*, 2014, n°12, étude 23, n°11 et Franco (S.), *L'ordre public, obstacle à l'harmonisation ou trait d'union entre les droits ? l'exemple du droit des sociétés et des procédures d'insolvabilité*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, T.5, 2016, p.366, n°530, préface de Claudel (E.). L'auteur rappelle qu'« *en droit français, anglais, italien et espagnol, une clause statutaire insérée aux statuts est nécessaire pour qu'une assemblée générale puisse prononcer l'exclusion d'un associé* ».

<sup>213</sup> CA Rouen, 4 avril 1927, *Dalloz*, 27. II. 164, note Beudant ; CA Aix, 23 nov. 1904, *Dalloz*, 1905, II, 121, note Planiol. À propos de l'exclusion d'un syndicat ; Duquesnoy, *La dissolution des sociétés pour justes motifs*, thèse Lille, 1926, n°193 et s.

**42. La question des clauses extrastatutaires d'exclusion.** L'exclusion judiciaire d'associé fondée sur une clause extrastatutaire est un sujet qui divise également la doctrine et la jurisprudence. En l'état actuel des interventions judiciaires, il est difficile de définir la position adoptée par la jurisprudence sur la question. En effet, certains juges semblent rejeter les pactes extrastatutaires et refusent d'y faire recours pour évincer l'associé de la société<sup>214</sup>. A *contrario*, d'autres juges y trouvent une source d'intervention en faveur de l'exclusion de l'associé. Ceux-ci pensent que « *le Tribunal a engagé des efforts inutiles pour distinguer le pacte extrastatutaire d'une clause statutaire d'exclusion : l'un et l'autre sont l'expression de la même liberté statutaire* »<sup>215</sup>. À notre avis, du fait de la spécificité du régime juridique applicable aux conventions extrastatutaires, celle-ci ne peuvent pas constituer une source d'intervention judiciaire en matière d'exclusion. Lorsque l'exclusion a pour fondement une clause statutaire, le mécanisme contractuel d'exclusion peut être opposable à la société<sup>216</sup>. Or le même mécanisme ne joue pas quand la clause d'exclusion est issue d'une clause extracontractuelle. Par ailleurs, la validité des clauses statutaires d'exclusion est soumise au respect de certaines conditions qui ne peuvent pas s'appliquer dans le cadre des conventions extrastatutaires.

**43. Les conditions de validité des clauses statutaires d'exclusion.** Les juges ont soumis la validité des clauses statutaires d'exclusion au respect de certaines conditions. Premièrement, ces clauses doivent être conforme à l'intérêt de la société comme à l'ordre public. Cela exclu toute demande d'exclusion fondée sur des critères aléatoires et illégitimes<sup>217</sup>. La condition relative à l'intérêt social posée par la Cour de cassation par arrêt du 8 mars 2005 semble rompre avec la tradition. Avant cet arrêt, les juges exigeaient que la clause statutaire d'exclusion soit justifiée par la pérennité de la société<sup>218</sup> ou à minima par des justes motifs notamment l'inexécution par un associé d'obligation liée à son statut<sup>219</sup>. Deuxièmement, les clauses statutaires d'exclusion doivent être insérées dans les statuts de la société lors de sa création ou en cours de vie sociale. Dans le dernier cas, la décision doit être prise à l'unanimité

<sup>214</sup> V. Cass. com, 8 févr. 1982, *Bull. Joly*, 1982, p.970; CA Paris, 21 déc. 1983, *Dr. Sociétés*, 1984, n°74, note Germain (M.) ; *Addé*, Monsallier (M.-C.), *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, n°705, p. 992.

<sup>215</sup> Cf. TC Paris, 17 oct. 2006, *Dr. Sociétés*, 2007, comm. 137, note Hovasse (H.).

<sup>216</sup> V. Dariosecq (S.) et Metais (N.), « Les clauses d'exclusion, solution à la mésentente entre associés », *Bull. Joly Sociétés*, 1998, p. 908.

<sup>217</sup> V. Gallois-Cochet, « L'obscur clarté du régime de l'exclusion statutaire », *Dr. sociétés*, 2014, n°12, étude 23, n°11 et s.

<sup>218</sup> V. CA Rouen, 8 févr. 1974 *op. cit.*

<sup>219</sup> Cf. Schiller (S.), « Pactes d'actionnaires : clauses statutaires et pactes extrastatutaires-convention relatives à la situation des associés », *Rév. Sociétés*, n°87, févr. 2009 (actualisation mai 2020).

des associés<sup>220</sup>. L'insertion de la clause d'exclusion dans les statuts permet de « *considérer l'adhésion à cette clause comme une manifestation suprême de l'affectio societatis, puisque chaque associé, d'emblée, accepte le principe de son éviction éventuelle dans l'intérêt de la personne morale* »<sup>221</sup>. Troisièmement, la mise en œuvre des clauses statutaires d'exclusion doit obéir au respect de certaines contraintes, notamment le respect du contradictoire ou le respect du droit de vote de l'associé exclu sous peine de nullité de la décision d'exclusion<sup>222</sup>. Nous pensons que la position adoptée par le juge français devrait être une source d'inspiration pour le juge africain qui pourrait trouver le fondement de son intervention dans l'article 200-5 de l'AUDSCGIE.

#### **44. L'article 200-5 de l'AUDSCGIE, fondement possible de l'exclusion judiciaire.**

Aux termes de l'article 200-5 de l'AUDSCGIE, la société commerciale peut prendre fin par la dissolution anticipée prononcée par la juridiction compétente à la demande d'un associé pour justes motifs. Ces justes motifs dont l'appréciation est faite par le juge peuvent être liés à l'inobservation de ses obligations par un associé<sup>223</sup>, ou à la mésentente<sup>224</sup> entre associés empêchant le fonctionnement normal de la société<sup>225</sup>. La condition liée au fonctionnement normal de la société « *doit être au cœur des préoccupations du juge de la dissolution [qui] doit s'employer, avant de prononcer la dissolution, à vérifier que la société n'est plus à même de survivre à la crise* »<sup>226</sup>. C'est donc en conformité avec les textes que la CCJA<sup>227</sup> a censuré l'arrêt d'appel qui avait refusé d'autoriser la dissolution de la société parce que le demandeur était le fauteur de trouble. Les juges de fond estimaient qu'il était mal fondé à demander la

<sup>220</sup> V. CA Paris, 27 mars 2001, *RTDA*, 2001, n°973.

<sup>221</sup> V. Dana-Démaret, note sous Paris, 7 juin 1988, *Rev. Sociétés*, 1989, p.251.

<sup>222</sup> Cf. Cass. com., 6 mai 2014, n°13-14.960, *Rev. Sociétés*, 2014, p. 550, note Le Cannu (P.). Dans cette affaire, les juges ont annulé la décision d'exclusion d'un associé au motif que la clause statutaire d'exclusion le privait de son droit de vote.

<sup>223</sup> Il a été retenu dans une affaire que l'abandon de ses fonctions par le gérant d'une SARL, constituait un manquement à ses obligations et pouvait justifier la dissolution de la société. V. TPI Abidjan, jugement n°80 du 12 avr. 2001, *Ecodroit* n° 10, 2002, p. 79 ; *Ohadata* J-02-96, disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté le 13/03/19.

<sup>224</sup> Si l'affectio societatis qui est une condition essentielle de validité du contrat de société cesse au point de rendre impossible la poursuite de l'activité économique, la dissolution de la société doit être prononcée. V. CCJA, n°201/2016 du 29 déc. 2016, disponible sur <https://www.tribunejustice.com>, consulté le 14/03/19. De même, les juges précisent que la mésentente entre associés ne doit pas être provoquée par l'auteur de la demande. V. CA Abidjan, arrêt n°1048 du 20 juill. 2001, *Ohadata* J-04-103, disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté le 13/03/2018.

<sup>225</sup> La viabilité de l'entreprise doit être manifestement compromise par la disparition de la volonté de collaborer entre les deux seuls associés de la société. V. CCJA, n°117/2014, 4 nov. 2014, *Ohadata* J-15-208, disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté le 13/03/19. *A contrario*, si malgré la mésentente entre les associés l'activité économique se poursuit, le juge refuse de prononcer la dissolution de la société. V. CA de Bobo-Dioulasso, n° 11, 25 juin 2008, *Ohadata* J-12-110, disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté le 13/03/19.

<sup>226</sup> Douglas Fotso (E.), « *Jurisprudence OHADA commentée : La dissolution d'une société pour mésentente entre les associés* », disponible sur [www.institut-idef.org](http://www.institut-idef.org), consulté le 11/03/19.

<sup>227</sup> V. CCJA, n° 117/2014, 4 nov. 2014, *op. cit.*

dissolution pour ce motif. Or, la haute Juridiction, quant à elle, n'est pas allée dans ce sens. Elle a considéré ainsi qu'en l'espèce, la dissolution trouvait toute sa légitimité puisque la mésentente entre associés avait paralysé le fonctionnement de la société. Pour elle, seul l'état de santé de la société devait orienter l'appréciation des juges de fond. On comprend dès lors que lorsque l'activité économique présente une possibilité de survie en dépit de la mésentente entre les associés, le juge ne peut nullement prononcer la dissolution de la société. Cette remarque suscite une interrogation. Si à la suite du refus judiciaire de prononcer la dissolution la mésentente persiste au sein de la société, les autres associés pourraient-ils demander l'exclusion de l'associé, auteur de la mésentente<sup>228</sup> ? *A priori*, les dispositions de l'article 200-5 de l'AUDSCGIE semblent ne laisser aucune option entre la dissolution judiciaire anticipée et l'exclusion judiciaire de l'associé, bien que la première soit source de disparition de l'entreprise et de perte d'emplois<sup>229</sup>.

**45.** Certes, la protection des droits de l'associé reste un impératif<sup>230</sup>, mais quid de la protection de l'intérêt social tant voulu par le législateur ? Le droit positif nous paraît très peu satisfaisant. Sans vouloir nous inscrire en faux contre cette idée de protection des droits de l'associé, nous pensons que le silence du législateur de l'OHADA ne répond pas à la spécificité du contexte sociétal. La protection de l'intérêt de la personne morale et sa survie devraient suffire à justifier le développement des pouvoirs judiciaires<sup>231</sup> au sein de la société. C'est donc par souci de protection de cet intérêt social que nous proposons la consécration de l'exclusion judiciaire des associés au sein de l'OHADA.

---

<sup>228</sup> Cf. Couret (A.), « L'abus et le droit des sociétés », *Dr. et patrimoine*, juin 2000, p.66 ; De Bermond de Vaulx (J-M), « La mésentente entre associés pourrait-elle devenir un juste motif d'exclusion d'un associé d'une société ? », *JCP E*, 1990, II, 15921, n°1 ; Storck (J. P.), « La continuation d'une société par l'élimination d'un associé », *Rév. Sociétés*, 1982, p. 234 ; Allegaert (V.), *Le droit des sociétés et les libertés et droit fondamentaux*, thèse Nantes, PUAM, 2005, p. 139, n°103.

<sup>229</sup> Sikora (J.), *L'exclusion des membres des groupements de droit privé*, thèse Robert SCHUMAN, 2007, p. 250.

<sup>230</sup> V. Allegaert (V.), *Le droit des sociétés et les libertés et droit fondamentaux*, thèse Nantes, PUAM, coll. Institut de droit des affaires, 2005, p. 139, n°103, préface Lucas (F.-X.).

<sup>231</sup> Cf. Azencot (M.), *L'intervention du juge dans la gestion des sociétés commerciales*, *op. cit.*; Jeantin (M.), « Le rôle du juge en droit des sociétés », *op. cit.*, p. 149 ; Mestre (J.), « Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés », *R.J com.*, 1985, p.81.

## B. La consécration nécessaire de l'exclusion judiciaire au sein de l'OHADA

**46. La recherche de fondements.** L'exclusion de l'associé est une mesure qui a montré son importance<sup>232</sup> en droit des sociétés commerciales. Pour cela, nous pensons qu'en plus du « *squeeze out* » légal, le juge devrait également faire recours au « *squeeze out* » conventionnel et judiciaire. La création de la société confère à l'associé des droits et des obligations qui lui imposent de veiller et de participer à la bonne marche de la société comme l'exige *l'affectio societatis*. *L'affectio societatis* constitue en effet l'intention que les associés ont exprimée lors de la création de la société, celui de vouloir vivre en commun et de respecter toutes les résolutions permettant de réaliser leur objectif<sup>233</sup>. Sa disparition devrait entraîner l'éviction de l'associé qui manifeste par-là sa volonté de ne plus vouloir faire partie de la communauté. Si l'exclusion judiciaire peut trouver sa source dans la perte de *l'affectio societatis* (1), la protection de l'intérêt social reste, à notre avis, le fondement de l'intervention judiciaire adapté au contexte sociétal (2).

### 1. Une exclusion judiciaire possible en cas de disparition de *l'affectio societatis*

**47. L'obligation de l'associé majoritaire.** L'obligation de collaboration exigée en droit des sociétés soumet les associés au principe d'égalité. Le seuil minimum de cette égalité est la participation de tous les associés à la gestion de la société par le biais des assemblées. Ainsi, chaque associé doit prendre part aux décisions collectives. Le processus d'adoption des décisions et délibérations sociales est important pour le bon fonctionnement de la société. Cette mission est coordonnée par l'associé majoritaire qui détient en principe le pouvoir lors des assemblées et qui généralement conduit la politique de la société. L'associé minoritaire est tenu d'adhérer à ses points de vue<sup>234</sup>. Toutefois, le pouvoir majoritaire n'est pas absolu, il est encadré par *l'affectio societatis* que l'associé majoritaire a l'obligation de respecter. C'est une notion qui domine le contrat de société car, c'est l'élément qui empêche que les décisions sociales ne

---

<sup>232</sup> Parlant de l'exclusion en général, un auteur relève à juste titre qu'il s'agit d'un « remède (...). Il garantit la sauvegarde de l'entreprise et le maintien de l'activité et de l'emploi. Il permet d'assurer à la société l'équilibre délicat qui lui est nécessaire à travers les impératifs extérieurs et ses composantes internes, l'élément humain et l'élément financier ». V. Njandeu (M.), « La figure polyvalente du « Squeeze out » : réflexion à partir du droit applicable dans l'espace OHADA », *RJ Ouest*, 2011, p. 509.

<sup>233</sup> V. *supra* n°46.

<sup>234</sup> Cf. Berr (C.), *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, thèse Grenoble, Sirey 1961, p.406.

soient sources de conflits sociaux<sup>235</sup>. Par ses actes, l'associé majoritaire doit participer à la sauvegarde du principe d'égalité qui gouverne les relations entre associés. Ainsi, l'associé majoritaire qui par son comportement ne permet pas à l'associé minoritaire de participer à l'adoption des décisions, délibérations ou actes sociaux de façon égalitaire, a transgressé l'obligation exigée par *l'affectio societatis*. Cette obligation s'impose aussi à l'associé minoritaire.

**48. L'obligation de l'associé minoritaire.** En acceptant de se mettre ensemble en vue de créer la société et d'y demeurer, l'associé minoritaire a ainsi exprimé la volonté de se soumettre aux décisions votées par la majorité. La mise en œuvre de cette obligation résulte de la manifestation de *l'affectio societatis* qui permet aux associés minoritaires de participer de façon active mais surtout égalitaire au processus d'adoption des délibérations sociales. La participation de l'associé minoritaire consiste donc à critiquer ou à contester les propositions faites par les associés majoritaires dans le but de la protection de l'intérêt social. Le non-respect de cette obligation est sanctionné par l'article 131 de l'AUDSCGIE pour abus de minorité. Alors l'associé qui n'exécute pas les obligations nées du contrat de société exprime la volonté de rompre le lien qui existe entre les autres associés et lui. Par ailleurs, le juge pourrait rechercher si cet abus n'est pas concomitant à la disparition de *l'affectio societatis* qui reste une notion très controversée au sein de la doctrine.

**49. Les controverses autour de la notion d'*affectio societatis*.** Jadis fondée sur l'idée d'une recherche très ambitieuse et organisée d'un objectif commun, *l'affectio societatis*<sup>236</sup> est une notion qui de nos jours suscite de nombreux débats et controverses<sup>237</sup>. Certains auteurs<sup>238</sup>

<sup>235</sup>Cf. Schmidt (D.), La loi de la majorité, *RJ. Com.*, n° spéc. nov, 1991, p.73. L'auteur relève que *l'affectio societatis* est « bien la condition première pour que le gouvernement des associés ne soit pas le théâtre des luttes des intérêts particuliers mais une union cohérente pour la satisfaction des intérêts de chacun des actionnaires ».

<sup>236</sup> V. Cornu (G.), *Vocabulaire juridique*, op cit., p. 41, V. *affectio societatis*.

<sup>237</sup> Cf. Cauzian (M.), Viandier (A.) et Deboissy (Fl.), *droit des sociétés*, op. cit., p.85, n°230 et s, ces auteurs pensent que la définition et le rôle de *l'affectio societatis* « restent passablement obscur et le recours à la locution latine ne lui ajoute que le prestige qui s'attache à l'emploi du latin dans les pièces de Molière » ; Nzouabeth (D.), *Les litiges entre les associés*, thèse de Cheikh Anta Diop de Dakar, 2005, p.78, n°195, l'auteur décrit *l'affectio societatis* comme « une notion enveloppée d'incertitudes (...) et « au contenu circonscrit » ; V. également sur la question, Reboul (N.), *Remarques sur une notion conceptuelle ou fonctionnelle : l'affectio societatis*, *Rev. sociétés*, 2000, p.425 ; Serlooten (P.), *L'affectio societatis, une notion à revisiter*, in *mélanges Guyon (Y.)*, Dalloz, 2003, p. 1007 ; Merle (Ph.) et Fauchon (A.), *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz, 23<sup>e</sup> éd., coll. Précis Droit Privé, 2019 n°57, p.75.

<sup>238</sup> Pour ces auteurs, *l'affectio societatis* en droit des sociétés remplit les mêmes fonctions que de l'article 125 de l'AUDSCGIE qui dispose que « tout associé a le droit de participer aux décisions collectives ». V. Didier (P.), *Droit commercial*, t. II, L'entreprise en société, les groupes de sociétés, PUF, 3<sup>e</sup> éd., Thémis, 1999, p.32. Cette conception a été remise en cause par d'autres auteurs qui estiment que *l'affectio societatis* a une idée plus étendue que celle contenue dans l'article 125, notamment celle relative à l'intention de l'associé de s'associer lors de l'adoption du contrat de société. V. Schiller (S.), *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés*, les

voient en elle, une notion dénuée d'intérêts en droit de sociétés. D'autres en revanche lui reconnaissent un intérêt, mais un intérêt partiel<sup>239</sup>. Au-delà des controverses tant au niveau de la définition, que de l'objet ou de l'objectif de cette notion, « *ce qui est exact, c'est que, d'après une tradition qui remonte au droit romain, les associés doivent se présenter au contrat non comme des adversaires discutant leurs intérêts, mais comme des collaborateurs, animés d'un esprit de fraternité* »<sup>240</sup>. *L'affectio societatis*<sup>241</sup> est la volonté des associés de s'unir au sein d'une société, d'y collaborer en vue de parvenir à l'accomplissement d'un intérêt commun. C'est le « *coude à coude (...) entre associés* »<sup>242</sup>, qui implique une obligation de collaboration entre ces derniers.

**50. L'obligation de collaboration.** L'idée de collaboration qui entourait *l'affectio societatis* n'a pas complètement disparu dans l'esprit du législateur. En effet, dans l'AUDSCGIE le législateur précise que la société commerciale est créée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat, d'affecter à une activité des biens en numéraire, en nature et, dans une certaine mesure, en industrie. L'al.2 de cet article relève que c'est l'intérêt commun des associés qui doit soutenir le projet des associés, celui de la création de la société commerciale. Ainsi, les associés ont l'obligation de préserver « *l'âme de la société* » qui est créé par la rencontre de la volonté de chacun d'eux. *L'affectio societatis* est un élément déterminant et constant<sup>243</sup> qui doit non seulement exister chez tous les associés lors de la création de la société et pendant son fonctionnement, mais également se ressentir dans tous les actes, décisions et délibérations sociales. C'est un « *élément spécifique du contrat de société, qui doit durer aussi longtemps que la société et plus particulièrement comme c'est le cas, lorsque les statuts prévoient un agrément (...)* »<sup>244</sup>. La Cour de cassation abondant dans le même sens a, dans une affaire<sup>245</sup>, rejeté un arrêt de la Cour d'appel au motif que la Cour n'avait

---

*connexions radicales*, LGDJ, Paris 2002, n°142, p.74 ; Mouthieu (M. A.), *L'intérêt social en droit des sociétés*, l'Harmattan, 2009, p. 200, n°313.

<sup>239</sup> Ces auteurs pensent que *l'affectio societatis* ne se retrouve pas dans toutes les formes de sociétés et n'existe que dans certains cas. V. Serlooten (P.), *L'affectio societatis, une notion à revisiter op. cit.*, p. 1009, l'auteur pense que *l'affectio societatis* n'existe pas dans les sociétés unipersonnelles et dans les sociétés faisant appel public à l'épargne.

<sup>240</sup> V. Ripert (G.) et Roblot (R.), *Traité de droit des affaires*, T. 1, vol. 1, Du droit commercial au droit économique, par Vogel (L.), 19<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2010, p.33.

<sup>241</sup> Cuisinier (L.), *L'affectio societatis*, thèse Dijon, 2006, Litec, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2008, p.288, n° 325.

<sup>242</sup> V. Cauzian (M.), Viandier (A.) et Deboissy (Fl.), *droit des sociétés, op. cit.*, p.86, n°233.

<sup>243</sup> Cette idée est contraire à celle de De bermond de Vaulx (J.M.), « A propos d'une conception exaltée de *l'affectio societatis* », *Dr. Sociétés*, 1993, p.186. L'auteur pense que *l'affectio societatis* « *pourrait ne pas être un élément permanent du contrat de société* » ;

<sup>244</sup> TGI Paris, 14 mars 1973, *Gaz. Pal.* 1973, II, p.913, note Peisse (M.).

<sup>245</sup> Cass. com., 3 juin 1986, *Rev. sociétés.*, 1986, p.585, note Guyon (Y.).

pas recherché si l'acte accompli par l'associé avait été fait dans le sens d'une collaboration avec les autres associés. Dès lors, l'associé qui poursuit un intérêt particulier au détriment de l'intérêt commun n'a pas rempli son obligation de collaboration, il a rompu le lien qui l'unissait aux autres associés. De même, ce lien peut être rompu par l'associé qui « *méconnaît ou s'écarte de la politique sociale définie par la collectivité des associés* »<sup>246</sup>. Si en plus de la rupture de ce lien, il laisse transparaître sa volonté<sup>247</sup> de ne plus faire partie de la société, le juge pourrait être fondé à l'exclure de la société afin de prévenir une éventuelle action en dissolution<sup>248</sup>. Ainsi, la stabilité de la société pourrait être assurée<sup>249</sup> malgré le comportement d'un associé mal intentionné ou défaillant. En réalité, c'est la protection de l'intérêt social qui devrait conduire l'action du juge.

## **2. Une exclusion judiciaire justifiée par le souci de protection de l'intérêt social.**

**51. L'évolution du monde économique.** Nous l'avons déjà relevé plus haut, en dehors des cas d'exclusion légalement prévus, le juge ne peut *a priori*, prononcer l'exclusion d'un associé. Or, l'évolution du monde économique est aujourd'hui une réalité sans cesse fluctuante. Cette évolution implique désormais un renforcement de la structure sociétaire et une plus grande reconnaissance des droits propres de la personne morale. Le droit intangible de rester associé est relayé au second plan et apparaît à certains égards comme « *un droit sclérosé, inadapté aux besoins de stabilité et d'autonomie de l'être social* »<sup>250</sup>. La sauvegarde des droits de l'associé est, en définitive, subordonnée à celle de la société. De la sorte, l'exclusion judiciaire a une fonction duale. Elle est d'abord une sanction pour l'associé en cause, mais aussi et surtout, un remède pour la société dont la vie est menacée.

**52. La fonction duale de l'exclusion judiciaire.** Au-delà de sa fonction punitive<sup>251</sup>, l'exclusion de l'associé a une fonction curative. C'est-à-dire qu'elle est un remède contre toute

<sup>246</sup> Njandeu (M.), « La figure polyvalente du « Squeeze out » : réflexion à partir du droit applicable dans l'espace OHADA », *op. cit.*, p. 500.

<sup>247</sup> Le fait pour l'associé de demander la dissolution de la société peut être la manifestation de sa volonté de ne plus faire partie de la société. V. De Bermond De Vaulx (J.-M.), « A propos d'une conception exaltée de l'affectio societatis », *Dr. Sociétés*, *op. cit.*

<sup>248</sup> Cf. Daigre (J. J.), « De l'exclusion d'un associé en réponse à une demande de dissolution », *Bull. Joly*, 1996, p. 580.

<sup>249</sup> V. Frison-Roche (M. A.), « L'hypothèse d'un droit général de retrait des minoritaire », *JCP E*, 4/1996, II, p. 21.

<sup>250</sup> V. Gordon (L.), *Les obligations des associés*, thèse Paris I, 1996, p. 251, n°412.

<sup>251</sup> C'est notamment le cas lorsque l'exclusion judiciaire est prononcée en guise de sanction d'un acte ou d'un comportement fautif ou non de l'associé « *mais d'une extrême gravité et qui rend intolérable la poursuite de*



paralyse de la société créée par un conflit ou une mésentente entre les associés. Par conséquent, le juge devrait y faire recours lorsque l'état de santé de la société le justifie. Dans ce cas, l'exclusion judiciaire est admise dans le but de faire cesser la crise sociale créée par le comportement asocial de l'associé. Ainsi, d'avis avec un auteur, l'exclusion de l'associé ne serait envisageable que dans l'hypothèse où la perte de l'*affectio societatis* par ce dernier rendrait « *intolérable la poursuite des relations entre les parties* »<sup>252</sup>. Le juge devrait vérifier que les motifs invoqués sont des motifs justes ou légitimes dont la présence compromet la viabilité de l'activité économique. Dès lors que l'attitude de l'associé a un impact sur le bon fonctionnement de la société, il devrait être exclu pour inexécution des obligations contractuelles, ceci afin d'éviter que sa présence ne détériore les relations au sein de la société. C'est précisément pour cette raison que l'exclusion judiciaire de l'associé qui demande la dissolution pour justes motifs d'une société en bon état de santé semble être adaptée à la réalité économique. Le législateur devrait donner la possibilité au juge de recourir à l'article 200-5 de l'AUDSCGIE pour fonder son intervention. Ainsi, il pourrait autoriser le rachat forcé des droits sociaux de l'associé qui demande la dissolution de la société pour justes motifs. D'ailleurs, si le législateur a autorisé l'exclusion judiciaire d'un associé qui demande l'annulation de la société, on ne comprend pas pourquoi ce pouvoir n'a pas été reconnu au juge lorsque la demande concerne la dissolution de la société. Or à bien y regarder, l'objectif recherché dans l'un ou l'autre cas est la protection de l'intérêt social, surtout lorsque la demande de dissolution concerne une société encore viable. Cependant pour éviter les interventions judiciaires abusives, cette exclusion devrait être soumise au respect de certaines conditions.

**53. Les conditions de l'exclusion.** Dans le cadre de l'exclusion remède, le juge devrait faire attention aux droits de l'associé exclu qui n'a forcément pas commis une faute. Cette mesure aurait pour objectif de protéger le droit de l'associé « *à ne pas être exclu de la société sans compensation quand les autres y restaient* »<sup>253</sup>, même si la préservation de l'être social peut justifier la perte des droits sociaux de l'associé<sup>254</sup>. Par ailleurs, le juge devrait être saisi par une demande ayant préalablement été proposée et votée en assemblée générale, et le vote

---

*l'activité entre les parties* ». V. Njandeu (M.), « La figure du « *squeeze out* » : réflexion à partir du droit applicable dans l'espace Ohada », *op. cit.*, p.505.

<sup>252</sup> Cf. Njandeu (M.), « La figure polyvalente du « *Squeeze out* » : réflexion à partir du droit applicable l'espace OHADA », *op. cit.*, p. 505.

<sup>253</sup> Cass. civ., 30 mai, 1892, *Dalloz*, 1893, I, p.105, note Thaller (E.-E), *Addé*, Gallois-Cochet (D.), « L'obscurité clarté du régime de l'exclusion statutaire », *Dr. Sociétés*, 2014, n°12, étude 23, n°3.

<sup>254</sup> Daigre (J.-J.), « Qu'est-ce qu'un actionnaire ? La perte de la qualité d'actionnaire », *op. cit.*, p. 539. L'auteur relève que l'exclusion judiciaire « *est nécessitée par l'intérêt social, comme la survie de la société, elle doit être admise, aucun argument définitif ne s'y opposant de manière absolue, qu'il s'agisse du droit de rester actionnaire ou de celui de rester propriétaire* ».

de l'associé concerné ne devrait pas être pris en compte. Cette mesure ferait de la prohibition de l'exclusion de l'associé une exception en droit des sociétés. Surtout, elle permettrait au juge de mettre hors d'état de nuire les acteurs sociaux dont le comportement serait devenu risqué pour le bon fonctionnement de la société. En effet le législateur ne s'est pas contenté de limiter les interventions judiciaires dans le cadre de l'exclusion des associés. Il est allé plus loin en restreignant les pouvoirs du juge en matière d'éviction des organes sociaux, ce qui concourt à rendre imparfait la révocation judiciaire de ces organes sociaux.

## §2. La révocation judiciaire imparfaite des organes sociaux

**54. La remise en cause du principe de parallélisme des formes.** Visant les relations privées<sup>255</sup>, un auteur définit la révocation d'une personne comme « *un acte unilatéral par lequel celui qui avait confié une mission à une personne met fin à sa mission* »<sup>256</sup>. Cette définition ne s'éloigne pas du principe posé par la règle du parallélisme des formes consacrée en droit Romain et en droit public<sup>257</sup> qui trouve une bonne place en matière de révocation des organes de gestion et de contrôle. En principe, il revient aux associés ayant nommé les organes de direction et de contrôle de procéder à leur révocation<sup>258</sup>. De façon exceptionnelle, ce pouvoir est reconnu au juge<sup>259</sup>, mais ses pouvoirs ne sont pas suffisamment définis et expressément prévus dans toutes les formes sociales. La révocation judiciaire des dirigeants sociaux est limitée par l'AUDSCGIE (A), tandis que l'éviction du commissaire aux comptes est difficilement mise en œuvre (B).

<sup>255</sup> L'auteur fait la différence entre la révocation d'une personne dans le droit de la fonction publique, qu'il définit comme une « *mesure disciplinaire consistant dans l'exclusion d'un fonctionnaire des cadres de l'administration avec ou sans suspension de ses droits à pension* » et la révocation d'une personne dans les relations privées, notamment en matière civile ou commerciale. V. Cornu (G.), *Vocabulaire juridique, op.cit.*, p.22, n°1/ a et b, V. *révocation*.

<sup>256</sup> *Ibidem*.

<sup>257</sup> Ce principe exige qu'il existe une correspondance des formes entre l'acte qui crée un état de droit et celui qui le modifie ou y met fin. V. la définition donnée par Cornu (G.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 727, V. *parallélisme a/ des formes*, p. 733 ; V. aussi Becqué-Ickowicz (S.), *Le parallélisme des formes en droit privé*, thèse Panthéon-Assas Paris II, 2004.

<sup>258</sup> Ces organes peuvent également tenir leur pouvoir de la loi. V. sur la question Guiramand (Fr.) et Héraud (A.), *Droit des sociétés*, Francis Lefebvre, coll. Manuel, 2018/2019, p. 89 et s.

<sup>259</sup> Saintourens (B.), « La révocation des dirigeants sociaux dans l'actualité jurisprudentielle », *Bull. Joly Sociétés*, 2005, p. 687 ; Adom (K.), « La révocation des dirigeants de sociétés commerciales », *Rev. Sociétés*, 1998, p. 488, n° 1 ; De Laender (M.-H.), « La révocation des dirigeants sociaux », *Dr. Sociétés*, n° 5, 2000, chron. 9, n° 5.

## **A. La révocation judiciaire des dirigeants sociaux limitée par l'AUDSCGIE**

**55. Le silence du législateur.** La révocation, entendue comme la cessation anticipée et involontaire du mandat social<sup>260</sup>, est la mesure qui permet d'éloigner de la société un dirigeant dont la confiance devient douteuse. Le législateur africain a clairement posé le principe de la révocation judiciaire des gérants de la SARL dans l'AUDSCGIE, mais ne s'est pas prononcé sur cette mesure dans les autres formes sociales. Or, ce silence divise la doctrine et même la jurisprudence. Il se pose la question de savoir si en dehors des gérants de la SARL, le juge peut, par un raisonnement par analogie, révoquer les dirigeants dans ces formes sociales ? pour apporter quelques éléments de réponse, nous ferons référence au droit français puisqu'à notre connaissance, le juge africain ne s'est pas prononcé sur ce sujet. En effet, si la révocation judiciaire est exceptionnellement prévue dans la SARL (1), elle est progressivement admise dans les autres formes sociales par le juge en France (2).

### ***1. Une révocation judiciaire exceptionnellement prévue dans la SARL***

**56. L'exercice de l'action en révocation.** Dans la SARL, la révocation judiciaire d'un dirigeant social intervient lorsque les associés se sont trouvés dans l'impossibilité<sup>261</sup> de mettre fin aux missions du dirigeant devenu redoutable pour la bonne marche des affaires sociales. Le nouvel article 326 al. 3 de l'AUDSCGIE qui consacre la révocation des dirigeants sociaux au sein de la SARL, pose le fondement de leur révocation judiciaire (a). Cet article précise également que la demande doit être faite par un associé. Il se pose donc la question de la révocation judiciaire en cas d'exercice de l'action sociale (b).

#### ***a. Le fondement de la révocation issu du nouvel article 326 al. 3 de l'AUDSCGIE***

**57. La révocation judiciaire jadis fondée sur la cause légitime.** L'ancien article 326 al.2 de l'AUDSCGIE<sup>262</sup> disposait que « (...) *le gérant est révocable par le tribunal chargé des affaires commerciales, dans le ressort duquel est situé le siège social, pour cause légitime, à*

---

<sup>260</sup> Fénéon (A.), *Droit des sociétés en Afrique OHADA, Droits des sociétés en Afrique (OHADA)*, LGDJ, coll. Droits Africains, 2015., p. 354 et s., n°913.

<sup>261</sup> Plusieurs raisons peuvent justifier l'impossibilité des associés de mettre fin aux fonctions des dirigeants sociaux. Il peut s'agir du défaut d'unanimité des associés exigé par les textes, la possession de la minorité de blocage par l'intéressé en cas de majorité qualifiée.

<sup>262</sup> Il s'agit de l'art. 326 de l'AUDSCGIE adopté le 17 avr. 1997.

*la demande de tout associé* ». Ce texte invitait ainsi le juge saisi d'une demande en révocation du dirigeant social, à rechercher l'existence de la cause légitime devant justifier ladite révocation. A la suite de cet article, les juges avaient révoqué les dirigeants sociaux dans une affaire du 14 février 2005<sup>263</sup>. En effet dans cette affaire, le Tribunal avait décidé que conformément à l'article 326 al. 2, à la demande de tout associé, le juge pouvait révoquer le gérant de la SARL dès lors qu'il avait été ramené la preuve que les actes de mauvaise administration et d'abus de pouvoirs du gérant constituaient des causes légitimes de révocation<sup>264</sup>. *A contrario*, quelques années avant, les juges avaient décidé qu'un dirigeant dont la preuve de la faute de gestion n'avait pas été rapportée, ne pouvait être révoqué<sup>265</sup>. De ces arrêts, il ressort que la cause légitime évoquée par le juge à la demande du législateur, était liée à la faute de gestion du dirigeant. Ainsi l'appréciation judiciaire consistait à voir si le comportement du dirigeant pouvait constituer une cause légitime de révocation. Toutefois, la notion de cause légitime fût très vite remplacée par celle de juste motif.

**58. La révocation judiciaire désormais fondée sur le juste motif.** La modification de l'AUDSCGIE a fait naître une différence entre l'ancien article 326 et celui révisé. Celui-ci dispose en son al.3 que « (...) *le gérant est révocable par la juridiction compétente, dans le ressort de laquelle est situé le siège social, pour juste motif, à la demande de tout associé* ». D'une part, la révocation judiciaire n'est plus consacrée par l'al. 2 de l'article 326 mais par l'alinéa 3 de cet article. D'autre part, et c'est là l'aspect le plus important, la révocation judiciaire n'a plus pour fondement la cause légitime. Elle repose dorénavant sur l'existence de juste motif qui doit être apprécié par le juge<sup>266</sup>. La modification de l'article 326 de l'AUDSCGIE permet de nous poser la question de savoir pourquoi le législateur préfère la notion de juste motif au détriment de celle de cause légitime ? Cette question mérite d'être soulevée d'autant plus que le législateur français a lui aussi fait cette distinction en matière de révocation dans la SARL.

**59. La distinction en droit français.** Aux termes de l'article 223-25 al. 1 du code de commerce, dans la SARL « *le gérant peut être révoqué par décision des associés (...). Si la*

<sup>263</sup> TGI ch. civ. Mfoundi, 14 févr. 2005, aff. Wagoum Alain Marcel c/ Tchekounang Achille Marie, *Ohadata* J-08-110, disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté le 13/03/17.

<sup>264</sup> V. Ngwe (M. A.) et Kakou (P.), « Le dirigeant social dans l'Acte uniforme révisé », *Penant*, n° spécial, p. 168.

<sup>265</sup> V. TR Niamey, ord. Référé n° 245 du 22 oct. 2002, *Ohadata* J-04-80, disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté le 14/03/17.

<sup>266</sup> V. Baillod (R.), « Le « juste motif » de révocation des dirigeants sociaux », *RTD com*, 1983, p. 399 ; Meukeu (Y.B.), « Brèves observations sur la révocation des dirigeants sociaux dans l'espace OHADA », disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté le 10/10/2018, *Ohadata* D-05-51 ; Meukeu (B.Y.), « Brèves observations sur le risque judiciaire du mandat social dans l'espace OHADA », *Juridis infos*, n°7, mars-avril 2010, p. 10 et s.

*révocation est décidée sans juste motif, elle peut donner lieu à des dommages et intérêts* ». L'al. 2 du même article prévoit à son tour que « (...), le gérant est révocable par les tribunaux pour cause légitime, à la demande de tout associé ». Il ressort de cet article que le fondement de la révocation varie selon qu'il s'agisse de la révocation décidée par les associés ou de la révocation judiciaire. Dans le premier cas la révocation doit être pourvu de juste motif, en revanche dans le second, il doit être fondé sur une cause légitime. La question posée plus haut retrouve son pesant d'or, pourquoi le législateur fait une distinction au niveau des fondements de la révocation du dirigeant social ? Contrairement à son homologue français, le législateur de l'OHADA n'a opéré aucune distinction lors de la rédaction de la nouvelle disposition qui consacre cette double faculté de révocation du dirigeant social. Il a employé le terme juste motif pour justifier à la fois la révocation judiciaire et la révocation décidée par un associé. Les notions de cause légitime et de juste motif dont l'appréciation est laissée au pouvoir souverain du juge font l'objet de nombreux débats, notamment sur l'existence d'un critère permettant de les distinguer.

**60. La recherche d'un critère de distinction.** De nombreux auteurs admettent que les notions de cause légitime et de juste motif sont des notions dont la distinction est très nette. D'une part, en prenant pour référence la révocation telle que prévue en droit français, il est admis par des auteurs que les avantages de l'une et de l'autre notion ne sont pas identiques. La révocation par l'associé offre plus d'avantages pour la société et les associés que la révocation judiciaire, notamment en termes de célérité de la procédure<sup>267</sup>. D'autres part, en se fondant sur l'étendue des pouvoirs du juge, certains auteurs<sup>268</sup> pensent que le juste motif de révocation est entendu dans un sens plus large que la cause légitime de révocation qui, quant à elle, est plus restreinte<sup>269</sup>. Le juste motif est le motif qui présente « un certain caractère de gravité, compte tenue de l'importance de la mesure qu'il autorise »<sup>270</sup>. Elle repose sur l'existence d'un critère objectif remettant en cause toute appréciation subjective<sup>271</sup>. La cause légitime en ce qui la concerne, est souvent rattachée à l'activité du gérant. Elle peut être définie comme une cause

<sup>267</sup> CA Paris, ch.08, 29 nov. 2016, *Rev. sociétés*, 2017, p. 295, n°4, note Lecourt (A.) L'auteur présentant la distinction entre la cause légitime et le juste motif, relève que la révocation par les associés est « plus rapide que la révocation judiciaire, elle est également nettement plus efficace, sinon radicale (...) ».

<sup>268</sup> Berr (Cl.), *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, op. cit., p.338, n°675 ; Aubert (J.L.), « La révocation des organes d'administration des sociétés commerciales », *RTD com.*, 1968, p.995.

<sup>269</sup> V. Le Cannu (P.) et Dondero (B.), *Droit des sociétés*, LGDJ, 8<sup>e</sup> éd., coll. Précis Domat, 2019, p.921 et 922, n°1370.

<sup>270</sup> V. Baillod (R.), « Le juste motif de révocation des dirigeants sociaux », op. cit., p. 403.

<sup>271</sup> TC Paris, 5 juill. 1972, *JCP*, 1974, note Synvet. Le juge avait décidé que l'appréciation subjective pouvait être exceptionnellement faite lorsque les faits soulevés le justifient. Dans cette affaire, le juge a révoqué le dirigeant en estimant que la perte de confiance des associés était justifiée par la « gestion dispendieuse » du dirigeant.

en vertu de laquelle le gérant n'a pas rempli ou ne peut plus remplir convenablement ses fonctions. C'est précisément le cas lorsque ce dernier fait l'objet d'une absence prolongée et injustifiée, d'une incapacité physique, d'une malversation, d'une insuffisance technique. Ces auteurs pensent que les faits qui doivent être pris en considération par le juge se résument en l'attitude et le comportement du dirigeant. Au-delà, le juge ne peut plus procéder à une révocation judiciaire. Ainsi par exemple, la négligence dans une gestion pourra être une cause de révocation. *A contrario*, le souci de diminuer les charges sociales par une compression de personnel ne pourra pas l'être. L'admettre permettra à un seul associé d'obtenir du juge une décision de compression des dépenses. Cette mesure pourra remettre en cause l'exercice collectif de la fonction d'associé.

**61.** D'autres auteurs<sup>272</sup> en revanche s'accordent à penser que les expressions de cause légitime et de juste motif ont le même sens et recherchent le même objectif. Il s'agit toutes des notions qui n'ont pas fait l'objet de définitions par le législateur et qui sont laissées à l'appréciation du juge. Un auteur constate que « *les tribunaux confèrent un contenu normatif très proche à la notion cause légitime et à la notion de juste motif* »<sup>273</sup>. En effet, l'appréciation par le juge de la cause légitime nous semble aussi délicate que celle du juste motif<sup>274</sup>. Ainsi, dans l'un ou l'autre cas, le juge a pu dégager que la faute et même l'absence de faute sont des éléments qui permettent de justifier la révocation judiciaire. Ainsi, la faute du gérant peut consister à son refus persistant de convoquer l'assemblée générale annuelle, ou en ses agissements frauduleux consistant à laisser se tenir une assemblée générale composée d'un seul associé ou encore, de tenter lors d'une autre assemblée générale, de faire compter comme présent un associé qui ne l'était pas.

**62. La cause légitime et le juste motif, deux notions aux objectifs communs.** La cause légitime et le juste motif ont toutes les deux une fonction disciplinaire. Elles visent l'une et l'autre à sanctionner la méconnaissance par le gérant du cadre légal et statutaire dans lequel il a promis d'exercer ses fonctions qui consistent essentiellement à assurer la bonne gestion de la société. Bien plus, il a également été admis que ces deux notions ne s'entendent pas

---

<sup>272</sup> Cf. Germain (M.) et Magnier (V.), *Ripert (G.) et Roblot (R.) (dir.), Droit commercial, op. cit.*, p.716, n° 961 ; Fénéon (A.), *Droits des sociétés en Afrique (OHADA), op. cit.*, p.506, n°1310 ; Cozian (M.), Viandier (A.), Deboissy (Fl.), *Droit des sociétés, op. cit.*, p.608, n°1515; Merle (Ph.) et Fauchon (A.), *Sociétés commerciales, op. cit.*, p. 235, n° 226 ; Mestre (J.), Velardocchio (D.), Mestre-Chami (A.-S.), *Lamy Sociétés commerciales*, 2013, n° 3045; Dione (A.), « La révocation des dirigeants des sociétés anonymes et des sociétés à responsabilité limitée à la lumière de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique, *EDJA*, n°54, juil.-sept., 2002, p.55.

<sup>273</sup> CA Paris, 17 mars 2015, *Rev. Sociétés*, 2015, p. 588, note Lecourt (A.).

<sup>274</sup> *Ibidem*; CA Paris, 29 novembre 2016, *op. cit.*

seulement en fonction du comportement du dirigeant, mais aussi et surtout, en fonction de l'intérêt social qui est le but vers lequel doit tendre sa mission. Ainsi, qu'il s'agisse de la révocation judiciaire pour cause légitime prévu par l'article L. 223-25 du code de commerce français ou de celle pour juste motif, organisée par l'article 326 al. 3 de l'AUDSCGIE, sa mise en œuvre doit être justifié par l'intérêt social<sup>275</sup>.

**63. L'appréciation judiciaire de l'intérêt social.** La révocation judiciaire est la sanction des agissements préjudiciables à l'intérêt social<sup>276</sup>. Admettre donc l'intérêt social comme fondement de l'intervention judiciaire revient à étendre les pouvoirs du juge, car il sera appelé à apprécier cet intérêt social. Lorsque le juge est saisi d'une demande en révocation, il apprécie les actes et le comportement critiqués par les associés demandeurs à la lumière du préjudice qu'ils ont causé ou auraient pu causer à la société. Pour éviter une quelconque immixtion judiciaire dans la gestion de la société, un auteur propose que la cause légitime de révocation s'apprécie non seulement en considération de l'intérêt social, mais aussi en tant qu'entité économique et juridique, qui ne coïncide pas nécessairement avec l'intérêt des seuls associés<sup>277</sup>. Certes, la cause légitime de révocation s'entend le plus souvent d'un grief tiré du comportement du gérant qui méconnaît ses obligations légales de dirigeant social ou les dispositions statutaires, ou encore qui cherche à préserver déloyalement ses intérêts personnels, et met en péril les intérêts de la société. Mais elle pourrait aussi trouver son fondement dans des considérations relatives à la personne même du gérant qui n'est plus en mesure d'exercer ses fonctions dans l'intérêt de la société. Il pourrait également s'agir des circonstances de fait qui, tel l'éloignement du gérant, nuisent à la poursuite efficace de sa mission. Dans le cas contraire, la loi permet au gérant de contester sa révocation lorsque celle-ci a été irrégulière<sup>278</sup>. La mission du juge consiste donc à rechercher la menace qui pèse sur l'intérêt social. Si les pouvoirs du juge sont clairement définis en matière de révocation du dirigeant social à l'initiative de l'associé, il n'en est pas de même en ce qui concerne les conditions d'exercice de l'action en révocation. Le législateur est resté muet sur la question des pouvoirs judiciaires dans le cas de l'exercice d'une action sociale.

---

<sup>275</sup> Cass. com., 10 juill. 2007, *Bull. Joly*, 2007, p.1337, note Saintourens. Les juges ont relevé dans cette affaire que la cause légitime doit être appréciée conformément à l'intérêt de l'entreprise qui n'est pas forcément l'intérêt des seuls associés.

<sup>276</sup> Cass. com. 10 juill. 2007, *RJDA*, 2007, no 979 ; *Bull. Joly*, 2007. 1337, note Saintourens ; *Dr. Sociétés*, 2008, n° 56, obs. Monnet.

<sup>277</sup> Charvériat (A.), Couret (A.) et Zabala (B.), *Sociétés commerciales 2015, op. cit.*, p. 414, n°31157.

<sup>278</sup> V. TRHC Dakar, n°327, 19 févr. 2003, *Ohadata* J-03-180, disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com). Consulté le 10/10/18 ; Cass. com., 9 nov. 2010, n°09-71. 284, *RJDA* 2/11 n° 160. Lorsque la prise de position violente du dirigeant social est faite dans l'intérêt de la société, cela ne constitue pas un motif légitime de sa révocation.

***b. La question de la révocation judiciaire des dirigeants sociaux en cas d'action sociale***

**64. L'action individuelle.** Les articles 326 al.3 de l'AUDSCGIE et L. 223-25 du code de commerce français disposent que la demande en révocation judiciaire doit être faite par tout associé<sup>279</sup>. On ne peut manquer de relever qu'il s'agit là des dispositions objectives qui n'opèrent pas de distinction entre les associés. Ainsi à travers l'action individuelle, chaque associé<sup>280</sup> a la faculté de s'adresser directement au juge en vue d'obtenir la révocation du dirigeant. Aucune condition de majorité n'est exigée. Or, il est admis que si les associés par le biais des statuts ont la possibilité d'exiger une importante majorité, ils ne peuvent cependant revendiquer l'unanimité<sup>281</sup>. En somme, la révocation judiciaire n'est prévue par la loi que lorsque la demande est faite par un associé. Rien n'est dit en ce qui concerne l'action sociale ce qui conduit à la question de savoir si le juge saisi par la société doit faire une analyse littérale ?

**65. Une action individuelle non soumise à conditions.** Dans le contexte français, il a été posé aux juges la question de savoir si l'associé qui demande la révocation judiciaire doit préalablement mettre en cause les autres associés ou la société. Les juges de la Cour d'appel<sup>282</sup> ont répondu à cette question par l'affirmative. Ils ont estimé que dans la mesure où la demande en révocation impliquait non seulement la société mais également les autres associés, le demandeur avait l'obligation de consulter préalablement les autres associés et même la société. *A contrario*, la Cour de cassation, quant à elle, a décidé dans une affaire 15 janvier 2013<sup>283</sup> que, conformément à la loi, l'associé qui demandait la révocation judiciaire du dirigeant social n'avait pas l'obligation de mettre en cause ni les autres associés, ni la société. Aux divergences jurisprudentielles sur la question, se sont jointes celles doctrinales. Certains auteurs<sup>284</sup> pensent que la mise en cause des autres associés et même de la société par le demandeur relève de l'évidence. D'autres en revanche, considérant la position de la Cour de cassation, se posent tout de même la question de savoir s'il ne serait pas cohérent d'exiger que tous les associés soient mis en cause pour apprécier la réalité ou non, de l'atteinte à l'intérêt social. Allant dans le

<sup>279</sup> V. Gibirila (D.), *Droit des sociétés*, Ellipses, coll. Manuel universités, 4<sup>e</sup> éd., 2012, p. 273, n° 480.

<sup>280</sup> Cf. Merle (Ph.) et Fauchon (A.), *Droit commercial Sociétés commerciales*, op. cit., p. 235, n°226.

<sup>281</sup> Cf. Le Cannu (P.) et Dondero (B.), *Droit des sociétés*, LGDJ, coll. Domat droit privé, 8<sup>e</sup> éd., 2019, p.899, n°1362.

<sup>282</sup> CA Paris, 3<sup>e</sup> ch., sect. B, 26 mai 2000, *JCP E*, 2000, pan. 1359.

<sup>283</sup> Cass. com., 15 janv. 2013, *Rev. Sociétés*, 2013, p. 444, note Reygrobellet (A.).

<sup>284</sup> Cass. com., 15 janv. 2013, *Dr. Sociétés*, 2013, comm. n°43, comm. Hovasse (H.). L'auteur pense « nul commentaire ne s'impose, tant la solution se présente avec la force de l'évidence »



même sens que certains auteurs<sup>285</sup>, nous pensons qu'il s'agit d'une procédure qui n'offre aucun avantage quant à la protection de l'intérêt social. Elle participe davantage à alourdir la procédure, en la dénuant de toute célérité pourtant recherchée.

**66. L'action sociale.** A défaut de précisions textuelles, il est difficile d'apporter une réponse à la question de la révocation judiciaire à la suite de la demande de la société. Dans le contexte français, conformément à l'article L. 226-2 al. 4 du code de commerce<sup>286</sup>, l'action sociale est ouverte tant aux associés qu'aux représentants légaux dans les sociétés en commandites par actions<sup>287</sup>. À notre avis, l'action sociale devrait être expressément prévue par les textes dans le contexte de l'OHADA. La société pourrait ainsi avoir la possibilité de demander par le biais de ses représentants légaux, la révocation judiciaire d'un dirigeant qui ne respecte plus ses engagements. Nous pensons que cette mesure permettrait de contourner l'immobilisme des associés pour préserver les intérêts de la personne morale. En définitive, la révocation judiciaire est rendue légitime au regard de l'intérêt social, de l'incompatibilité entre la situation soumise au juge et le maintien en fonction du gérant. Le pouvoir de sanction du juge peut avoir pour effet de mettre fin aux fonctions du dirigeant social. Si cette question est réglée au sein de la SARL, elle se pose encore avec acuité dans les autres formes sociales.

## *2. Une révocation progressivement admise dans les autres formes sociales par les juges en France*

**67. La double attitude judiciaire.** De nombreux arguments justifient très souvent l'hostilité de certains juges face à la révocation du dirigeant social en l'absence de prescriptions légales. Face à la relativité de ces arguments (a), d'autres juges dans le contexte français, tendent à admettre la révocation du dirigeant dans les formes sociales autres que la SARL (b). Les conséquences<sup>288</sup> que pourraient entraîner le mauvais comportement d'un dirigeant social sur le fonctionnement de la société sont graves et exigent qu'une réflexion soit menée sur la possibilité de son extension aux dirigeants sociaux des autres formes sociales (c).

---

<sup>285</sup>V. Nemoz-Rajot (Q.), *Les interventions judiciaires spécifiques au droit des sociétés in bonis*, thèse Lyon III, 2015. p. 278, n°388.

<sup>286</sup> L'article 226-2 al. 4 du code de commerce français dispose que « (...) le gérant est révocable par le tribunal de commerce pour cause légitime, à la demande de tout associé ou de la société ».

<sup>287</sup> Cf. Dereu (Y.), « Sociétés en commandite par action. Gérance-Contrôle », *JCL Sociétés*, fasc. 153-10, n°22 et s.

<sup>288</sup> Ces conséquences peuvent naître d'un conflit d'intérêts. V. Schmith (D.), *Les conflits d'intérêts dans les sociétés anonymes*, Joly, 2004, p.438, n°448.

*a. La relativité des arguments contre la révocation judiciaire des dirigeants sociaux dans les autres formes sociales*

**68. La nature contractuelle de la société.** La révocation judiciaire est une mesure qui vise à sanctionner le mauvais comportement du dirigeant « *lorsque celui-ci ne serait pas convaincu de la nécessité de son abstention, voire de sa démission* »<sup>289</sup>. Face au silence du législateur sur la question de la révocation judiciaire des dirigeants dans les formes sociales autres que la SARL, de nombreux arguments contre cette mesure ont été avancés par certains juges en France. Le respect de la nature contractuelle de la société semble être l'un de ces arguments. En effet, dans un arrêt du 29 novembre 1961<sup>290</sup>, la Cour d'appel de Paris a rejeté la demande d'un actionnaire qui revendiquait la révocation d'un dirigeant en précisant que les administrateurs n'étaient révocables que par l'assemblée générale des actionnaires qui les avaient nommés<sup>291</sup>. Dans cette affaire, un actionnaire mécontent à la suite d'une opération de fusion, avait assigné les administrateurs communs de la société absorbante en reddition de compte, restitution et aussi en révocation. Sur ce dernier point, la Cour a renvoyé les parties devant les tribunaux aux fins de sollicitation de la nomination d'un administrateur provisoire avec mission de convoquer une assemblée générale spécialement appelée à statuer sur une telle question. Quelques années plus tard dans un arrêt du 17 septembre 2013<sup>292</sup>, les juges se sont une fois de plus montrés hostiles à la demande de révocation du président de la SAS. Cette fois, les juges ont fondé l'irrecevabilité de la demande sur l'absence de clause statutaire prévoyant la révocation des administrateurs. Par le biais de ces arrêts, les juges confirmaient la position doctrinale selon laquelle « *d'une manière générale, la révocation des dirigeants relève du pouvoir souverain des organes sociaux, et d'aucuns contestent la légitimité des tribunaux à intervenir en la circonstance* »<sup>293</sup>. En refusant de révoquer le dirigeant, la Cour a clairement

<sup>289</sup> Le directeur général de la Caisse de dépôts et de consignations a démissionné de ses fonctions d'administrateur du Crédit foncier de France lorsque la caisse, sur demande de l'État, a initié une offre publique d'achat visant les actions du Crédit foncier de France; cette démission fut donnée « pour éviter tout conflit d'intérêts lié à sa fonction de Directeur général de la Caisse de dépôts et de consignations » : cf. sous II-D de la « Note d'information conjointe à la Caisse des dépôts et consignations et au crédit foncier de France », *La tribune*, 9 sept. 1996, cité par D. Schmith, *Les conflits d'intérêts dans les sociétés anonymes*, éd. Joly, 2004, p.438, n°448.

<sup>290</sup> CA Paris, 29 nov. 1961, *RTD com.*, 1962, p.699, obs. Houin ;

<sup>291</sup> CA Paris, 17 oct. 1964, *RTD com.*, 1965, p.855, obs. Houin ; Cass. com., 7 juin 1963, *Rev. Sociétés*, 1964, p.855, obs. Houin.

<sup>292</sup> CA Versailles, 17 sept. 2013, *Dr. sociétés*, 2014, comm. 67, comm. Roussille (M.).

<sup>293</sup> Hémaré (J.), Terré (F.) et Mabillat (P.), « Sociétés commerciales », *Revue Internationale de droit comparé*, vol. 25, n°3, juill-sept., 1973, p. 755 ; *addé*, Gordon (L.), *La société par actions simplifiée*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 2014, p.387, n°516. Cet auteur pense que « *l'affirmation d'un principe général de révocation judiciaire des dirigeants sociaux semble pour l'instant prématurée* ».

reconnu l'interdiction de la révocation judiciaire dans les SA qui, à notre avis, ne manque pas d'entraîner de nombreuses conséquences.

**69. La conséquence du refus de la révocation judiciaire.** A travers cet arrêt, la jurisprudence masque ainsi derrière ces motifs, une défaillance des juges dans leur mission de protection de la minorité, surtout de l'intérêt social. Les conséquences d'une telle décision sont évidentes. Il empêche l'actionnaire minoritaire de faire révoquer un conseil d'administration ou un administrateur qui a reçu ses pouvoirs de la majorité et dont la gestion serait mauvaise. Alors que cette mesure aurait constitué une garantie à l'associé minoritaire, lui permettant d'évincer un administrateur fautif. Ainsi donc, il est nécessaire de donner la possibilité au juge de révoquer les administrateurs car il n'existe, à notre sens, aucune raison de supprimer dans les SA une prérogative que les textes reconnaissent à la SARL. Surtout que, la révocation *ad nutum* qui peut paraître comme une garantie suffisante contre le « mauvais » administrateur est tout à fait illusoire pour la minorité puisque par hypothèse, celle-ci ne peut pas en faire usage.

**70. La révocation *ad nutum* face à la révocation judiciaire.** La révocation judiciaire ne saurait remettre en cause le principe de la révocation *ad nutum*. La première n'empêche pas la mise en œuvre de la seconde normalement prévue dans le cadre de la SA et dont la mise en œuvre se fait par l'assemblée générale. En revanche, elles peuvent être considérées comme des mesures complémentaires car la révocation judiciaire viendrait en appui aux mesures existantes. De même, la souveraineté de l'assemblée générale ne serait nullement ébranlée ou limitée par cette mesure étant donné qu'elle restera l'organe chargé de nommer le nouvel administrateur, au cas où la révocation judiciaire serait décidée. Aussi, la multiplication des procédures n'influencerait pas en soi le bon fonctionnement de la société car toutes ces mesures sont également prévues dans les autres formes sociales. Ainsi, retenir cet argument remettrait en cause les techniques de révocation du dirigeant qui existent dans la SARL par exemple. Un auteur souligne à cet effet que « *dans toutes les sociétés, la révocation des gérants peut être demandée au tribunal alors même que d'ordinaire elle relève de la compétence des associés statuant à la majorité* ». Dès lors l'argument relatif à la souveraineté de l'assemblée générale avancé pour rejeter la révocation judiciaire ne saurait prospérer, du moment où l'intervention judiciaire à ce stade permettrait également de lutter contre les excès de cette assemblée. En dehors de la nature contractuelle de la société, d'autres raisons sont invoquées pour justifier le rejet de la révocation judiciaire des dirigeants sociaux dans les SA.

**71. L'absence d'efficacité de l'action judiciaire.** L'absence d'efficacité de l'action judiciaire est très souvent évoquée pour justifier le refus de la révocation judiciaire du dirigeant dans la SA. En effet à la suite de la révocation judiciaire, le dirigeant mis hors de la société doit absolument être remplacé. Certains auteurs soutiennent que, parce que le remplacement de ce dirigeant se fait toujours par les actionnaires, il n'est pas exclu que ceux-ci nomment un « *nouvel affidé* »<sup>294</sup>. Alors, la révocation judiciaire n'aura eu pour effet que celui de faire sortir de la société un de ses organes. La société se retrouvera dans la même situation que celle qui précédait la révocation judiciaire, c'est-à-dire celle où les associés minoritaires objectaient la gestion du dirigeant. La présence judiciaire n'aurait constitué qu'une immixtion du juge dans les affaires sociales.

**72. Le principe de non-immixtion du juge dans les affaires sociales.** Le principe de non-immixtion du juge dans les affaires sociales est un principe qui gouverne le droit des affaires en général et le droit des sociétés en particulier. Nombreux sont les auteurs qui pensent que le juge ne doit pas prendre les décisions à la place des organes sociaux. Cette idée ne semble pas non plus être justifiée car la révocation judiciaire sanctionne « *non la gestion, mais la faute de gestion* »<sup>295</sup>. De même cet argument est sans pertinence car la révocation judiciaire reconnue dans la SARL n'a jamais, lors de sa mise en œuvre, fait l'objet d'une contestation relative à l'immixtion du juge dans la gestion sociale. Le droit de retrait des associés dans la SA a lui aussi été évoqué comme élément pouvant justifier la non-immixtion du juge dans la société commerciale. En effet dans les SA, les actionnaires sont en principe libres de quitter la société à tout moment. Certains auteurs ont soutenu que « *cette possibilité atténue les conséquences fâcheuses de l'absence d'action individuelle en révocation judiciaire* »<sup>296</sup>. Cette idée n'est qu'illusoire dans la mesure où ce retrait ne constitue pas toujours la solution efficace pour l'actionnaire minoritaire. Il pourrait même représenter un moyen de pression pour les actionnaires majoritaires qui abuseraient indéfiniment de leur majorité dans le but d'obliger l'actionnaire minoritaire à quitter la société « *mais en bradant ses titres* »<sup>297</sup>. Ainsi, le droit de retrait qui n'est pas automatiquement exercé par les minoritaires ne permet pas tous azimuts de résoudre le problème lié au mauvais comportement du dirigeant. Par ailleurs, ce droit peut laisser perdurer un conflit qui aurait pu trouver une solution par la révocation judiciaire.

---

<sup>294</sup> Schmith (D.), *Les conflits d'intérêts dans les sociétés anonymes*, op. cit.

<sup>295</sup> *Ibidem*.

<sup>296</sup> Cf. Azencot (M.), *L'intervention du juge dans la gestion des sociétés commerciales*, op. cit., p.217.

<sup>297</sup> Actes du colloque de Deauville, « L'échange des consentements », *RJ com.* 1995, numéro spécial, p.86.

Ainsi donc, allant dans le même sens qu'une partie de la doctrine, nous pensons que ces arguments ne permettent pas de justifier le refus de l'exclusion judiciaire dans la SA. C'est ce qui semble expliquer l'évolution jurisprudentielle en France.

### *b. L'évolution jurisprudentielle en France*

**73. Une révocation judiciaire fondée sur la cause légitime.** Après une longue période d'hésitation, les juges français se sont prononcés en faveur de la révocation des dirigeants sociaux dans les formes sociales autres que la SARL. De plus en plus, en l'absence de texte et de clauses statutaires prévoyant la possibilité d'une révocation judiciaire, les juges n'hésitent plus à mettre fin aux fonctions d'un administrateur lorsqu'il existe une cause légitime ou lorsque le fonctionnement de la société est menacé. Cette menace peut avoir pour origine une importante crise entre un ou plusieurs actionnaires et un actionnaire qui occupe la fonction de dirigeant social et dont la révocation est impossible du fait de l'absence de majorité exigée pour y procéder. C'est en effet ce qui a été décidé par les juges dans l'arrêt du 08 février 2005<sup>298</sup> suivi de l'arrêt du 30 avril 2019<sup>299</sup>. En l'espèce, les juges ont clairement précisé que *« dès lors qu'elle n'est pas expressément autorisée par les dispositions légales régissant les modalités de fonctionnement d'une société par actions simplifiées, à défaut d'avoir été prévue par les statuts de la société, la révocation des dirigeants de la SAS Ping et Pong ne peut en principe être prononcée judiciairement, sauf lorsque aucune décision ne peut être prise par l'organe désigné par les statuts et qu'il existe une cause légitime à la révocation d'un dirigeant »*. La révocation judiciaire des dirigeants sociaux pour cause légitime se trouve ainsi généralisée. Il s'agit d'une solution intermédiaire qui *« d'un côté en effet, constitue une garantie certaine pour le dirigeant puisqu'il implique un contrôle de la motivation par le juge sans compter que le recours à la justice limite, sans aucun doute, l'usage intempestif d'une telle sanction par les associés. (...) De l'autre côté, il reste toujours la possibilité d'agir en justice sur ce fondement lorsque la révocation du dirigeant s'avère nécessaire »*<sup>300</sup>. La mission du juge consiste à apprécier la cause légitime invoquée par le ou les demandeurs. Toutefois, la cause légitime est une notion déterminante qui peut remettre en cause la volonté des actionnaires clairement exprimée dans les statuts. C'est ce qui ressort de l'arrêt de la Cour d'appel du 4 juin 2015<sup>301</sup>. Dans cette affaire,

<sup>298</sup> V. Cass. com., 8 févr. 2005, *RJDA*, 2005, p.494, n°582.

<sup>299</sup> Cf. CA limoges, 30 avril 2019, n°18/01008.

<sup>300</sup> V. De Laender (M.-H.), « La révocation des dirigeants sociaux », *Dr. sociétés*, n°5, mai 2000, chron. 9, n°18.

<sup>301</sup> V. CA Grenoble. 4 juin 2015, n°12/01891.

la Cour d'appel de Grenoble a prononcé la révocation d'un dirigeant de la SAS en dépit des clauses statutaires qui organisaient une révocation des directeurs généraux uniquement par les actionnaires. En effet, pour éviter toute intervention judiciaire abusive, le juge devrait justifier la révocation judiciaire par la préservation de l'intérêt social. L'extension par les juges français de la révocation des dirigeants sociaux à toutes les formes sociales devrait inspirer les juges africains ainsi que le législateur en droit de l'OHADA.

*c. L'extension souhaitable de la révocation judiciaire aux dirigeants des autres formes sociales*

74. Pratiquement, de nombreuses raisons peuvent justifier le souci de consacrer la révocation judiciaire du dirigeant social dans les autres formes sociales ( $\alpha$ ). Au regard de l'utilité<sup>302</sup> de la procédure, le juge pourrait trouver les fondements de son action dans le comportement du dirigeant ( $\beta$ ).

*a. Les raisons de l'extension*

75. **La protection des associés minoritaires ou égalitaires.** Par le biais de la révocation judiciaire, tout associé, en dépit des conditions préalablement fixées<sup>303</sup>, pourrait avoir la possibilité de demander au juge de mettre fin aux missions d'un gérant devenu dangereux pour le bon fonctionnement de la société. La révocation judiciaire constitue un frein au pouvoir absolu du gérant majoritaire<sup>304</sup>. En effet, dans certaines situations, le gérant majoritaire est « *inamovible* »<sup>305</sup> parce que les associés minoritaires ou égalitaires

<sup>302</sup> CA de Paris, (pôle 05 ch.08), 29 nov. 2016, n°16/06010, P.c/L.G., *Rev. Sociétés*, 2017, p. 294, note Lecourt (A.).

<sup>303</sup> CA Paris, 26 mai 2000, *RJDA* n°2/2001, n°174, p.168-169 ; *JCP E*, Pan. En l'espèce, la Cour a apporté « *un formalisme supplémentaire en jugeant que l'action en révocation du gérant, affectant le fonctionnement même de toute la société, impliquait que soient mis en cause tous les associés. L'action en révocation introduite par l'associé minoritaire fut donc déclarée irrecevable en l'absence d'une mise en cause des autres associés, même si la société elle-même représentée par son dirigeant assignée ès qualités, fut mise en cause* ».

<sup>304</sup> Azencot (M.), *L'intervention du juge dans la gestion des sociétés commerciales*, op. cit., p.218. L'auteur constatant les insuffisances de la révocation *ad nutum* relève que « (...) alors surtout que la révocabilité *ad nutum* qui peut paraître comme une garantie suffisante contre les mauvais administrateurs est tout à fait illusoire pour la minorité puisque par hypothèse, celle-ci ne peut pas en faire usage ».

<sup>305</sup>V. Nemoz-Rajot (Q.), *Les interventions judiciaires spécifiques au droit des sociétés in bonis*, op. cit., p.268, n°373 et s.

n'obtiendront jamais<sup>306</sup>, lors du vote en assemblée, le nombre de voix requises pour son éviction. Par conséquent, les conflits entre cogérants<sup>307</sup> sont inévitables dans la mesure où, il est techniquement difficile pour les associés minoritaires, de l'exclure. Dans ces conditions, la révocation judiciaire est une solution salutaire, car elle « offre ainsi une alternative à la révocation par les associés qui, si elle participe des idées démocratiques qui traversent le droit des sociétés, trouve sa limite dans ces mêmes idées dès lors que le vote du gérant sur sa propre révocation est protégé »<sup>308</sup>. Il s'agit en effet d'« une soupape de sécurité qui permet de contrecarrer l'inamovibilité de fait du gérant majoritaire ou du gérant égalitaire »<sup>309</sup> du dirigeant social. La révocation judiciaire empêchera l'irrévocabilité des dirigeants sociaux<sup>310</sup>. Il est vrai, cette mesure permettrait à la base de protéger les droits des associés minoritaires<sup>311</sup> et ceux des associés égalitaires, mais c'est le bon fonctionnement de la société qui est recherché. Une mauvaise gestion ou une mésentente entre associés peut conduire au dysfonctionnement de la société, voire à sa dissolution.

**76. La révocation judiciaire, une mesure complémentaire.** La révocation judiciaire est une mesure qui comble les insuffisances de l'administration provisoire. C'est dans ce sens qu'une partie de la doctrine a fait constater que « les deux mesures, administration judiciaire et révocation, apparaissent donc plus complémentaires que concurrentes : il n'est pas exclu que le prononcé d'une révocation en justice débouche sur la désignation d'un administrateur, dans l'attente de la nomination d'un remplaçant au dirigeant révoqué »<sup>312</sup>. Ce constat a été fait à la suite des propos tenus par un auteur<sup>313</sup> qui voit en la révocation judiciaire une mesure judiciaire de trop. Ce dernier soutient l'idée selon laquelle la révocation judiciaire aurait des effets « proches »<sup>314</sup> de ceux de l'administration provisoire. En effet, la décision du juge qui nomme l'administrateur provisoire pourrait en même temps dessaisir les organes de direction en place<sup>315</sup>. Nous ne sommes pas favorables à cette idée parce que la demande de révocation judiciaire n'a ni les mêmes conditions que celle de l'administration provisoire, ni les mêmes

<sup>306</sup> *Ibidem*. L'auteur relève que « le soutien absolu et borné accordé par le ou les associés majoritaires à un dirigeant peut également conduire à un blocage rendant ce dirigeant intouchable pour les minoritaires » ; Saintourens (B.), « La révocation des dirigeants sociaux dans l'actualité jurisprudentielle », *op. cit.*, p.687.

<sup>307</sup> CA Paris, 8 nov. 1996, *Bull. Joly* 1997, p.213, note Lesguillier (G.).

<sup>308</sup> *Ibidem*.

<sup>309</sup> Cf. Cozian (M.), A. Viandier (F), Deboissy (Fl.), *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 608, n°1515.

<sup>310</sup> Cf. De Laender (M.-H.), « La révocation des dirigeants sociaux », *op. cit.*, n°18.

<sup>311</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup> chbre., 12 mars 2014, n°13-14.374, A. c/ De Menthon, *Rev. sociétés*, 2014, p.391, note sous Barbiéri (J.-F.). Cette protection effective dans la SARL peut être étendue à la SA.

<sup>312</sup> Cass. civ. 12 mars 2014, *op. cit.*, p.394, n°6.

<sup>313</sup> V. Guyon (Y.), *Traité des contrats, Les sociétés*, *op. cit.*, p. 59, n°30.

<sup>314</sup> Cass. com., 18 févr. 2014, *Dalloz*, 2014, p.764.

<sup>315</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup> chbre., 25 oct. 2006, *Dalloz* 2006, p. 2792, obs. Lienhard (A.).

effets. Le juge ne peut nommer un d'administrateur provisoire que parce que le fonctionnement de la société est rendu difficile. Ses conditions sont par conséquent plus significatives que celles de la révocation judiciaire qui, *a contrario*, peut se faire même lorsque la société fonctionne normalement. Par ailleurs, les effets de la procédure de l'administration provisoire peuvent varier du dessaisissement partiel du dirigeant au dessaisissement total de ce dernier. En revanche, la révocation judiciaire suppose le dessaisissement total du dirigeant. Comme le souligne à juste titre un commentateur, « *l'étendue du dessaisissement des organes sociaux dépend des pouvoirs dévolus à l'administrateur par la décision qui le nomme : un complet dessaisissement est rarissime* »<sup>316</sup>. De même, alors que les dirigeants sociaux sont susceptibles de reprendre leurs fonctions à la fin de la mission de l'administrateur, le dirigeant révoqué ne l'est pas.

**77. La révocation judiciaire, une mesure palliative.** La consécration de la révocation judiciaire dans les SA pourrait permettre de pallier l'insuffisance de l'abus de majorité. Certes l'abus de majorité est un élément sur lequel se fonde les juges pour sanctionner les associés majoritaires. Mais cette sanction n'est pas toujours possible lorsque le dirigeant est un associé majoritaire<sup>317</sup> car il peut s'opposer à la décision de sa révocation. Il est évident que dans ce cas, le dirigeant ne peut pas participer à son éviction. Et comme l'ont relevé certains auteurs, le dirigeant majoritaire peut « *contester son vote sur le fondement de l'abus de majorité, action très lourde et difficile mais néanmoins possible en établissant que le maintien en fonction est contraire à l'intérêt social, qu'il vise à défendre l'intérêt du majoritaire obstiné* »<sup>318</sup>. A ce stade de la société, il serait très difficile de regrouper tous les éléments nécessaires servant à justifier un abus de majorité, notamment la contrariété à l'intérêt social<sup>319</sup>. En revanche, il serait plus facile de prouver une mauvaise gestion du dirigeant ou une faute commise par ce dernier qui est une cause légitime pouvant servir de fondement à l'intervention du juge. Certes, il n'est pas permis au juge d'intervenir tous azimuts dans la gestion de la société commerciale, encore moins de porter atteinte à la fonction d'un organe social en ce qui concerne les SA, car il s'agit en effet de la chasse gardée des organes sociaux<sup>320</sup>. Et pourtant, au regard des arguments précédemment évoqués, il semble que la révocation judiciaire soit une mesure nécessaire autant

<sup>316</sup> Cass. civ. 12 mars 2014, *op. cit.*, p.394, n°6

<sup>317</sup> CA Paris, 20 nov. 1980, *Rev. Sociétés*, 1981, p. 593, note Le Cannu (P.).

<sup>318</sup> V. Schiller (S.) et Fabre (H.), « La protection de la société contre l'état de vulnérabilité de son dirigeant », *JCP N*, 2012, 1393, n°9.

<sup>319</sup> V. Mestre (J.), « Réflexions du juge dans la vie des sociétés », *op. cit.*, n°4, p. 85.

<sup>320</sup> Cf. Thomas (V.), *Sociétés et procédure civile*, LexisNexis, coll. Droit et Professionnels, 2014, p.292, n°620, préface de Le Cannu (P.).



dans les autres formes sociales que dans les SA. Le juge pourrait trouver de nombreux fondements à son intervention.

### ***β. Les fondements possibles de la révocation judiciaire***

**78. La cause légitime en présence d'une faute.** En référence à l'article L. 223-25<sup>321</sup> du code de commerce français qui fonde la révocation judiciaire du gérant sur l'existence d'une cause légitime, nous pensons qu'elle pourrait également constituer le fondement de la révocation judiciaire au sein de la SA en droit OHADA. Le dirigeant social est un mandataire à qui les associés ont mis toute leur confiance. Par ailleurs, ses pouvoirs sont clairement définis soit par la loi, soit par les associés dans les statuts. La rupture du lien de confiance qui existe entre les associés et le dirigeant devrait, à la suite d'une faute commise par ce dernier, entraîner sa révocation. Ainsi, la faute du dirigeant peut constituer la cause légitime ouvrant droit à sa révocation judiciaire. La cause légitime n'a pas été définie par le législateur français. Pour autant, dans de nombreuses affaires, les juges se sont étendus sur la question en essayant de la circonscrire à des situations exceptionnelles<sup>322</sup>. Ainsi, le dirigeant qui ne respecte ni ses obligations légales<sup>323</sup>, ni ses obligations contractuelles<sup>324</sup> commet une faute qui pourrait entraîner sa révocation judiciaire à la suite de la demande faite par un associé.

**79. La cause légitime en l'absence de faute.** Cependant il se pose la question de savoir si le juge peut révoquer un dirigeant qui a commis une faute détachable de ses fonctions ? La Troisième Chambre civile a répondu à cette interrogation par la négative<sup>325</sup> et cette position est approuvée par un auteur<sup>326</sup> qui pense qu'il s'agit d'une très brève, pour ne pas dire brutale censure. Or, il nous semble que le but recherché par les juges en pareil cas est non seulement la garantie des droits des associés isolés ou minoritaires, mais aussi et surtout leur compatibilité

<sup>321</sup> Cass. com., 10 juill. 2007, *Bull Joly*, 2007, 1337, note Saintourens.

<sup>322</sup> Cf. Guengant (A.), De Vendeuil (S.), Davonet (D.) et Engel (P.), *Juge et droit des sociétés en 70 thèmes*, op. cit., p. 212, n°62.

<sup>323</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 29 janv. 2014, *RJDA*, 5/14, n°450 ; *Rev. Sociétés*, 2015, p. 93, note Dondero (B.).

<sup>324</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 24 sept. 2003, *JCP E*, 2004, 29, n°8, obs. Caussains (J.-J.), Deboissy (F.) et Wicker (G.).

<sup>325</sup> Cass. com., 20 mai 2003, *Rev. Sociétés*, 2003, p.479, note Barbièri (J.-F.) ; *RTD com.* 2003, p.523, obs. J.-P. Chazal et Y. Reinhard Document InterRevue ; *Bull. Joly*, 2003, p. 786, § 167, note H. Le Nabasque ; *JCP*, 2003, II. P. 10178, note St. Reifegerste ; *JCP E*, 2003, p. 1203, n° 2, obs. Caussain (J.-J.), Deboissy (F.) et Wicker (G.) ; *JCP*, 2004, I. 101, n° 21, obs. Viney (G.) ; *LPA*, 2003, n° 223, p. 13, note Messaï (S.) ; *Bull. Lamy Sociétés* sept. 2003. 1, note Grossi (I.) ; *Dr. sociétés* 2003, comm. n° 148, note Monnet (J.) ; *Banque et Droit*. sept.-oct. 2003. 64, obs. Storck (M.) ; *Defrénois* 2003. 1067, chron. Maleville-Costedoat (M.-H.) ; *RJDA*, 2003, n° 842, et p. 717, avis Viricelle (R.).

<sup>326</sup> Cass. com., 12 mars 2014, n°13-14.374, *Rev. Sociétés*, 2014, p. 391, note Barbièri (J.-F.).

avec l'intérêt de la société. En outre, un auteur a défini la cause légitime de révocation comme « *tout fait, tout évènement, toute circonstance incompatible avec une poursuite de la mission de gérant dans l'intérêt de la société* »<sup>327</sup>. De cette définition, il ressort que la faute caractérisée n'est pas la seule caractéristique de la cause légitime, ce qui donne une ampleur aux interventions judiciaires<sup>328</sup>. Ainsi, le juge pourrait même en l'absence de faute apprécier si l'acte du dirigeant peut constituer une cause de révocation ou pas<sup>329</sup>, dès lors qu'il constate que l'acte du dirigeant ou son comportement menace l'intérêt social.

**80. La non-conformité de l'acte à l'intérêt social.** Dans le contexte de la SARL, de nombreux auteurs<sup>330</sup> y compris la jurisprudence<sup>331</sup> ont admis que la cause pourrait éventuellement résulter d'un acte non fautif du dirigeant. Ainsi, la révocation judiciaire se justifierait par la non-conformité de l'acte à l'intérêt social. Nous pensons que cette conception pourrait également s'appliquer dans le contexte de la SA en droit de l'OAHADA, dans la mesure où l'intérêt social est le but vers lequel doivent être orientés les actes du dirigeant social. Dans une affaire, les juges ont énuméré certains actes du dirigeant pouvant renvoyer à la cause légitime. Il s'agit notamment de la violation des règles légales ou statutaires, du manquement aux obligations du mandat social, de la mauvaise gestion de nature à compromettre l'intérêt social ou encore de la perte de confiance des associés lorsqu'elle est justifiée par une situation objective<sup>332</sup>. En l'espèce, de nombreuses causes de révocation avaient été évoquées, notamment l'absence de communication des documents sociaux, la convocation tardive des associés aux assemblées, la négociation le 18 juin 2004 d'un prêt initial de la BNP en ayant consenti au Crédit Mutuel un nantissement du fonds de commerce et une hypothèque sur le bien immobilier, sans l'accord des associés, pourtant exigé par les statuts. Il reviendra au juge d'apprécier la cause légitime à l'aune de l'intérêt social.

<sup>327</sup> Cass. com., arrêt du 12 mars *op. cit.*, p.393, n°5.

<sup>328</sup> Cf. Nemoz-Rajot (Q.), *Les interventions judiciaires spécifiques au droit des sociétés in bonis*, *op. cit.*, p. 274, n°381. L'auteur relève que cette extension des motifs de cause légitime « *renforce l'utilité et l'attractivité des révocations judiciaires* ».

<sup>329</sup> Cf. Le Cannu (P.) et Dondero (B.), *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 359, n°495. Les auteurs pensent que le juge, dans son appréciation de la cause légitime, peut aller « *un peu plus loin en justifiant la révocation par l'intérêt social* », ce qui permet de prendre en considération des motifs non fautifs.

<sup>330</sup> À l'instar de Adom (K.), « La révocation des dirigeants de sociétés commerciales », *op. cit.*, p. 510, n°25, cet auteur pense qu'« *il n'est pas excessif d'affirmer que seule la préservation de l'intérêt social devrait être l'objectif poursuivi par la révocation* ».

<sup>331</sup> CA Paris, 15<sup>e</sup> ch., sect. B, 4 févr. 1997, *Dr. Sociétés*, 1997, comm. 177, note Bonneau (T.) ; CA Aix-en-Provence, 8<sup>ème</sup> ch., 9 juill. 1982, *Bull. Joly Sociétés*, 1984, p.63.

<sup>332</sup> CA Paris, 17 mars 2015, n°14/07179, ch. 8, p.5, disponible sur <https://www.doctrine.fr/>, consulté le 24/06/17.

**81. Le double objectif de la révocation judiciaire.** L'objectif visé par la révocation judiciaire est double. Elle vise non seulement la sanction du dirigeant social, mais également la protection et la sauvegarde de l'intérêt de la société<sup>333</sup>. La raison en est évidente : tout fait, même non fautif, qui affecte l'exécution efficace de la mission du gérant en entravant son action doit être réputé porter atteinte à l'intérêt social, car le principal objectif du dirigeant est la satisfaction de cet intérêt doublée de la réalisation de l'objet social. Dès lors, il serait absurde de maintenir en fonction un gérant qui n'est plus en mesure, à la suite de l'intervention de facteurs internes ou externes et bien que n'ayant commis aucune faute, d'effectuer tous les actes de gestion exigés par l'intérêt de la société. Ce constat pourrait être également fait au sujet du commissaire aux comptes dont l'éviction semble difficile.

## B. L'éviction difficile du commissaire aux comptes

**82. L'indépendance du commissaire aux comptes.** L'indépendance des commissaires aux comptes vis-à-vis de la direction de la société a été pendant longtemps sujette à réflexion. Parce que ces organes sont nommés par l'assemblée générale, ils étaient traditionnellement considérés comme « *des mandataires des actionnaires* »<sup>334</sup>. Par conséquent, il était difficile, voire délicat pour eux, de remettre en question les actes et décisions de leurs mandants. Au fil des législations<sup>335</sup> et de la jurisprudence<sup>336</sup>, cette idée fût très vite remise en cause<sup>337</sup> laissant ainsi place à une récusation ou à une révocation<sup>338</sup> judiciaire. Cependant les pouvoirs du juge n'ayant pas été définis, sa mission est difficilement mise en œuvre. Celle-ci consiste à

<sup>333</sup> CA Niamey, n° 142, 24 déc. 2003, www.ohada.com, Ohadata J-04-75.

<sup>334</sup> V. Ripert (G.), Roblot (R.), *Traité de droit des affaires, op. cit.*, p. 531, n°2275,

<sup>335</sup> V. Ripert (G.), Roblot (R.), *Traité de droit des affaires, op. cit.*, p.529, n°2274, Du Pontavice, Le commissariat aux comptes dans les lois du 24 juillet 1966 et 4 janvier 1967, Etudes à la mémoire de Cabrillac (H.), 1968, p.377 ; Mabilat, « Le nouveau statut professionnel des commissaires aux comptes », *Rev. Sociétés*, 1970, p.1 ; Contin, Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes, 1975 ; Sayag et Palmade, « Le commissariat aux comptes en proie aux réformes », *Rev. Sociétés* ; 1985, p.339 ; Fénéon (A.), *Droit des sociétés en Afrique, op. cit.*, p.387 et s., n°760, V. Goncalves, « Commissaires aux comptes : le nouveau régime issu de la réforme de l'acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et aux groupement d'intérêts économiques », *Penant* n°887, p. 244.

<sup>336</sup> CA Paris, 26 juin 1943, Dalloz, 1945, p.151, note Ripert. Dans cette affaire, les juges avaient décidé que les commissaires aux comptes ne pouvaient pas être révocable *ad nutum*.

<sup>337</sup> Les commissaires aux comptes sont certes nommés par les associés, mais ils ne leurs revient pas de mettre fin, de façon prématurée, à leurs fonctions. La fin de leur mission ne répond pas au principe du parallélisme des formes prévu dans le cadre de la révocation des dirigeants sociaux.

<sup>338</sup> Si sur le plan procédural la révocation et la récusation sont des techniques d'éviction quasiment identiques au regard de la forme et des délais de leur procédure (cf. art. 732, 733 et 734 de l'AUDSCGIE), elles demeurent conceptuellement différentes. En effet, l'action en récusation obéit aux dispositions de l'art. 730 al. 1 et 2 de l'AUDSCGIE. Sa mise en œuvre ne peut se réaliser que dans un temps très court à partir de sa désignation. Or la révocation, quant à elle, est régie par les dispositions de l'art. 731 du même acte et peut intervenir à tout moment du mandat du commissaire aux comptes.

rechercher les fondements de la récusation du commissaire aux comptes (1) ou à définir les critères de caractérisation de la faute du commissaire qui a été mentionnée de façon évasive dans les textes (2).

### ***1. La recherche du fondement de la récusation du commissaire aux comptes***

**83.** En référence à la jurisprudence française, le juge a jadis fondé la récusation sur l'opposition entre actionnaires (a). Mais à la suite de la jurisprudence et de la doctrine, on pourrait admettre que cette récusation est désormais fondée sur les justes motifs (b).

#### ***a. Une récusation jadis fondée sur l'opposition entre actionnaires***

**84. L'article 730 de l'AUDSCGIE.** La récusation est une procédure par laquelle les fonctions du commissaire aux comptes prennent prématurément fin quelques temps après sa désignation<sup>339</sup>. Elle permet de ne pas faire entrer dans la société un commissaire dont l'indépendance est douteuse<sup>340</sup>. L'article 730 de l'AUDSCGIE qui consacre la récusation du commissaire aux comptes dans les SA, ne précise pas ses fondements. Selon cet article, « *un ou plusieurs actionnaires représentant le dixième au moins du capital ainsi que le ministère public, peuvent demander en justice la récusation des commissaires aux comptes nommés par l'assemblée générale ordinaire* ». A travers cette disposition, la loi permet au juge lorsqu'il est saisi par un ou plusieurs actionnaires ou par le ministère public, de porter atteinte aux fonctions du commissaire aux comptes par le moyen de la révocation. La récusation a longtemps été considérée comme un mécanisme qui permet au juge de porter atteinte à la souveraineté de l'assemblée générale. Bien plus, elle a été perçue comme une procédure venant rompre avec la règle qui rend définitives toutes nominations effectuées par ladite assemblée, du moment qu'elles ont eu lieu dans le respect des conditions légales. En effet avec la nouvelle loi, il est permis à une minorité d'actionnaires par le biais d'une demande en justice, de mettre un terme

---

<sup>339</sup> V. Poracchia (D.), Merland (L.) et Lamoureux (M.), « Commissaire aux comptes », *Rép. Droit des sociétés*, Dalloz, n° 218 et s. ; Le cannu (P.) et Dondero (D.), *Droit des sociétés*, LGDJ, coll. Domat droit privé, 8<sup>e</sup> éd., 2019, p. 343, n° 518 ; Guengang (A.), De vendeuil (S.), Davodet (D.) et Engel (P.), *Juge et droit des sociétés en 70 thèmes*, Litec, coll. Litec Professionnels, 2008, p. 73.

<sup>340</sup> V. Takafo-Kenfack (D.), « Libres propos sur l'indépendance de l'auditeur légal des sociétés anonymes OHADA », *Rev. ERSUMA, dr. aff., prat. Prof.*, n°6, jan. 2016, disponible sur [www.ohada.org](http://www.ohada.org), consulté le 15/03/19.

aux missions d'un commissaire régulièrement élu par la majorité <sup>341</sup>. À notre avis, cela paraît illogique de penser qu'il s'agit d'une atteinte à la souveraineté de l'assemblée générale. L'intervention du juge est ponctuelle et exceptionnelle, il vient résoudre un problème qui pourrait empêcher le fonctionnement normal de la société et auquel les associés ne peuvent pas mettre un terme. Le problème devrait se poser sur un autre terrain, celui de l'absence de précision des motifs de la récusation. En effet, le législateur a confié le pouvoir de récusation au juge sans toutefois déterminer le fondement de son intervention.

**85. La position du juge dans l'arrêt du 9 mai 1969.** Dans l'affaire du 9 mai 1969<sup>342</sup>, la société connaissait une crise très grave qui avait abouti à une demande en dissolution de la société. Parallèlement, celle-ci avait subi un contrôle fiscal avec pour conséquence la démission des commissaires aux comptes dont le remplacement créa un conflit entre les actionnaires. En effet, l'actionnaire minoritaire s'opposait à la décision de nomination du nouveau commissaire aux comptes au motif qu'il n'avait pas été régulièrement convoqué à l'assemblée générale au cours de laquelle avait été nommé ledit commissaire. L'associé minoritaire demanda au juge la révocation du nouveau commissaire aux comptes sous prétexte qu'il n'était pas agréé. Or, la société reprochait au minoritaire le fait de n'avoir pas d'arguments sérieux permettant de soutenir sa demande. Les arguments du minoritaire ne remettaient pas en cause la compétence du commissaire, encore moins son honorabilité. Contre toute attente, le président du tribunal fit droit à la demande de récusation en invoquant deux arguments. D'une part, le juge releva le caractère irrégulier de l'assemblée générale au cours de laquelle avait été désigné le commissaire aux comptes. L'irrégularité était due à l'absence de convocation de l'associé minoritaire à ladite assemblée. D'autre part, il reprocha à la société de n'avoir pas désigné un commissaire agréé. Certes, il n'opposa pas au commissaire désigné une quelconque incompétence mais il précisa tout de même que les commissaires aux comptes agréés sont reconnus par leur compétence et leur professionnalisme. Le juge souligna que conformément à la réglementation en vigueur, « (...) *les actionnaires peuvent fonder leur demande sur une irrégularité de la nomination du commissaire aux comptes, son incapacité, son défaut de qualité de commissaire inscrit, sur n'importe quel motif permettant de suspecter l'objectivité des commissaires ou encore sur des considérations de fait tenant à l'accomplissement de son mandat, ce libéralisme étant limité par le pouvoir d'appréciation du juge* ». Toujours dans l'optique de motiver sa décision, le président du tribunal ajouta que les commissaires « *doivent*

<sup>341</sup> V. Bastian (M. D.), « La réforme du droit des sociétés par actions », *JCP*, 1968, p. 2183, n° 591 et s.

<sup>342</sup> TC de Paris, 9 mai 1969, *Gaz. Pal.*, 1969, I.

*jouir d'une totale indépendance et d'un juste équilibre dans leurs pouvoirs et ne doivent être ni les instruments d'une majorité abusive, ni le refuge d'une minorité suscitant des dissensions » ; car, « ils sont donc l'organe supra-social de contrôle au profit de tous les associés ». La décision du juge dans cette affaire nous semble inopportune. La position occupée par le président du tribunal laisse subsister une interrogation. La seule opposition d'avis entre les actionnaires permettrait-elle au juge de récuser un commissaire aux comptes, quand bien même aucun reproche répondant aux critères subjectifs du mis en cause ne lui serait adressé ? La réponse à cette question ne peut être que négative. La décision de récusation du commissaire aux comptes ne saurait être prise à la suite de l'opposition de l'associé minoritaire fondée sur sa non-participation à l'assemblée générale ayant décidé de ladite nomination. Le motif de révocation devrait tirer ses origines du comportement du commissaire aux comptes.*

### ***b. Une récusation désormais fondée sur le juste motif***

**86. Les motifs tenant à la personne du commissaire.** En effet, le juge ne peut se fonder que sur des motifs tenant à la personne du commissaire aux comptes pour décider de sa révocation. Cette règle a été rappelée dans un arrêt de la Cour d'Appel de Paris en date du 11 juillet 1969<sup>343</sup>. En l'espèce, la Cour infirma l'ordonnance du président du tribunal du 09 mai 1969 sus évoqué en précisant que le juge ne pouvait révoquer le commissaire aux comptes que lorsque les preuves permettant de suspecter sérieusement sa compétence, son honorabilité, son impartialité ou son indépendance à l'égard de la majorité qui l'a désigné étaient établies<sup>344</sup>. La fonction de commissaire aux comptes requiert une certaine attaché à la fonction<sup>345</sup>. C'est pour cette raison que la compétence, l'impartialité et l'indépendance<sup>346</sup> sont les qualités exigées lors de la nomination de cet organe. Ces qualités sont le signe de l'efficacité de sa mission de

---

<sup>343</sup> CA Paris, 11 juillet 1969, *Dalloz* 1969, p.519.

<sup>344</sup> V. Muka Tshibende (L.-D.), *L'information des actionnaires, source d'un contre-pouvoir dans les sociétés anonymes de droit Français et du périmètre OHADA*, disponible sur <http://books.openedition.org>, consulté le 10/04/2018.

<sup>345</sup> Cf. AFECAC, *Synthèse des travaux du séminaire international sur le « rôle du commissaire aux comptes dans la gouvernance de l'entreprise dans l'espace OHADA »*, disponible sur le site [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté le 29/06/2017 ; Bybi (Ch.), *Statut professionnel et responsabilité du commissaire aux comptes au Cameroun*, Ed. *Dianoïa*, 2013, p.21 s. ; Kling (D.), « Le rôle des commissaires aux comptes », *REF*, 1997, vol 4, p. 87 et s. ; Guyon (Y.) et Coquereau (G.), « Le commissariat aux comptes ; aspects juridiques et techniques », *Revue de la compagnie* 1971, p.11 et s.

<sup>346</sup> V. Kenmogne Simo (A.), *Le mandat du contrôleur légal des comptes en zone OHADA*, *RDBF* n°1, janvier 2017, étude 3.

contrôle, par conséquent, il semble logique que le défaut de ces qualités ou leur disparition soit un motif de la remise en cause anticipée de leur mandat.

**87.** Certes, le législateur de l'OHADA n'a pas fait référence, de façon expresse, à la notion de juste motif pour fonder l'intervention judiciaire en matière de récusation du commissaire aux comptes. Mais, il ressort implicitement de l'article 730 al. 2 de l'AUDSCGIE que le juge peut fonder sa décision de révocation sur la présence de juste motif lié à la personne du commissaire. En plus, la jurisprudence suivie par la doctrine en ont fait un fondement<sup>347</sup>. En effet, le terme « *s'il est fait droit à leur demande* »<sup>348</sup> utilisé par le législateur, donne au juge le pouvoir d'apprécier la pertinence des raisons invoquées par l'auteur de la demande. Et, pour que ces raisons puissent justifier la demande, il faudra qu'elles soient « *des circonstances permettant de suspecter le commissaire de quelques imperfections* »<sup>349</sup>. Il s'agira par exemple des conditions dans lesquelles le commissaire a exercé ses fonctions antérieures. Malgré tout, il serait souhaitable que la notion de juste motif soit expressément contenue dans les dispositions de l'article 730 de l'AUDSCGIE. Cela pour éviter la divergence d'appréciation judiciaire que connaît la notion de faute dans le cadre de la révocation du commissaire aux comptes.

## ***2. La divergence d'appréciation de la notion de faute en cas de révocation du commissaire aux comptes***

**88.** En matière de révocation du commissaire aux comptes, il existe une divergence d'appréciation de la notion de faute commise par cet organe. Certains critères sont contenus dans l'article 731 de l'AUDSCGIE (a) et d'autres sont d'origine jurisprudentielle (b).

---

<sup>347</sup> Cf. Anoukaha (F.), Abdoulaye (C.), Ndiaw (D.) et al., *OHADA, Sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique*, Bruylant, coll. DUA, 2002, p. 453-454 ; Takafo-Kenfack (D.), « Libres propos sur l'indépendance de l'auditeur légal des sociétés anonymes OHADA », *op. cit.*

<sup>348</sup> Cf. art. 730 al. 2 de l'AUDSCGIE.

<sup>349</sup> Cf. Guengang (A.), De vendeuil (S.), Davodet (D.) et Engel (P.), *Juge et droit des sociétés en 70 thèmes, op. cit.*, p. 73, n° 2.

### a. Le contenu de l'article 731 de l'AUDSCGIE

**89. Révocation et relèvement.** L'article 731 de l'AUDSCGIE dispose que « *un ou plusieurs actionnaires représentant le dixième au moins du capital, le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, l'assemblée générale ordinaire ou le ministère public peuvent demander en justice la révocation du commissaire aux comptes en cas de faute ou en cas d'empêchement* ». En revanche, l'article 823-7 du code de commerce français dispose quant à lui que, « *en cas de faute ou d'empêchement, les commissaires aux comptes peuvent, dans les conditions fixées par décret du conseil d'Etat, être relevés de leurs fonctions avant l'expiration normale de celles-ci, sur décision de justice, à la demande de l'organe collégial chargé de l'administration, de l'organe chargé de direction, d'un ou plusieurs actionnaires ou associés représentant au moins 5% du capital social, du comité d'entreprise, du ministère public (...)* ». Ces différentes dispositions donnent le pouvoir au juge de décider de la mise à l'écart du commissaire aux comptes. Il est important de souligner que, bien que visant le même objectif, les termes employés pour fonder l'intervention du juge sont différents en droit français et en droit de l'OHADA. Alors que le législateur de l'OHADA emploie le terme « *révocation* », son homologue français préfère le terme « *relèvement* ». Le « *relèvement* » et la « *révocation* » traditionnellement utilisés par le législateur français sont-ils des termes distincts ? Une partie de la doctrine<sup>350</sup> a soutenu l'idée selon laquelle la notion de « *relèvement* » serait utilisée à des fins d'adoucissement car elle permettrait de modérer les conséquences du départ forcé du commissaire aux comptes. D'avis avec un auteur, il nous semble que cette distinction n'a pas lieu d'être dans la mesure où, « *il est parfaitement possible d'obtenir la révocation de dirigeants sociaux* »<sup>351</sup> lorsque celle-ci a été demandée par le titulaire de l'action.

**90. Les titulaires du droit de révocation.** Lorsque le juge est saisi d'une demande en révocation, il doit vérifier que les conditions relatives à la mise en œuvre de cette procédure ont été respectées. Le législateur de l'OHADA au même titre que son homologue français a étendu le champ des titulaires du droit de révocation<sup>352</sup>. Ainsi, la révocation peut être demandée par un ou plusieurs actionnaires. Toutefois, l'ouverture de la demande de révocation aux

<sup>350</sup> Le Cannu (P.) et Dondero (B.), *Droit des sociétés, op. cit.*, p.375, n°521 ; Y Guyon, Actualisé par B. François, « Commissaires aux comptes-statut et conditions générales d'exercice du contrôle », *JCL. Sociétés*, fac. 134-10, n°141. Ces auteurs pensent qu'il y'a lieu de faire une distinction entre la révocation et le relèvement. Car le relèvement désigne une procédure judiciaire contrairement à la révocation qui ne devrait d'ailleurs plus être utilisée.

<sup>351</sup> V. Nemoz-Rajot (Q.), *Les interventions judiciaires spécifiques au droit des sociétés in bonis, op. cit.*, p.291, n°405.

<sup>352</sup> Dans le cadre de la révocation, les titulaires du droit de révocation sont plus nombreux que ceux de la récusation.



organes d'administration et de direction pose le problème de la saisie du juge. Parce qu'ils n'ont pas de personnalité juridique, il leur est en effet interdit de saisir le juge en leurs noms propres. D'ailleurs, dans une affaire du 03 octobre 2006, la Cour de cassation a rejeté la décision rendue par la Cour d'appel<sup>353</sup> en lui rappelant que « *si le conseil d'administration a qualité pour décider le relèvement du commissaire aux comptes de la société, l'action en justice doit être introduite par le représentant légal de la société car le conseil ne dispose pas de la personnalité morale* »<sup>354</sup>. Quoi qu'il en soit, le juge lorsqu'il est saisi doit rechercher l'existence de la faute au milieu des nombreux critères évoqués au sein de la jurisprudence.

### *b. Les critères de la faute évoqués par les juges*

**91. Les fondements de la révocation du commissaire aux comptes.** Le juge peut prononcer la révocation du commissaire aux comptes soit pour faute, soit en cas d'empêchement. Les cas d'empêchements du commissaire n'étant pas complexes, ce motif de révocation ne pose à priori pas de difficulté. Les interventions judiciaires sont par conséquent rares, elles ne sont nécessaires que lorsque le commissaire ne démissionne pas<sup>355</sup>. Il s'agit en général d'un évènement entraînant l'impossibilité temporaire ou définitive d'exercice du commissaire, notamment la maladie, l'incompatibilité, la suspension ou la radiation sur la liste des commissaires agréés<sup>356</sup>. Dans ce cas, le rôle du juge est assez simple puisqu'il consiste à la qualification des situations qui paraissent certaines et au remplacement du commissaire défaillant puisque la loi prévoit qu'en cas d'empêchement du commissaire aux comptes, ce dernier est immédiatement remplacé par son suppléant<sup>357</sup>. *A contrario*, les cas de révocations pour faute du commissaire aux comptes posent beaucoup plus de problèmes car la loi ne donne aucune précision ni sur sa définition, ni sur sa nature, encore moins sur la gravité de cette faute. Le législateur a laissé la possibilité au juge d'apprécier l'opportunité de la faute commise par

<sup>353</sup> CA de Toulouse, 2<sup>e</sup> chbre., sect.1, du 13 janvier 2005.

<sup>354</sup> Cf. Fénéon (A.), *Droit des sociétés en Afrique OHADA*, op. cit., p.36 et s., n°93 ; Cass. com., 3 oct. 2006, *Bull. Joly société*, 2007, p.33, n°2, note J-F. Barbiéri ; *Rev. Sociétés*, 2007, p. 117, note Merle (P.).

<sup>355</sup> En principe, en cas d'empêchement du commissaire aux comptes, celui-ci doit présenter sa démission afin d'être remplacé pour que son empêchement ne cause pas un préjudice à la société.

<sup>356</sup> Cf. Guegant (A.), Troussière (P.) et De Vendeuil (S.), *Le rôle du juge dans la vie des sociétés*, op. cit., p. 77, n° 2 ; Mestre (J.), Velardocchio (D.) et Mestre-Chami (A.-S.), *Lamy sociétés commerciales 2015*, op. cit., 2014, n°1322.

<sup>357</sup> Cf. art. 731 de l'AUDSCGIE.

le commissaire et d'en préciser les contours. Cependant, les positions jurisprudentielles en la matière ont contribué à complexifier davantage la notion donnant lieu à de nombreux débats<sup>358</sup>.

**92. La controverse entre les juges.** L'affaire *Beunier c/ Lemoigne et autres* a été le prélude aux controverses doctrinales et jurisprudentielles sur la notion de faute en matière de révocation du commissaire aux comptes. En effet, le président du conseil d'administration d'une SA, après avoir constaté que le commissaire aux comptes avait fait une large utilisation des prérogatives qui lui étaient reconnues dans le cadre de sa mission, avait demandé sa relève. L'attitude du commissaire aux comptes montrait qu'il avait non seulement envoyé vingt-six lettres au président du conseil d'administration en six mois, mais aussi déclenché la procédure d'alerte et saisi le parquet de nombreuses fois aux fins de dénonciation de prétendus faits délictueux. En outre, il s'était opposé à la transformation de la société en SARL par la manifestation de son refus de certifier que le montant des capitaux propres était égal à celui du capital de la société. La Cour d'appel<sup>359</sup> avait fait droit à la demande en la motivant par le fait que le commissaire aux comptes « *avait fait preuve d'une minutie extrême qui avait exaspéré les dirigeants de la société et avait accordé à des lacunes constatées une importance démesurée* ». La Cour avait précisé que l'attitude du commissaire l'avait conduit d'abord à mettre en œuvre sans motifs valables, la procédure d'alerte, ensuite à saisir sans motif valable le procureur de la république et enfin « *à refuser, à tort une attestation de l'article 237* ». La Cour a conclu que l'attitude du commissaire, précisément ces fautes d'appréciations et ses abstentions coupables, auraient rendu intolérable le maintien du lien contractuel pour la société.

Certes, les faits reprochés aux commissaires aux comptes touchaient les domaines les plus délicats de sa fonction de contrôle notamment la prévention des difficultés financières, les relations avec le parquet, le contrôle de la régularité juridique des opérations extraordinaires. Cependant, les hauts magistrats<sup>360</sup> avaient relevé « *qu'en se déterminant par de tels motifs, impropres à établir, eu égard à la mission légale des commissaires aux comptes, que M. Beunier avait, dans ses démarches, agi avec mauvaise foi et avait ainsi commis une faute de nature à justifier sa révocation, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ». Pour eux, le comportement du commissaire aux comptes n'était que « *le reflet d'une extrême*

<sup>358</sup> Cf. Guyon (Y.), Actualisé par François (B.), « Commissaires aux comptes – statut et conditions générales d'exercice du contrôle », *op. cit.*, Charvériat (A.), Couret (A.) et Zabala (B.), *Sociétés commerciales, op. cit.*, p. 1378, n°77752 ;

<sup>359</sup> CA Versailles, 8 févr. 1990, *Rev. sociétés*, 1990, p. 200, n° 292, note Guyon (Y.).

<sup>360</sup> Cass. com., 3 déc. 1991, *Bull. civ. IV*, p. 259, n° 376; *Bull. Joly*, 1992, p.171, note Barbieri (J.-F.) ; *Dr. sociétés*, 1992, n° 24, note Bonneau (Th.) ; Couret (A.), « Synthèse de la jurisprudence récente concernant la révocation et la responsabilité civile des commissaires aux comptes », *petites affiches*, 9 déc. 1992.

*minutie* »<sup>361</sup> dont il avait fait preuve dans la mise en œuvre de la tâche qui lui incombe. Les juges pensent que le comportement du commissaire aux comptes qui rend intolérable pour la société le maintien du lien contractuel, n'est pas un motif suffisant pour justifier la révocation de ce dernier. Il faut en plus prouver l'existence d'une faute qui fait l'objet d'une appréciation restrictive par les juges.

**93. L'appréciation restrictive de la faute.** Dans le cas de la révocation du commissaire aux comptes, la notion de faute devrait être appréciée de façon restrictive. Elle ne doit pas se confondre avec la notion de faute applicable en matière de responsabilité<sup>362</sup>. A la suite de cette affaire un commentateur a relevé que « *la solution du 3 décembre 1991, et plus encore sa motivation, rend vraisemblable la distinction, à l'avenir, de deux catégories différentes de fautes du commissaire aux comptes. A côté de la faute de responsabilité civile, manquement à l'obligation professionnelle de moyens*<sup>363</sup>, se profile une faute dont la définition, plus étroite, pourrait être la « mauvaise foi » du commissaire, ce qui a pour effet d'exclure la faute involontaire »<sup>364</sup>. En somme, de façon prétorienne la faute entraînant la révocation du commissaire serait caractérisée par un usage de mauvaise foi de ses pouvoirs et la faute au sens de la responsabilité civile du commissaire ne serait quant à elle, accompagnée d'aucune exigence. Il appartiendra donc au juge de rechercher la mauvaise foi dans le comportement du commissaire aux comptes.

**94. La faute caractérisée par la mauvaise foi.** Dans de nombreuses affaires, le juge français a décidé que la mésentente grave entre le dirigeant et le commissaire ne saurait constituer un motif de révocation<sup>365</sup>. De même, la simple erreur d'appréciation du commissaire dans sa mission de contrôle ne saurait constituer une faute pouvant justifier la fin prématurée de ses fonctions<sup>366</sup>. La faute doit être une faute permettant de douter de la crédibilité du commissaire<sup>367</sup>. Il existe également de nombreuses limites quant au pouvoir judiciaire de modifier les actes sociaux.

<sup>361</sup> Cass. com., 14 nov. 1995, *Rev. sociétés*, 1996, p. 274, note Pasqualini (F.).

<sup>362</sup> Germain (M.), Magnier (V.), Ripert (G.), Roblot (R.), Roblot (R.), *Traité de droit des affaires. Les sociétés commerciales*, LGDJ, 21<sup>e</sup> éd., coll. Traités, 2014, 541, n°2287.

<sup>363</sup> Cass. com., 17 oct. 1984, *Rev. sociétés*, 1985, p.845, note Vidal (D.).

<sup>364</sup> Cass. com., 3 déc. 1991, *Rev. sociétés*, 1992, p. 491, n°11, note Vidal (D.).

<sup>365</sup> Cass. com., 3 déc. 1991, *op. cit.*

<sup>366</sup> CA Paris, 31 mai 2000, *Bull. Joly*, 2000, p. 1037, note Barbièri ; *RTD com.*, 2000, p. 941, obs. Champaud et Danet.

<sup>367</sup> Germain (M.), Magnier (V.), Ripert (G.) et Roblot (R.), *Traité de droit des affaires. Les sociétés commerciales*, *op. cit.*,

## Section 2. Les limites du pouvoir de modifier les actes sociaux

**95. Une action critiquée.** En droit des sociétés commerciales, la modification judiciaire des actes sociaux est une solution critiquée et très souvent rejetée. L'intervention du juge en ce domaine est sujette à de nombreux rebondissements qui éloignent cette mesure de régulation de son objectif de protection d'un climat social favorable. D'un côté, elle pose la question des décisions judiciaires valant vote (§1) et de l'autre côté, celle des décisions judiciaires valant acte (§2).

### §1. La question des décisions judiciaires valant vote

**96. La négation du droit de vote.** La décision judiciaire valant vote est le moyen par lequel, le juge permet l'adoption d'une décision à laquelle des associés minoritaires ou égalitaires se sont abusivement opposés<sup>368</sup>. La décision judiciaire valant vote fait couler beaucoup d'encre car elle soulève la question de l'intervention directe du juge dans la prise des décisions de gestion de la société. Face au problème (A) qu'elle pose en droit des sociétés, le législateur OHADA a adopté des solutions qui pourraient être inappropriées pour l'environnement social (B).

#### A. Le problème

**97. Les différentes étapes.** Pour une meilleure appréciation de la question liée à la décision judiciaire valant vote, le bilan jurisprudentiel avant l'arrêt Flandin sera préalablement examiné (1). Elle sera suivie de la position adoptée à la suite de cet arrêt Flandin (2).

---

<sup>368</sup> Cf. Nzouabeth (D.), *les litiges entre associés*, op. cit., p. 511, n° 513 ; Ces auteurs pensent qu'il s'agit d'une procédure dont l'objectif est de pallier l'inertie de l'associé minoritaire ou égalitaire et de garantir le bon fonctionnement de la société.

### 1. Le bilan jurisprudentiel avant l'arrêt Flandin

**98. Le courant de pensée pour la décision judiciaire valant vote.** Avant l'arrêt Flandin, de nombreux juges du fond et même ceux de la Cour de cassation étaient favorables à la décision judiciaire valant vote. C'est ainsi que dans un arrêt du 09 janvier 1987<sup>369</sup>, le Tribunal de commerce de Pointe-à-pitre avait, à la suite du refus des associés minoritaires d'exercer leur droit de vote, validé la décision d'augmentation de capital proposée par les associés majoritaires. Cette position avait été, quelques mois après, suivie par la Cour d'appel de Lyon dans un arrêt du 25 juin 1987<sup>370</sup>. Précisons qu'en l'espèce, contrairement à la précédente affaire dont le motif était axé sur l'abus de minorité, le différend opposait deux associés égalitaires d'une SARL. En effet, à la suite de l'opposition d'un associé au vote d'une délibération importante pour la société, l'autre associé avait saisi le juge pour abus d'égalité. Le juge avait décidé que l'associé majoritaire ou égalitaire, avait le droit de saisir le tribunal pour abus de droit. Et que cette saisie ne pouvait être faite que lorsqu'il estimait que l'associé minoritaire ou égalitaire, avait empêché dans son intérêt propre, l'adoption d'une décision nécessaire pour la société. La Cour approuvant la décision rendue par le Tribunal, avait conclu qu'il était tout à fait logique que le juge, après avoir établi l'existence de l'abus ait pris "*une décision valant adoption de la délibération*". Malheureusement, la position de la Cour validant la décision judiciaire valant vote semblait ne pas faire l'unanimité des juges.

**99. Le courant de pensée contre la décision judiciaire valant vote.** Certains juges étaient allés en sens inverse en se prononçant contre la décision judiciaire valant vote. C'est ainsi que dans un arrêt du 17 décembre 1991<sup>371</sup>, la Cour d'appel de Paris avait infirmé la décision du Tribunal au motif que "*le Tribunal n'a pas le pouvoir de substituer sa propre décision à celle des associés et d'autoriser l'un des associés à procéder à l'augmentation du capital*". En l'espèce, par jugement, le Tribunal avait donné l'autorisation à la gérante d'une SARL, de mettre en œuvre l'opération consistant à augmenter le capital de ladite société. La décision du Tribunal avait pour but de contrecarrer l'opposition de l'associé minoritaire, qui par-là, empêchait la réalisation de cette augmentation. La Cour d'appel avait considéré qu'il s'agissait d'une mésentente entre associé et avait prononcé la dissolution de la société. Car selon elle, il ne revenait pas au juge de prendre la décision à la place des associés. La décision

<sup>369</sup> TC de Pointe-à-Pitre, 09 janvier 1987, *Rev. Sociétés*, 1987, p. 285, obs. Guyon (Y.).

<sup>370</sup> CA Lyon, 25 juin 1987, *RTD com*, 1988, p.70, n°1, obs. Reinhard (Y.).

<sup>371</sup> CA Paris, 17 décembre 1991, *Bull. Joly*, 1992, p. 297, note Le Cannu (P.).

de la Cour était venue remettre en cause la décision judiciaire valant vote, conduisant ainsi à une variété de position sur la question.

**100. Les positions variées.** De nombreux juges pensaient que le législateur avait prévu un mode normal de réparation de l'abus qui consistait à la condamnation de l'auteur de l'abus à des dommages et intérêt. Ainsi, la mise en œuvre de cette mesure permettait d'empêcher toute immixtion du juge dans la gestion de la société. Mais, ces juges pensaient aussi que la décision judiciaire valant acte ne devait pas être complètement exclue. Et qu'elle ne pourrait s'appliquer que de façon exceptionnelle, notamment lorsque *“le conflit d'intérêts entraine la paralysie du fonctionnement de la société”*. Et qu'en effet, *“s'il n'appartient pas au juge de se substituer aux organes sociaux pour décider des options fondamentales d'une société (...) il lui incombe d'y remédier en conformité avec l'intérêt social”*<sup>372</sup>. La position des juges se justifiait par la protection de l'intérêt social qui se trouvait bafoué par l'opposition de l'associé minoritaire.

**101.** Si dans les affaires précédentes, la position du juge avait été clairement dévoilée, dans l'affaire Vitama les juges n'avaient pas expressément pris position. La Cour de cassation dans un arrêt du 14 janvier 1992<sup>373</sup>, avait cassé l'arrêt de la Cour d'appel au motif que l'abus de droit n'avait pas été prouvé. La Cour avait ajouté que même si cet abus avait été prouvé, la sanction possible aurait été le recours aux dommages et intérêts. La Cour reprochait au juge d'avoir fait usage de la décision valant vote *“alors que, hormis l'allocations d'éventuels dommages-intérêts, il existe d'autres solutions permettant la prise en compte de l'intérêt social”*. L'on se pose la question de savoir à quoi renvoi la notion de *“d'autres solutions”* employé par la Cour. Pourrait-on les assimiler à des sanctions telles que la suspension temporaire du droit de vote ? ou à l'injonction judiciaire ou encore à l'exclusion ? En dépit des imprécisions judiciaires, on note dans leur attitude, la tendance à privilégier la réparation en nature en vue de la protection de l'intérêt social. Ces controverses ont trouvé une nouvelle orientation avec l'arrêt Flandin.

<sup>372</sup> CA Paris, 25 mai 1993, *JCP N*, 1994, II, p. 38, note Le Nabasque (H.).

<sup>373</sup> Cass. com., 14 janv. 1992, *Bull. Joly*, 1992, p. 273, note Le Cannu (P.) ; *Rév. Sociétés*, 1992, n°44 note Ph. Merle (Ph.) ; *JCP E*, 1992, II, p.301, note Viandier (A.) ; *Dr. Sociétés*, 1992, n° 55, obs. Le Nabasque (H.) ; *Dalloz*, 1992, p. 337, note Bousquet (J.-Cl.) ; *RTD com.*, 1992, p.636, obs. Reinhard (Y.).

## 2. La position adoptée à partir de l'arrêt Flandin

**102. L'arrêt Flandin.** Dans le cas de l'arrêt Flandin, le différend opposait M. Joseph Flandin, associé minoritaire d'une SARL, au gérant de celle-ci, et deux autres associés qui n'avait pas conclu en appel. En effet, les associés majoritaires avaient constaté l'absence de l'associé minoritaire aux assemblées générales extraordinaires et son silence face à la proposition d'augmentation du capital social. Le Tribunal de Pau saisi de l'affaire, a condamné l'associé minoritaire et a décidé que son jugement valait adoption de la décision d'augmentation du capital social. La Cour d'appel<sup>374</sup>, approuvant au fond par voie d'évocation le jugement rendu par le Tribunal de commerce de Pau du 1er mars 1989, a constaté l'existence d'abus de minorité. Elle a par conséquent décidé que l'attitude injustifiée des associés minoritaires portaient atteinte aux associés majoritaires et à l'intérêt social. Elle a également précisé que cette attitude bloquait l'adoption d'une décision nécessaire pour la société. Par conséquent, la Cour a relevé que *“rien n'interdit que le juge autorise les majoritaires à passer l'acte qu'implique l'intérêt social, le principe de liberté de droit de vote étant préservé et l'engagement personnel des associés minoritaires n'étant pas modifié”*. L'arrêt de la Cour d'appel avait ainsi confirmé la décision judiciaire valant vote.

En revanche, la chambre commerciale de la Cour de cassation<sup>375</sup> saisie d'un pourvoi, a décidé que la décision judiciaire valant vote n'est pas acceptable dans cette espèce. La Cour de cassation a relevé que la Cour d'appel n'avait pas précisé en quoi l'augmentation du capital était nécessaire pour la société. Par ailleurs, rien ne démontrait que la situation financière de la société était critique et surtout que l'attitude de l'associé minoritaire était justifiée par le souci de protection de ses intérêts au détriment des intérêts des associés majoritaires.

**103. Le rejet de la décision judiciaire valant vote.** L'arrêt Flandin du 9 mars 1993 a posé les bases d'une nouvelle orientation jurisprudentielle. Certains auteurs y ont vu *“ une jurisprudence en voie de stabilisation”*. En décidant que *“le juge ne pouvait se substituer aux organes sociaux légalement compétents”*, la Cour est venue remettre en cause la décision judiciaire valant vote. Elle a pensé que le juge aurait pu *“désigner un mandataire aux fins de représenter les associés minoritaires défaillants à une nouvelle assemblée et de voter en leur nom dans le sens des décisions conformes à l'intérêt social mais ne portant pas atteinte à l'intérêt légitime des minoritaires”*. Concrètement, la haute juridiction a clairement rejeté la

<sup>374</sup> CA Pau, 21 jan. 1991, *Rév. Sociétés*, 1992, p. 44, note Merle (Ph.).

<sup>375</sup> Cass. com., 9 mars 1993, *Bull. Joly*, 1993, p. 537, n°5, obs. Le Cannu (P.).

décision judiciaire valant vote et a proposé une solution alternative, qui consiste à la nomination judiciaire d'un mandataire chargé de remplacer les associés minoritaires. Après l'arrêt Flandin, les juges ont confirmé cette jurisprudence de principe en France. C'est ainsi que de nombreuses demandes sont rejetées au motif que la sanction d'un abus de minorité ne peut pas revêtir la forme d'un jugement valant vote<sup>376</sup>. Il nous semble que cette solution ait retenu l'attention du législateur de l'OHADA, qui lors de la dernière révision de l'AUDSCGIE, y a fait mention à l'al. 3 de l'article 131 de cet Acte uniforme. Or, la solution retenue par le législateur est inappropriée en droit de l'OHADA.

### B. Une solution inappropriée en droit de l'OHADA

**104. L'article 131 al. 3 de l'AUDSCGIE.** Par le biais de l'article 131 al. 3 de l'AUDSCGIE, le législateur de l'OHADA a encadré la protection judiciaire du droit de vote de l'associé minoritaire ou égalitaire. Désormais, le rôle du juge se limite au constat de l'abus de minorité ou d'égalité et à la nomination du mandataire *ad hoc*. Cette disposition bien qu'intéressante<sup>377</sup>, nous semble « *hasardeuse* »<sup>378</sup>. Plus que l'épineuse question de la décision judiciaire valant vote, ce sont les conditions qui entourent la désignation judiciaire du mandataire qui inquiètent. Celles-ci n'ayant pas été clairement précisées, le juge éprouve de nombreuses difficultés quant à la mise en œuvre de l'article 131 al.3 de l'AUDSCGIE (1). En plus, parce que c'est le constat ou non de l'abus qui conditionne la nomination du mandataire, il paraît logique de considérer que le sens du vote de ce dernier est implicitement défini par la décision de sa nomination (2).

---

<sup>376</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup> chbre., 21 déc. 2017/n°15-25.627. La Cour suprême a décidé dans cette affaire que « *un abus de minorité n'est pas susceptible d'entraîner la validité d'une résolution adoptée à une majorité insuffisante* ».

<sup>377</sup> Cette disposition permet au juge de respecter les principes gouvernant le droit des sociétés, notamment l'adoption des décisions en assemblée.

<sup>378</sup> Fénéon (A.), *Droits des sociétés en Afrique (OHADA)*, LGDJ, coll. Droits Africains, 2015, p.680, n°1746 ; Cass. com., 27 mai 1997, *op. cit.*, l'auteur relève qu'en France, « *l'abus de minorité a eu un effet déstabilisateur du droit des sociétés. L'importance du contentieux est révélatrice des effets pervers de la règle imprudemment introduite* ».



### **1. Les difficultés de mise en œuvre de l'article 131 al. 3 de l'AUDSCGIE**

**105. Les fondements de l'abus de minorité et d'égalité.** L'article 131 al. 3 de l'AUDSCGIE dispose que « *la juridiction compétente peut désigner un mandataire ad hoc aux fins de représenter à une prochaine assemblée les associés minoritaires ou égalitaires dont le comportement est jugé abusif et de voter en leur nom dans le sens des décisions conformes à l'intérêt social y compris celui des différents associés* ». En effet, cet article se contente d'énoncer que le juge peut nommer un mandataire qui va voter à la place de l'associé minoritaire ou égalitaire lorsque le comportement de ce dernier est jugé abusif. Le législateur ne dit pas en quoi consiste concrètement cet abus. Il revient donc au juge, par le biais du contrôle qu'il exerce, d'apprécier la nature abusive du comportement de l'associé minoritaire ou égalitaire. Il s'agit en effet du contrôle de la légitimité du blocage. Le juge pourrait recourir à l'article 131 al. 2 de l'AUDSCGIE qui énumère les critères de détermination de l'abus de minorité ou d'égalité. Cet article dispose qu'« *il y'a abus de minorité ou d'égalité lorsque, en exerçant leur vote, les associés minoritaires ou égalitaire s'opposent à ce que des décisions soient prises, alors qu'elles sont nécessitées par l'intérêt de la société et qu'ils ne peuvent justifier d'un intérêt légitime* ». Ainsi, pour qu'il y ait abus de minorité ou d'égalité, le juge devrait constater l'existence de deux critères : la méconnaissance de l'intérêt social d'une part et l'absence d'un intérêt légitime d'autre part. Peut-t-on entendre par là qu'en cas d'existence d'un intérêt légitime le juge ne peut pas établir l'abus, même si le comportement de l'actionnaire est contraire à l'intérêt social ? De plus, cet article ne permet pas non plus une appréciation évidente du caractère abusif du comportement de l'associé. Sa lecture nous permet de nous interroger sur le caractère cumulatif ou non de ces critères.

**106. Les critères d'appréciation de la nature abusive du comportement de l'associé minoritaire ou égalitaire.** Le caractère cumulatif de ces critères nous semble évident, du fait de la présence de la conjonction de coordination « *et* ». En France, dans un arrêt du 31 janvier 2006<sup>379</sup>, le juge a confirmé la possibilité du cumul des critères d'appréciation de la nature abusive du comportement de l'associé. En effet dans cette affaire, le juge a exigé que soit prouvé que l'opposition de l'associé minoritaire, bien que contraire à l'intérêt social, était justifié par la protection de ses propres intérêts au détriment de l'ensemble des associés. Le juge doit pouvoir établir que l'intérêt visé par l'associé est un intérêt égoïste. Cette tâche n'est

---

<sup>379</sup> Cass. com., 31 janv. 2006, *Bull. Joly Sociétés*, 2006, p. 784, note Scholer (P.)

pas facile<sup>380</sup> dans la mesure où, il n'est pas toujours aisé de prouver que les associés minoritaires ou égalitaires qui ne partagent pas le point de vue des associés majoritaires ou égalitaires commettent forcément un abus<sup>381</sup>. C'est notamment le cas d'un associé minoritaire qui n'épouse pas l'idée d'une augmentation du capital social, parce que malgré tout, la société sera dissoute. Il peut également s'agir d'un associé égalitaire qui refuse d'approuver les comptes annuels à la suite des méthodes de gestion de son co-associé<sup>382</sup>.

**107. Le critère objectif de l'abus de minorité et d'égalité.** Le juge ne peut conclure à l'existence d'un abus de minorité ou d'égalité lorsque le comportement de l'associé majoritaire ou égalitaire est conforme à l'intérêt collectif. Le législateur exige que l'opposition faite par l'associé le soit contre des décisions “ *nécessitées par l'intérêt de la société*”. En l'absence de précision légale sur les termes employés par le législateur, la jurisprudence française s'est à plusieurs occasions prononcée sur le sens de l'expression. Et, dans l'arrêt du 9 mars 1993<sup>383</sup>, la Cour a décidé que les décisions “*nécessitées par l'intérêt de la société*” qui préalablement avaient été considérées comme des “*opérations essentielles*”<sup>384</sup>, étaient celles légalement requise et nécessaire à la survie de la société<sup>385</sup>. Cette définition suscite quelques observations. Une décision peut être légalement requise et nécessaire à la survie de la société, mais ne pas épouser la volonté des associés qui veulent la dissolution de la société. C'est notamment le cas d'une décision d'augmentation des capitaux permettant la survie de la société, alors même que cette survie n'est pas nécessaire.

La définition donnée par l'arrêt du 9 mars 1993 a été reprise dans un arrêt du 27 mai 1997<sup>386</sup>. La Cour dans cette affaire a rejeté le pourvoi en précisant que le “*refus par un actionnaire minoritaire de voter une augmentation de capital peut constituer un abus de minorité dans le cas où cette augmentation est nécessaire à la survie de la société*”. Rejoignant un auteur<sup>387</sup>, nous pensons que pour une appréciation objective, le juge, en plus des critères énumérés par la jurisprudence, devrait procéder à “ *une analyse prospective sur les mérites des*

---

<sup>380</sup> Couret (A.), « Le harcèlement des majoritaires », *Bull. Joly Sociétés*, 1996, p.112. L'auteur constate que « *la frontière est parfois souvent mince entre l'exercice légitime d'un droit de critique et la satisfaction de rancœurs personnelles* ». Il ajoute que « *cette étroitesse explique sans doute la prudence de certains juges qui hésitent à sanctionner les comportements intempestifs et ouvrent parfois des brèches spectaculaires à la contestation* ».

<sup>381</sup> CA Paris, 23 nov. 2001, *RJDA*, 7/02, n° 768.

<sup>382</sup> Cass. com., 8 juill. 1997, *Bull. Joly*, 1997, p. 981, note Le Cannu (P.).

<sup>383</sup> Cass. com., 9 mars 1993, *RJDA*, 1993, n°323, concl. Raynaud (M.) ; *Dalloz*, 1993, p. 363, note Guyon (Y.).

<sup>384</sup> Cass. com., 15 juillet 1992, *JCP E*, 1992, II, p. 375, note Guyon (Y.) ; *Rév. Société*, 1993, p. 547 ; *Dalloz*, 1993, p. 363, note Guyon (Y.).

<sup>385</sup> Cass. com., 9 mars 1993, *op. cit.*, Addé Nzouabeth (D.), *Les litiges entres associés, op. cit.*, p. 61, n° 151.

<sup>386</sup> Cass. com., 8 juill. 1997, *op. cit.*

<sup>387</sup> Le Cannu (P.), « L'abus de minorité », *Bull. Joly*, 1986, p. 431.

*résolutions écartées*”. Cette analyse permettra au juge de contrôler l’existence de l’intérêt personnel légitime de l’associé minoritaire ou égalitaire.

**108. Le critère subjectif de l’abus de minorité et d’égalité.** La recherche du critère subjectif met le juge face à deux intérêts opposés. D’un côté, l’intérêt de la société et d’un autre, l’intérêt de l’associé. Le législateur de l’OHADA s’est lui-même prononcé en faveur de la protection de l’intérêt personnel légitime de l’associé. Sa position ressort de l’article 131 al. 2 de l’AUDSCGIE qui énonce que le juge ne peut constater l’abus de majorité ou de minorité lorsque l’associé peut justifier d’un intérêt légitime. La Cour de cassation l’a de bon droit rappelé dans une affaire du 31 mars 2009<sup>388</sup>. Le juge a cassé l’arrêt de la Cour d’Appel<sup>389</sup> au motif qu’elle avait fait une appréciation trop extensive de la notion d’*“opérations essentielles”* de la société qui ne participait pas à la protection des intérêts légitimes de l’associé. Ainsi, les associés minoritaires et égalitaires, peuvent tout à fait et ceci de façon légitime, défendre leurs intérêts personnels lorsqu’ils ne sont pas d’accord avec la position des associés majoritaires. Ils ne sont par conséquent pas contraints de voter une résolution contraire à leurs intérêts personnels<sup>390</sup>.

Toutefois, l’associé minoritaire ou égalitaire ne doit pas, par son opposition à la politique majoritaire, protéger un intérêt égoïste. Dans ce cas, le législateur considère que son comportement est constitutif d’abus, et cet abus doit être apprécié par le juge. Un auteur constate qu’il y’a abus de minorité *« lorsque l’intéressé poursuit un intérêt qui n’est pas seulement personnel mais qui répond à une volonté égoïste directement contraire à l’affectio societatis »*<sup>391</sup>. Alors, comment le juge établira la frontière entre l’intérêt personnel et l’intérêt égoïste quand on sait que l’associé minoritaire ou égalitaire a le droit de défendre son intérêt personnel, et d’empêcher une remise en cause de sa participation sociale<sup>392</sup>. L’avis contraire donné par certains associés sur la politique menée par d’autres associés n’est pas forcément synonyme d’abus. Au-delà des difficultés judiciaires d’appréciation du comportement fautif de l’associé minoritaire ou égalitaire, le constat de l’abus impose la nomination du mandataire.

---

<sup>388</sup>Cf. Cass. com., 31 mars 2009, *RJDA*, 2009, n° 548 ; *Rev. Sociétés*, 2009, p. 601, note Dondero (B.). Le juge a relevé qu’*« attendu qu’en se déterminant par de tels motifs impropres à caractériser en quoi l’attitude de M. Jean-François X. avait été contraire à l’intérêt de la société en ce qu’elle aurait interdit la réalisation d’une opération essentielle pour celle-ci, la cour d’appel a privé sa décision de base légale »*.

<sup>389</sup> V. CA Rennes, 4 déc. 2007, Civet c/ Civet, *RDJA*, 2009, n° 28.

<sup>390</sup> Cf. Le Cannu (P.), *« L’abus de minorité »*, *op. cit.*, p. 429.

<sup>391</sup> V. Nzouabeth, *Les litiges entre associés*, *op. cit.*, p. 64, n° 158.

<sup>392</sup> Cf. Schmidt (D.), *Les conflits d’intérêts dans les SA*, Version nouvelle, Joly, coll. Pratique des affaires, 2004, p. 252, n° 273.

C'est parce qu'il y'a abus qu'il y'a nomination. Il semble donc peu probable que le vote du mandataire ne soit pas influencé par la décision l'ayant nommé.

## ***2. L'influence probable du sens du vote du mandataire ad hoc***

**109.** S'il est établi que le juge n'a pas le pouvoir de prendre la décision contestée à la place des associés, il peut désigner un mandataire à qui il donne pouvoir de le faire. Alors, la décision de ce dernier est assimilable à une décision judiciaire valant vote déguisée (a), qui participe à la remise en cause du caractère discrétionnaire du vote des associés minoritaires ou égalitaires (b).

### ***a. La décision judiciaire valant vote déguisée***

**110. La liberté de principe du mandataire.** Au terme de l'article 131 al. 3 de l'AUDSCGIE, le juge ne peut pas se substituer à l'associé minoritaire ou égalitaire défaillant et prendre la décision contestée à sa place. Son rôle consiste à la nomination du mandataire qui va accomplir cette mission. En plus, le mandat du représentant de l'associé défaillant n'est pas absolument un mandat impératif. Il peut voter soit dans le sens des associés majoritaires, soit dans le sens contraire. Dans le premier cas, le vote du mandataire s'assimile à la décision judiciaire valant vote<sup>393</sup>. En revanche dans le second, le blocage persiste. Or, l'intention du législateur n'est pas celui de remettre en cause l'intérêt social. Son souci est celui de permettre au mandataire d'accomplir la formalité que l'associé minoritaire ou égalitaire n'a pas voulu remplir de façon abusive.

**111. Une liberté illusoire.** Allant dans le même sens qu'un auteur, nous pensons que la liberté de vote reconnue au mandataire est illusoire<sup>394</sup>. Dès l'instant où il est établi qu'il existe un abus de minorité ou d'égalité, il paraît impossible que le vote du mandataire soit

---

<sup>393</sup> Cf. CA Paris, 25 mai 1993, *JCP N*, 1994, II, p. 38, note Le Nabasque. L'auteur assimile la nomination du mandataire *ad hoc* à une demande judiciaire faite au mandataire de voter dans le sens de l'intérêt social. *Addé Nzouabeth (D.), Les litiges entre associés, op. cit.*, p. 247, n°525, l'auteur fait constaté que dans tous les cas, le mandataire « votera dans le sens de la résolution litigieuse et même si les apparences sont sauves, le résultat sera le même que celui d'un jugement valant acte ».

<sup>394</sup> Cass. com, 27 mai 1997, *Revue du notariat*, 1997, p. 1281, note Hovasse (H.) l'auteur fait constaté qu'« après une décision judiciaire constatant un abus de minorité au motif que la résolution repoussée était nécessaire à la survie de la société, on voit mal quelle peut être la liberté du mandataire *ad hoc*, si non celle de voter oui ».

contraire à la décision des associés majoritaires, sens également recherché par le juge<sup>395</sup>. L'article 131 al. 3 de l'AUDSCGIE ne s'éloigne pas fondamentalement de la décision judiciaire valant vote, car le plus souvent, la décision judiciaire qui constate l'existence de l'abus contient le sens du vote du mandataire. Certes, la nomination du mandataire d'une part, et le temps qui s'écoule entre celle-ci et la tenue de la nouvelle assemblée d'autre part, donne une nouvelle occasion à l'associé minoritaire ou égalitaire de mieux préparer ou de présenter ses moyens de défense. Mais, cette préparation ne permet pas de garantir le caractère discrétionnaire du droit de vote de l'associé minoritaire ou égalitaire.

***b. La remise en cause du caractère discrétionnaire du vote des associés minoritaires ou égalitaires.***

**112. Quel est l'intérêt protégé par l'article 131 al. 3 de l'AUDSCGIE ?** La loi fait obligation au mandataire *ad hoc* de voter « *dans le sens des décisions conformes à l'intérêt social y compris celui des différents associés* »<sup>396</sup>. Cette disposition laisse clairement percevoir que l'intérêt protégé n'est pas essentiellement celui de l'associé minoritaire. La formule est certes indispensable<sup>397</sup> parce qu'elle permet à la fois de protéger l'intérêt social et l'intérêt des associés majoritaires. Cependant, elle suscite des interrogations. Les premières sont relatives au droit de vote reconnu aux associés minoritaires ou égalitaires, dont la protection reste lacunaire. La souveraineté de ces associés s'incline face à la volonté des associés majoritaires car ils « *sont admis à s'informer, voire à contester mais, dès lors que les majoritaires présentent une décision comme essentielle, ils ne peuvent s'y opposer* »<sup>398</sup>. Les secondes concernent le sens du vote du mandataire *ad hoc* lorsque l'intérêt « *des différents associés* » serait contraire à l'intérêt social. Dans ce cas, le mandataire *ad hoc* votera-t-il dans le sens de l'intérêt social ou dans celui « *des différents associés ?* ».

**113. La représentation lacunaire de l'associé minoritaire.** Le mandataire *ad hoc* désigné par le juge a pour mission de représenter l'associé minoritaire à la prochaine assemblée.

<sup>395</sup> Cf. Nzouabeth (D.), *Les litiges entre associés*, op. cit., p.245, n° 522.

<sup>396</sup> L'*infine* de l'article 131 al. 3 de l'AUDSCGIE se distingue de la formulation faite en droit français qui prévoit qu'il y'a abus de minorité lorsque le vote du minoritaire est fait « *dans le sens des décisions conformes à l'intérêt social mais ne portant pas atteinte à l'intérêt légitime des minoritaires* ».

<sup>397</sup> Cf. Boizard, « L'abus de minorité », *Rev. Sociétés*, 1988, p. 365, n°21. L'auteur présentant un intérêt pour la décision judiciaire valant vote, relevait qu' « *il faut admettre la possibilité d'adopter, sous le contrôle judiciaire, la résolution qui par hypothèse ne réunit pas une majorité suffisante, pour éviter une situation irréversible pour la société. Cette solution (...) est juridiquement fondée en même temps qu'elle est opportune* ».

<sup>398</sup> Cass. com., 27 mai 1997, Lextenso Defrénois, *la rév. Du notariat*, 1997, p. 1279, note HOVASSE (H.).

Cependant le pouvoir de représentation du mandataire *ad hoc* empêche-t-il ce dernier de donner à l'associé minoritaire les informations sur l'exécution de son mandat ? Dans un arrêt rendu le 11 avril 2013<sup>399</sup>, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence répondant à cette question, a infirmé l'ordonnance rendu par le Président du Tribunal. Cette ordonnance donnait raison au mandataire *ad hoc* qui, opposant le secret professionnel à l'associé minoritaire, a refusé de lui communiquer les documents sociaux. En l'espèce, à la suite d'un abus de minorité, le juge a nommé un mandataire *ad hoc* avec pour mission de le représenter lors d'un nouvel examen du projet de collaboration essentiel pour la pérennité de la société. A la suite du refus du mandataire de communiquer les documents échangés entre le mandataire et les principaux intéressés du projet à l'associé minoritaire, ce dernier a saisi le juge afin que cette procédure soit accomplie. La Cour a fait relever que le mandataire *ad hoc* nommé par le juge pour représenter les droits de l'associé minoritaire à l'assemblée générale, « *ne saurait opposer le secret professionnel (...) tiré de son statut de mandataire judiciaire pour dénier toute obligation à lui rendre des comptes* ». Par cette décision, les juges ont confirmé le droit de l'associé minoritaire d'être informé de la gestion sociale. Et par ricochet, son droit de participer au processus préparatoire à l'adoption d'une délibération nécessaire à la survie de la société. Toutefois, cette solution ne suffit pas à protéger les droits de l'associé minoritaire ou égalitaire. A quoi sert cette information, s'il est précisé que le mandataire doit voter dans le sens de l'intérêt social et de celui des différents associés ? Certainement à défendre les « *intérêts légitimes* » de l'associé minoritaire ou égalitaire. Mais que représentent les « *intérêts légitimes* » de l'associé minoritaire ou égalitaire face à « *l'intérêt social* » ou à celui des « *différents associés* ? ». La question de la protection des droits sociaux pourrait également se poser dans les mêmes termes lorsque l'on est face à la question des décisions judiciaires valant acte.

## §2. La question des décisions judiciaires valant acte

**114. Situation fréquente.** En droit des sociétés commerciales, la question des décisions judiciaires valant acte se pose chaque fois que le juge se substitue aux acteurs sociaux en matière d'adoption ou de modification du contenu des actes sociaux. En effet, cette substitution judiciaire pose le problème de la légitimité des missions du juge quant à la modification des

---

<sup>399</sup> CA Aix-en Provence, 1<sup>ère</sup> ch., 11 avr. 2013, *Bull. Joly Sociétés*, 2013, note Gil G.

actes sociaux. En raison de la crainte de l'invasion du pouvoir judiciaire au sein de la société, le juge rejette par principe, la modification des actes sociaux (A) et ne l'admet qu'exceptionnellement pour certains actes (B).

### A. Le principe du rejet de la modification des actes sociaux

**115. L'hostilité judiciaire.** Le juge peut-il, autant dans les SA que dans les SARL, modifier un acte social, notamment l'ordre du jour qui figure dans la demande de nomination du mandataire ? Une réponse négative a été donnée en France dans une affaire<sup>400</sup> dans laquelle l'associé majoritaire fondatrice d'une SARL désirait révoquer la gérante minoritaire, dont la gestion avait abouti à des pertes importantes. Le juge des référés du Tribunal de Commerce de Paris, « *vu l'urgence* », désigna un mandataire de justice « *avec mission de convoquer, réunir et présider une assemblée générale des associés (...) comportant à l'ordre du jour la révocation de Dame L. de ses fonctions de gérante, et la nomination d'une nouvelle gérante en remplacement* ». En l'absence de pouvoir légal express<sup>401</sup>, les juges sont hostiles à toute idée de modification de l'ordre du jour de l'assemblée<sup>402</sup>. Cela ne nous semble pas justifié.

**116. Une position critiquable.** La position du juge en matière de modification de l'ordre du jour de l'assemblée nous paraît critiquable. On ne comprend pas pourquoi le juge ne peut accomplir cette mesure de régulation alors que pour les mêmes raisons, notamment la protection de l'intérêt social, il lui est permis de fixer l'ordre du jour de l'assemblée. À notre avis, le fait pour le juge de soumettre une question à l'appréciation de l'assemblée ne traduit en rien son immixtion dans la gestion de la société. Il s'agit en fait d'une proposition dont l'adoption ne sera faite que par les associés à la suite d'une étude et d'une discussion. Par ailleurs, en cas d'adoption abusive de cette proposition, les autres associés pourraient demander l'annulation de la délibération l'ayant validé, pour abus de majorité, minorité ou égalité. L'intervention judiciaire ne prend pas en compte la spécificité du contexte sociétal, sauf dans des cas exceptionnels.

<sup>400</sup> TC de Seine 6 décembre 1968, *Gaz. Pal.*, 1969 1er Sem., P. 314.

<sup>401</sup> Cet argument est généralement invoqué par le juge. V. Nzouabeth (D.), *L'intervention du juge dans la vie des sociétés commerciales*, op. cit., p. 74 et s. L'auteur relève que le juge « *tire cette incompétence (au sens commun du mot) non de la limitation spéciale du pouvoir du juge des référés, mais de la limitation du pouvoir du juge en général, qui ne doit pas s'immiscer dans la gestion des sociétés* ».

<sup>402</sup> V. TC de Paris, Ord. Réf., 26 avr. 1999, *La semaine juridique entreprise et affaires*, n° 29-22-07 juill. 1999, p.1245.

## B. Une modification exceptionnelle réservée à certains actes sociaux

**117. Le cas particulier des assemblées.** Le juge peut permettre la modification des décisions sociales soit par l'ajournement judiciaire des assemblées (1), soit par la fixation judiciaire de l'ordre du jour des assemblées (2).

### 1. La modification par l'ajournement des assemblées

**118. Diversité de fondements.** En l'absence d'uniformité de fondements de l'intervention judiciaire en matière d'ajournement des assemblées, le juge se fonde soit sur le motif classique de l'ajournement prévu en droit positif<sup>403</sup>, soit sur ceux nés de la pratique judiciaire<sup>404</sup>. Cette diversité de fondement conduit le juge vers une appréciation stricte du sérieux des motifs de la demande (a) et une recherche de la menace qu'elle représente pour l'intérêt social (b).

#### a. L'appréciation stricte du sérieux des motifs d'ajournement

**119.** Les nombreuses controverses autour de la question de l'ajournement judiciaire des assemblées ont pour effet de cantonner la mission du juge à l'appréciation des risques d'annulation de ladite assemblée ( $\alpha$ ) et à la recherche d'une irrégularité lors de sa convocation ( $\beta$ ).

#### a. Le risque d'annulation de l'assemblée

**120. Une action judiciaire effective.** Le principe du parallélisme des formes exige que le droit d'ajourner l'assemblée d'associés soit reconnu aux organes qui sont chargés de la convoquer. Ainsi conçu, ce pouvoir revient dans les SA, au conseil d'administration ou à l'administrateur<sup>405</sup>, et dans la SARL au gérant. Le droit français<sup>406</sup> et le droit de l'OHADA ne

<sup>403</sup> Il s'agit notamment du risque d'annulation de l'assemblée générale. Cf. Raoul (J.), *L'ajournement des assemblées générales dans la SA*, Mémoire Paris II, 2002-2003, p. 4 et s.

<sup>404</sup> Il s'agit entre autres de la violation du droit de communication des actionnaires, de la violation des règles de convocation des assemblées etc. Cf. Raoul (J.), *L'ajournement des assemblées générales dans la SA*, *op. cit.*, p. 7 et s.

<sup>405</sup> V. art. 516 AUDSCGIE infra.

<sup>406</sup> Mr Schmidt l'a fait remarquer en ces termes : « le droit de requérir l'ajournement a été manifestement ignoré par les auteurs de la loi de 1966 et des textes subséquents ». V. Schmidt (D.), *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, Sirey, *op. cit.*, n°142, p.102.



reconnaissent pas aux associés le pouvoir de décider d'ajourner une assemblée. Nous pensons que cette privation<sup>407</sup> empêche les associés de se protéger contre certains abus des dirigeants<sup>408</sup>. *A contrario*, le droit d'ajournement refusé aux associés a été vaguement<sup>409</sup> reconnu au juge par l'acte uniforme. Malgré cela, certains auteurs<sup>410</sup> pensent qu'il n'est pas nécessaire de permettre au juge d'empêcher ou d'ajourner une assemblée. Contrairement à cette approche, il semble indispensable<sup>411</sup> que le juge puisse imposer l'ajournement de l'assemblée lorsque les circonstances font apparaître que la tenue de ladite assemblée serait plus préjudiciable à la société que son ajournement. Toutefois, son intervention reste exceptionnelle dans la mesure où elle peut entraîner des conséquences aussi graves qu'une décision prise par les dirigeants sociaux. L'ajournement judiciaire peut amener les dirigeants à renoncer à un projet de fusion<sup>412</sup>, ou à un projet d'augmentation de capital, plus grave encore, elle peut conduire à un blocage forcé du fonctionnement sociétaire. Il faut pour cela qu'il existe une contestation<sup>413</sup> « sérieuse » et une réelle « urgence ».

S'agissant de la SARL, l'article 348 de l'AUDSCGIE prévoit que l'assemblée générale annuelle doit se réunir dans les six (6) mois de la clôture de l'exercice. Cet article donne la faculté aux gérants de demander une prorogation de ce délai à la juridiction compétente statuant sur requête. Concernant la SA, l'article 548 du même acte dispose que, « *l'assemblée générale ordinaire est réunie au moins une fois par an, dans les six (6) mois de la clôture de l'exercice, sous réserve de la prorogation de ce délai par décision de justice* ». Toutefois, les juges ont à

---

<sup>407</sup> Cette absence de pouvoir est contraire à certaines législations : Italie, Allemagne, Suède qui reconnaissent aux associés le droit d'ajournement dès lors qu'ils représentent une certaine fraction du capital social.

<sup>408</sup> « *Cette prérogative permettrait aux actionnaires de se protéger contre des convocations hâtives décidées par les dirigeants afin de les empêcher de prendre pleinement connaissance de la situation sociale avant l'assemblée* ». V. Raoul (J.), *L'ajournement des assemblées générales dans la société anonyme*, mémoire DESS, Paris Panthéon-assas, 2003, p.3 ; « *Il y a des raisons très valables d'estimer qu'ils devraient être admis à retarder la tenue de l'assemblée, ne serait-ce que pour faire échec aux manœuvres des administrateurs qui ont pu hâter la convocation dans le dessein de les empêcher de prendre une connaissance sérieuse de la situation sociale* », V. Mansuy (F.), *JurisClasseur Sociétés*, 7 Juin 2012, n°40, p.30.

<sup>409</sup> Muka Tshibende (L.G.), *L'information des actionnaires, source d'un contre-pouvoir dans les sociétés anonymes de droit français et du périmètre OHADA*, PUAM, 2009, n°597, p.61, Préface Mestre (J.).

<sup>410</sup> Mansuy (F.) pense que « *la situation est différente, car si l'on peut être tenté d'accorder le droit d'ajournement aux actionnaires, en raison même de leur qualité, on peut très légitimement contester le droit au juge d'intervenir dans le fonctionnement d'une société en interdisant la tenue d'une assemblée régulièrement convoquée. L'assemblée est l'organe suprême de la société et l'empêcher de se réunir peut conduire à une véritable paralysie de la société* », in *JurisClasseur Sociétés*, *Op. cit.* n°41, P.32.

<sup>411</sup> Guegant (A.), Troussière (P.) et De Vendeuil (S.), *Le rôle des juges dans la vie des sociétés*, *op. cit.*, p. 45, n°2 et s.

<sup>412</sup> CA. Paris, 3<sup>e</sup> Chbre., 15 mars 1968. Arrêt Cafés Biard.

<sup>413</sup> Un auteur précise que « *L'existence d'une contestation (...), loin de constituer un obstacle à l'intervention du juge des référés en droit des sociétés, en constitue au contraire souvent la condition* ». Cf. Lefeuvre (Cl.), *Le référé en droit des sociétés*, PUAM, 2006, n°325, p.243, préface de Le Nabasque (H.).

plusieurs reprises par ordonnance en référé n° 494/O du 6 février 2001<sup>414</sup> et celle du 25 mai 2005<sup>415</sup>, admis que lorsqu'au jour prévu pour la tenue de l'assemblée l'information des actionnaires n'a pas été assurée, le juge peut, à la demande d'un actionnaire ou d'un dirigeant, prononcer l'ajournement de ladite assemblée. Les demandes d'annulation d'assemblées sont le plus souvent fondées sur une contestation portant sur la propriété des droits sociaux<sup>416</sup>. Les tribunaux accueillent ces demandes afin d'éviter que l'assemblée et les délibérations qui y sont votées ne fassent par la suite, l'objet d'une annulation qui serait justifiée par l'utilisation de droits de vote par des personnes n'ayant pas en réalité la qualité d'actionnaire.

**121. L'appréciation du risque d'annulation de l'assemblée<sup>417</sup>.** Le risque d'annulation est la cause la plus fréquente de report d'une assemblée générale<sup>418</sup>. Le juge des référés exige qu'existe un risque de nullité de l'assemblée pour prononcer l'ajournement car ce risque permet de révéler l'urgence de la situation. Ainsi, le risque de nullité a justifié l'ajournement dans une espèce où la validité de la cession d'actions était contestée. La Cour de cassation a admis à juste titre que le juge des référés pouvait, sans préjudicier au principal, ordonner le renvoi de l'assemblée jusqu'à la solution du litige sur la validité de la cession<sup>419</sup>. Par ailleurs, dans une autre affaire<sup>420</sup>, le juge de cassation avait décidé que le président du Tribunal de commerce avait le droit, à la demande du président du conseil d'administration, de décider de l'ajournement de la tenue de l'assemblée générale, alors qu'il n'était pas nié que les actions litigieuses constituaient « *un groupe charnière* » pouvant décider « *de la majorité de l'assemblée générale* ». Les juges des référés, avaient donc pu estimer à juste titre, selon la Cour suprême, que « *l'absence desdites actions à l'assemblée*

<sup>414</sup> V. TPI Yaoundé, ord. réf., n° 494/O, 6 février 2001, affaire *Ndjeudjui Thaddée c/Business machines SA, commentée par Anoukaha (F.), Pougoué (P. G.) et Nguebou Toukam (J.)*, « *Sociétés commerciales et GIE programme de formation en ligne avec le soutien du fonds francophone des infosroutes* », *references*, n° 400, p.98.

<sup>415</sup> Cf. TPI de Bafang, Ordonnance de référé n°27/ORD/CIV/TPI/ 2007, 25 mai 2007, Affaire Sieur Noubicier Léon c/ sieur Ngamako Michel, *Ohadata* J-07-141.

<sup>416</sup> Il peut s'agir d'un litige sur la validation d'une cession d'action : Cass. com., 11 juin 1954, *JCP G* 1954, II, 8397 ; CA Paris, 1er déc. 196 ; *Rév. Sociétés*, 1963, p.64, obs. Autessere (J.); Paris, 04 sept. 2000, *JCP E* 2000, n°1, p.1806, obs. Viandier (A.) et Caussain (J.-J); *Bull. Joly*, 2000, p.1138, note Couret, *Rév. Sociétés* 2000, p.761, obs. Guyon (Y.).

<sup>417</sup> TC Toulouse, réf., 12 août 1993, affaire *Fontalirant c. S.A. Sylvert*, *Bull. Joly sociétés*, 1994, pp. 169 et s., note Ruff et Barbiéri ; CA Paris, 1ère chbre. A, 4 sept. 2000, affaire *Parfond c. S.C.I. Bielle*, *Rev. sociétés*, 2000, pp. 761 et s., obs. Guyon; *JCP E*, 2000, p. 1806, obs. Viandier et Caussain ; CA Paris, 14<sup>e</sup> chbre. B, 17 janvier 2003, affaire *S.C.I. Val Thorens c. Marvaldi*, *Rev. sociétés*, 2003, pp. et 378 s., note Guyon.

<sup>418</sup> Dans cette affaire, le juge avait admis l'ajournement parce que le litige qui existait entre les actionnaires pouvait entraîner la nullité de l'assemblée : Cass. com. 11 juin 1954, *Op. cit.*; Cass. com., 9 mai 1961, *Bull. Civ. III*, n°203 p. 177 ; CA Paris, 14e chbre. B, 17 janv. 2003, *SCI Val Thorens c/ Marvaldi* : *Rev. Sociétés* 2003, p. 378, obs. Guyon (Y.).

<sup>419</sup> Cass. com., 11 juin 1954, *op. cit.*

<sup>420</sup> Cass. com., 9 mai 1961, *op. cit.*

*générale était de nature à rendre irrégulières les délibérations qui seraient prises et (avait) pu ordonner en conséquence l'ajournement de l'assemblée ».*

**122. Une opération préventive.** L'ajournement d'assemblée a ceci de particulier qu'il permet de réserver les droits des parties jusqu'à ce qu'il soit statué sur la propriété des actions litigieuses. Selon un auteur<sup>421</sup>, « *la nullité que (le juge) cherche à éviter est une nullité « de second degré », une sorte de nullité par ricochet. En effet, c'est l'annulation d'une cession d'action, nullité de « premier degré », qui va de facto entraîner l'annulation des délibérations votées lors de l'assemblée* ». Il permet donc d'éviter la nullité des délibérations qui pourront être votées lors de l'assemblée, au détriment de l'annulation de la cession d'action. Il apparaît donc clairement que le juge ne doit prononcer l'ajournement de l'assemblée convoquée que lorsqu'il existe un risque certain d'annulation de celle-ci. En dehors de cette hypothèse, son intervention serait considérée comme une atteinte formelle aux prescriptions impératives des statuts et à des dispositions légales d'ordre public.

**123. Le critère objectif d'appréciation.** Le juge peut, alors qu'il existe une contestation réelle sur la propriété de certaines actions, rejeter la demande d'ajournement. C'est le cas lorsque la contestation porte sur un nombre si faible d'actions que les risques d'annulation de l'assemblée sont presque inexistantes<sup>422</sup>. L'attitude du juge permet de comprendre que le litige doit avoir des conséquences sur le contrôle de la société<sup>423</sup>. Cette attitude de la part des juges ne peut être qu'appréciée dans la mesure où l'intervention du juge ici se veut exceptionnelle. Par conséquent, il ne peut recourir à l'ajournement que lorsque les parts ou actions litigieuses sont en « *nombre suffisamment important pour influencer les décisions susceptibles d'être prises en assemblée* »<sup>424</sup>. Dans une affaire du 4 septembre 2000, les juges décidèrent qu'« *eu égard à l'incidence du litige portant sur la nullité éventuelle de la cession d'actions litigieuses sur le contrôle de la société, il y'a lieu d'ajourner* »<sup>425</sup>. Les bornes de l'action du juge sont assez clairement fixées en ce domaine.

<sup>421</sup> V. Raoul (J.), *L'ajournement des assemblées générales dans la société anonyme*, mémoire *op. cit.* p.5.

<sup>422</sup> CA Paris 1<sup>er</sup> déc. 1961, *Rev. Sociétés* 1963, p.64, obs. Autesserre (J.).

<sup>423</sup> CA Paris, 14 nov. 1989, *Rev. Sociétés* 1990, p.55, note Le Cannu (P.), *Bull. Joly* 1990, p.82; CA Paris, 4 sept. 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 1138, note Couret (A.), *JCP E* 2000, I, 1806, n°1, obs. Viandier (A.) et Caussain (J.J), *Rev. Sociétés* 2000, p.761, obs. Guyon (Y.).

<sup>424</sup> Cf. Lefeuvre (C.), *Le référé en droit des sociétés*, PUAM, 2006, préface de Le Nabasque (H.), n°325, p.243.

<sup>425</sup> CA. Paris, 4 sept. 2000 *JCP E*, n°46, p.1806. En effet, l'équilibre au sein de la société suivant que cette cession était reconnue valable ou au contraire annulée se posait en de tout autres termes : la cession avait pour effet de transformer une répartition du capital à 50%-50% en répartition à 75 %-25%.

Cependant, d'autres motifs sont recherchés par les tribunaux afin de justifier le prononcé de l'ajournement, il s'agit de l'irrégularité lors de la convocation de ladite assemblée.

***β. La recherche d'une irrégularité lors de la convocation de l'assemblée***

**124. La recherche de l'absence d'information ou d'une information insuffisante des actionnaires.** En dehors du cas où l'ajournement de l'assemblée est possible par le juge des référés, lorsque les contestations retenues sont susceptibles d'entraîner par la suite une annulation de l'assemblée, l'ajournement pourrait, semble-t-il, être encore décidé au cas où, un actionnaire ayant demandé en justice communication des documents auxquels il a droit, le juge des référés estimerait que des raisons impérieuses justifient le report de la date de l'assemblée. Un tel report a été admis pour la première fois devant le tribunal de grande instance de Strasbourg dans une affaire du 26 septembre 1969<sup>426</sup>. Un actionnaire avait demandé à sa société de lui communiquer certains documents pour lui permettre de voter utilement à l'assemblée générale qui devait statuer sur les comptes des trois derniers exercices. N'ayant pas reçu les documents, l'actionnaire saisit le juge des référés afin que celui-ci ordonne à la société la communication desdits documents. Le président du tribunal fit droit à la demande en ordonnant à la société de communiquer certains documents réclamés et en ajournant l'assemblée générale afin de permettre au requérant d'en prendre connaissance préalable. L'ajournement de l'assemblée apparaît dans ce cas comme le moyen permettant de renforcer la protection du droit de communication de l'actionnaire. Ce droit a été récemment reconnu par les juges de la Cour d'appel de Versailles<sup>427</sup>, qui ont décidé de donner droit à la demande d'ajournement d'assemblée motivée par la nomination d'un expert.

*A contrario*, il ne fait pas de doute que la demande de report de l'assemblée générale devant approuver le rapprochement de la société avec un groupe tierce, dans le cadre d'une offre publique d'achat, présentée par des actionnaires minoritaires, doit être rejetée. Notamment lorsqu'il apparaît que les actionnaires ont reçu les informations exigées par la loi et que celles-ci leur permettront de se prononcer en connaissance de cause sur les

<sup>426</sup> Cf. TGI Strasbourg, 26 sept. 1969, *RTD com.* 1970, p. 150, obs. Houin (R.)

<sup>427</sup> CA Versailles, 11 sept. 2014, *RJDA* 1/2015, n°27.

résolutions soumises à leur vote<sup>428</sup>. Elle peut également être rejetée lorsque la preuve n'est apportée par les demandeurs ni d'une violation flagrante des règles de convocation de l'assemblée générale extraordinaire, ni d'une cause patente d'annulation de celle-ci, ni d'une atteinte manifestement illicite au droit d'expression des actionnaires minoritaires, ni de la nécessité de prévenir un dommage imminent<sup>429</sup>.

**125. Dommage imminent.** En l'état de la jurisprudence, l'ajournement de l'assemblée n'est en principe décidé que lorsqu'il existe des irrégularités. Certains auteurs considèrent que les tribunaux devraient être amenés à ordonner l'ajournement lorsque l'assemblée risque de délibérer dans des conditions particulièrement inopportunes, par exemple, si elle devait se prononcer sur une renonciation à un droit préférentiel de souscription à une période où la bourse subit des fluctuations rapides et importantes. Ces auteurs s'appuient sur le pouvoir qui est donné au juge des référés de prescrire les mesures conservatoires qui s'imposent pour prévenir un dommage imminent. Le juge s'attèle à vérifier que la tenue éventuelle de l'assemblée n'aurait pas été annulée à la suite des effets néfastes qu'elle aurait fait subir à la société<sup>430</sup>. Le juge prend donc soin de relever à la fois le risque de nullité de l'assemblée pouvant atteindre la société, et la situation économique difficile dans laquelle cette société se trouve.

Tel qu'il a été exposé, c'est principalement le souci de régularité des assemblées et du « *bon fonctionnement* » de la société qui inspire les ajournements exceptionnels d'assemblées au détriment des intérêts propres des associés. Il est bien rare que le juge aille plus loin et paralyse, au moins provisoirement, certains projets importants qui ne menacent pas l'intérêt social.

---

<sup>428</sup> TC Paris, 1<sup>er</sup> déc. 1992, SA Conseil et Gestion International c/ Simon, JurisData n° 1993-603044 ; *JCP E* 1993, 384, note Viandier (A.) ; à propos d'un apport partiel d'actif, Cass. com., 8 juill. 2003, n° 99-16.220, Barré c/ Sté Brosse Packaging, *RJDA* 11/2003, n° 1073.

<sup>429</sup> CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. B, 8 déc. 1988, *Rev. Sociétés*, 1989, p. 227, note Le Cannu (P.) ; *JCP E* 1989, II, 15415, n° 5, obs. Viandier (A.) et Caussain (J.-J.).

<sup>430</sup> TC Toulouse, 12 août 1993, *Bull. Joly* 1994, §41, p.169.

*b. La recherche de la menace de l'intérêt social*

**126. Le caractère abusif ou frauduleux de l'acte.** Le juge accepte d'ajourner une assemblée lorsque l'opération sur laquelle doit se prononcer l'assemblée est manifestement abusive ou frauduleuse. Cela a été notamment le cas dans l'arrêt Biard rendu par la Cour d'appel de Paris le 15 mars 1968<sup>431</sup>. La société des Cafés Biard avait convoqué une assemblée générale extraordinaire pour délibérer sur la fusion de la société par voie d'absorption par la compagnie des restaurants Jacques Borel. Le juge des référés décida de surseoir à la tenue de l'assemblée générale en observant que « *les arguments des minoritaires qui faisaient valoir que depuis la prise de participation par le groupe Jacques BOREL de la société BIARD cette dernière voyait ses actifs disparaître au profit de ce dernier et était contrainte à une politique désastreuse exclusivement favorable au groupe dominant* ».

En l'espèce, la fraude était patente et la mesure d'ajournement visait principalement à éviter une plus grande spoliation de la société. Curieusement, le juge ne s'est particulièrement pas penché sur la question des irrégularités pouvant entacher cette assemblée, mais il a mis l'accent sur les considérations économiques, qui étaient en fait des motifs d'opportunité. Il apparaît ainsi qu'en cas de danger pour la société, même le danger issu d'une certaine conception de la gestion. Le juge ne s'interdit pas d'intervenir, mais à condition que le danger soit assez évident, que la menace sur l'intérêt soit assez nette.

**127.** Cet interventionnisme n'est pas selon nous incompatible avec le principe de non-immixtion du juge dans la société. Ce sont ces mêmes considérations qui ont justifié l'ajournement d'une assemblée appelée à se prononcer sur un projet de fusion alors que l'évaluation avait été faite sur la base d'un seul critère<sup>432</sup>.

Ainsi, s'il est vrai que l'on assiste, depuis quelques temps déjà, à une extension des cas d'ajournement, le juge des référés reste toujours dans la limite de ses pouvoirs. Il n'intervient en effet que lorsque l'abus ou la fraude est manifeste. Tel a été le cas dans le jugement rendu par le président du tribunal de commerce de Paris le 1er décembre 1992. En l'espèce, le Tribunal a décidé que le juge des référés peut intervenir si un seul critère a été retenu ou si une erreur manifeste apparaît dans la définition ou l'utilisation d'un ou plusieurs

---

<sup>431</sup> CA de Paris, 15 mars 1968, *JCP G*, 1969, II, 15814, note Bernard (N.).

<sup>432</sup> V. CA Paris, 14 juin 1988, *Dalloz*. 1988, p.55, note sous Viandier (A.).

critères<sup>433</sup>. Ce cantonnement de pouvoirs du juge des référés n'est pas forcément heureux. La mesure d'ajournement est une mesure suffisamment grave pour que l'appréciation de l'opportunité de l'opération en question ne soit pas laissée à un juge statuant dans l'urgence.

**128. La question de l'autonomie du juge.** L'article 873 du nouveau code de procédure civile français donne les pouvoirs au juge saisi pour une contestation au sein de la société, de prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Le juge dispose donc d'une certaine autonomie, qui lui permet de prononcer des mesures extrêmement variées. Toutefois, en qualité de juge de l'urgence, il ne saurait trancher le litige au fond<sup>434</sup>. La question se pose alors de savoir si le juge peut ajourner seulement l'une des résolutions mentionnées à l'ordre du jour de l'assemblée convoquée.

Cette demande fut rejetée par le juge qui avait utilisé comme fondement l'article L. 225-105 du code de commerce français aux termes duquel, « *l'ordre du jour des assemblées est arrêté par l'auteur de la convocation* »<sup>435</sup>. Le juge des référés a donc tiré son incompetence, non de la limitation spéciale de pouvoir du juge des référés, mais de la limitation de pouvoir du juge en général qui ne doit pas s'immiscer dans la gestion des sociétés.

**129. Les limites à l'autonomie judiciaire.** L'importance de l'ordre du jour au sein d'une société n'est pas discutable<sup>436</sup>. Le principe de fixité qui l'encadre empêche sa modification<sup>437</sup> et fait obstacle à toute intervention judiciaire. Cette solution est critiquable. Contrairement au rajout ou à la suppression de résolutions, leur ajournement n'entraîne en effet aucune prise de décision sociale par le juge. En plus, il est désormais reconnu au juge le pouvoir d'ajourner une assemblée, il reste incompréhensible qu'il ne puisse pas également faire droit à la demande des associés qui souhaitent remettre à plus tard le vote de certaines questions. Nous pensons que pour une meilleure protection du droit de

<sup>433</sup> TC Paris, 1<sup>er</sup> déc. 1992, *JCP E* 1993, II, 384, note Viandier (A.).

<sup>434</sup> TC Paris, 1<sup>er</sup> déc. 1992, *JCP E* 1993, II, 384, note Viandier (A.) : « *attendu en l'espèce que l'information a été donnée dans le respect des critères formels en ce domaine ; que la méthode d'évaluation utilisée repose sur plusieurs critères et qu'ainsi elle ne peut être critiquée que devant le juge du fond* ».

<sup>435</sup> V. TC Paris, 26 avr. 1999, *JCP E*, 1999, p.1237, n°1, obs. Viandier (A.) et Caussain (J.-J), p. 1245, note Daigre (J.-J).

<sup>436</sup> « *C'est lui qui donne à l'assemblée le pouvoir de décider et qui précise les limites de ce pouvoir* », in Raoul (J.), mémoire *op.cit.*, p.15

<sup>437</sup> Cela nous semble étonnant que l'assemblée représentée par les associés ne soit pas le pilier de son ordre du jour, exception faite des cas de révocation d'un administrateur. Elle peut décider à la majorité de l'ajournement mais ne peut exclure certains projets de l'ordre du jour.

communication des associés et surtout pour leur permettre de délibérer ultérieurement en toute connaissance de cause, il devrait être reconnu au juge, lorsque les conditions sont réunies, de limiter l'ajournement à certaines questions seulement et laisser les actionnaires voter les autres résolutions. En dehors des modifications judiciaires par l'ajournement des assemblées, le juge peut modifier une décision sociale en fixant l'ordre du jour desdites assemblées.

## ***2. La modification judiciaire par la fixation de l'ordre du jour de l'assemblée***

**130. L'absence de difficulté dans les sociétés anonymes.** L'article 520 al 2 de l'AUDSCGIE fait mention de l'autorité chargée de fixer l'ordre du jour en cas de convocation de l'assemblée en ces termes : « *toutefois, lorsque l'assemblée est convoquée par un mandataire ad hoc, l'ordre du jour est fixé par la juridiction compétente qui l'a désigné* ». Ce texte règle la question en ce qu'il confie de façon explicite la fixation de l'ordre du jour au juge. Il n'en est pas de même dans le cadre de la SARL.

**131. Le cas des sociétés à responsabilité limitée.** Si le problème de la fixation de l'ordre du jour des assemblées a été résolu dans la SA, dans la SARL en revanche, l'article 338 de l'AUDSCGIE ne donne aucune indication précise. L'al 2 de ce texte précise dans des termes vagues que « *la convocation indique la date, lieu, et l'ordre du jour de la réunion* ». La solution de principe posée par la loi est la suivante : « *l'ordre du jour de l'assemblée est arrêté par l'auteur de la convocation* ». Mais qui est l'auteur de la convocation ? Est-ce le juge qui prend la décision de faire convoquer l'assemblée, ou le mandataire de justice qui, concrètement convoque, réunit et préside ? Pour des raisons d'opportunité et de conformisme, nous pensons qu'il revient au juge de le faire, car il ne nous paraît pas prudent de laisser le mandataire de justice fixer lui-même l'ordre du jour. Ainsi, le juge peut fixer l'ordre du jour des assemblées d'associés en trouvant des fondements dans l'al. 2 de l'article 338 de l'AUDSCGIE. Si le juge peut porter atteinte à l'acte d'un organe sociétal sur la base des dispositions de l'AUDSCGIE, il n'en est pas de même lorsque son action a pour effet d'évincer cet organe sociétal.



## Conclusion du chapitre 1

132. A l'issue des développements qui précèdent, on peut affirmer que l'éviction judiciaire des acteurs sociaux est un mécanisme de protection de l'environnement sociétaire très limité. A raison de nombreuses imprécisions quant à l'étendue des pouvoirs judiciaires en matière d'exclusion de l'associé demandeur en dissolution et de révocation des organes sociaux, l'intervention judiciaire fait l'objet de controverses. En effet, la référence au droit français nous a permis de relever une double attitude judiciaire qui laisse percevoir une absence de cohérence de la jurisprudence. Par ailleurs, les hypothèses de mise à l'écart des acteurs sociaux et de modification des actes sociaux sont d'une extrême rareté puisqu'elles sont par principe interdites. La nature contractuelle de la société et la souveraineté du titulaire du pouvoir social sont très souvent évoquées par le juge pour limiter son intervention.

Or, dès lors qu'il est question de satisfaire l'intérêt collectif, le juge devrait pouvoir exclure un associé qui demande la dissolution de la société ou révoquer un dirigeant dans toutes les formes sociales sans aucune distinction. Il s'agit des mesures qui n'ont pas été consacrées par le législateur de l'OHADA, ou qui l'ont été dans des cas exceptionnels. Pourtant, il est question de permettre au juge de réguler les rapports sociaux et par ricochet, de garantir le bon fonctionnement de la société. Face aux enjeux économiques, la priorité devrait être donnée à l'aspect économique pour une raison de pure logique. Ainsi, lorsque la survie de la société est en cause, le juge guidé par l'intérêt social<sup>438</sup> devrait prendre des mesures visant à réduire les droits de certains organes sociaux. Au-delà des débats doctrinaux, c'est le rétablissement du fonctionnement normal de la société qui devrait guider le juge. Il reste que pour une solution satisfaisante, des mesures devraient être trouvées pour combler l'insuffisance des techniques du recours judiciaire aux mandataires.

---

<sup>438</sup> V. Mestre (J.), « Réflexion sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés », *R.J com.*, 1985, P. 91, n° 4.

## Chapitre 2. Un recours insuffisant aux mandataires

**133. Un recours nécessaire<sup>439</sup>, mais peu adapté.** Le recours judiciaire aux tiers est une technique qui permet au juge de rétablir le fonctionnement normal de la société troublé ou susceptible d'être troublé, soit par un conflit entre les organes sociaux, soit par la carence des organes, soit encore par une difficulté financière rencontrée par la société. Par ce moyen de régulation, le juge nomme une personne externe à la société qui se substitue, de façon totale ou partielle, à l'organe social absent ou défaillant. Celle-ci est chargée de prendre des décisions ou d'accomplir des actes pour le compte de la société et peut éclairer le juge sur la situation de ladite société. Leurs actes et décisions peuvent être déterminantes pour le bon fonctionnement de la société. En droit des sociétés, le juge utilise plusieurs mécanismes pour recourir aux tiers. Il s'agit entre autres, de l'administration provisoire, de l'expertise de gestion, du mandataire *ad hoc*. Toutefois, toutes les modalités du recours judiciaire au tiers n'ont pas été suffisamment définies par l'AUDSCGIE. Le législateur a souvent laissé un large pouvoir d'appréciation au juge. Or, ce pouvoir aboutit régulièrement à des appréciations divergentes, puisque les interventions<sup>440</sup> judiciaires ne sont pas proportionnées aux éventuelles crises sociales. Plus que le mutisme des textes, c'est l'efficacité des pouvoirs judiciaires qui inquiète. Les pouvoirs du juge présentent deux aspects : D'un côté, il apprécie souverainement l'opportunité de la désignation des mandataires. De l'autre côté, il ne peut s'immiscer dans le déroulement de la procédure pour laquelle le mandataire a été désigné. Le mandataire agit en toute liberté et indépendance vis-à-vis du pouvoir judiciaire. Dans certains cas, le juge ne peut lui donner des consignes ou des orientations quant aux méthodes et aux solutions à adopter. Cela semble inadapté au regard de l'objectif de protection de l'intérêt social. Les insuffisances liées au recours judiciaire aux mandataires sont pour certaines, spécifiques au fonctionnement normal de la société (Section 1) et pour d'autres, propres à l'administration provisoire (Section 2).

---

<sup>439</sup> V. Nemoz-Rajot (Q.), *Les interventions judiciaires spécifiques au droit des sociétés in bonis*, thèse de Lyon III, 2015 p. 173, n° 234. L'auteur pense que l'affirmation selon laquelle « *l'enfer c'est les autres* », est une affirmation à tempérer en droit des sociétés dans la mesure où, le recours judiciaire à un tiers empêche, en principe, à la société d'arriver en enfer.

<sup>440</sup> Cf. Tamkam Silatchom (G. A.), « Réflexions sur l'administration provisoire dans l'AUDSCGIE relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE », *Penant*, n° 892, juill. 2015, p. 345, également disponible sur <https://www.lextenso.fr>, consulté le 19/03/19.

## Section 1. Les insuffisances spécifiques au fonctionnement normal de la société

**Cas particuliers.** Les insuffisances spécifiques au fonctionnement normal de la société commerciale s'observent lorsque le juge recourt soit à l'expert de gestion pour prévenir d'éventuelles crises susceptibles de naître du fait de la gestion douteuse des organes sociaux (§1), soit au mandataire *ad hoc* dans le cadre de l'indivision (§2).

### §1. Le recours à l'expert de gestion

**134. L'étendue des pouvoirs judiciaires.** Par les modifications apportées dans le cadre de la récente réforme du droit de l'OHADA, le législateur a confirmé sa volonté de confier à la juridiction statuant à bref délai, le pouvoir de définir les règles qui s'appliquent au régime de l'expertise de gestion<sup>441</sup>. Ainsi, la nomination de l'expert ne s'impose pas au juge<sup>442</sup>, même lorsque ses conditions de recevabilité sont réunies. En dépit du succès de ce texte dans la pratique révélé par les recueils de jurisprudence, l'expertise de gestion est un mécanisme de protection qui met en évidence certaines incertitudes<sup>443</sup> relatives à la place du juge. En effet, les pouvoirs du juge sont limités à la phase de nomination de l'expert (A). Or, eu égard à l'objectif recherché par le recours à ce mandataire, il paraît indispensable de renforcer l'implication du juge dans la procédure d'expertise (B).

---

<sup>441</sup> Mr. Le Cannu (P.), « Élément de réflexion sur la nature de l'expertise judiciaire de gestion », *Bull Joly*, 1988, p.553. Le soulignait en ces termes : « *L'expertise de gestion n'est pas une sanction de la gestion ; en revanche, elle sanctionne une information insuffisante* ».

<sup>442</sup> V. Pohé (D.), *Droit des sociétés commerciales et coopératives dans l'espace OHADA*, Bruylant, coll. Droit uniforme africain, 2019, p. 167, n°302.

<sup>443</sup> Cette limite a permis à un auteur de relever, avec raison, le double aspect de l'intervention judiciaire. D'un côté, les pouvoirs du juge sont étendus en raison de son pouvoir d'appréciation souveraine quant à la nomination de l'expert. De l'autre côté, ses pouvoirs sont strictement encadrés puisqu'il « *ne peut ni conférer une mission générale à l'expert désigné, ni s'immiscer dans le déroulement de l'expertise* ». V. Kamnang K. (I.-Fl.), *Les pouvoirs du juge dans les sociétés commerciales de droit OHADA*, thèse Dschang, 2017, p.256, n°273.

## **A. Des pouvoirs judiciaires limités à la phase de nomination de l'expert**

**135. Le domaine de l'intervention.** L'expertise de gestion ne peut être déclenchée et le juge ne peut y faire droit que si l'acte contesté est susceptible de faire naître une crise ou un dysfonctionnement social. Il revient donc au juge d'apprécier les conditions de l'expertise (1). Lorsque cette mission est accomplie, le juge nomme l'expert si les conditions sont remplies. La nomination de l'expert marque son éviction de la procédure (2).

### *1. L'appréciation judiciaire des conditions de l'expertise*

**136. La manifestation du pouvoir judiciaire.** Le pouvoir judiciaire consiste à apprécier le bien-fondé des inquiétudes des associés. Ainsi, il va d'une part statuer sur une situation objective, les opérations de gestion critiquées (a), d'autre part, il va se pencher sur la situation subjective, celle liée à l'auteur de la demande (b), afin de déterminer si les conditions de mise en œuvre de l'expertise sont remplies.

#### *a. L'appréciation des opérations de gestion critiquées*

b.

**137. Les critères de recherche.** Le juge recourt à de nombreux critères pour rechercher la véritable nature de l'opération, objet de la demande de nomination de l'expert. Certains sont relatifs à la nature de l'acte concerné ( $\alpha$ ) et d'autres au caractère sérieux de la demande ( $\beta$ ).

### *a. Le critère d'appréciation fondé sur la nature de l'acte*

**138. La protection des droits des associés.** Régie par les articles 159<sup>444</sup> et 160<sup>445</sup> de l'AUDSCGIE, l'expertise de gestion est une innovation<sup>446</sup> dans le droit de l'OHADA<sup>447</sup>. Si cette procédure exceptionnelle d'information<sup>448</sup> est destinée à prévenir les abus<sup>449</sup>, elle est présentée surtout comme une mesure destinée à renforcer le droit des associés, en particulier celui des minoritaires, en matière de contrôle de la régularité de la gestion d'une société. Il est nécessaire que les associés minoritaires aient à leur disposition, des instruments juridiques efficaces.

**139. La dualité d'interprétation de l'article 159 de l'AUDSCGIE.** Aux termes de l'article 159 de l'AUDSCGIE, la demande d'expertise de gestion ne peut porter que sur une ou plusieurs opérations de gestion. Deux critères<sup>450</sup> d'appréciation de la nature de l'opération de gestion semblent ressortir de cet article. Le premier critère, dit organique, fait dépendre<sup>451</sup> l'opération de la nature de l'organe<sup>452</sup> qui l'accomplit et de sa compétence. Ainsi, sont des actes de gestion ceux émanant des organes que la loi qualifie d'organes de gestion, de direction ou d'administration. Dans ce sens, on pourrait penser que les actes de gestion ne peuvent émaner

---

<sup>444</sup> L'art.159 AUDSCGIE dispose que : « Un ou plusieurs associés représentant au moins le dixième du capital social peuvent, soit individuellement, soit en se groupant sous quelque forme que ce soit, demander à la juridiction compétente du siège social, statuant à bref délai, la désignation d'un ou de plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion ».

<sup>445</sup> L'art.160 de l'AUDSCGIE précise que « S'il est fait droit à la demande, la juridiction compétente détermine l'étendue de la mission et des pouvoirs des experts ».

<sup>446</sup> Contrairement au contexte OHADA, l'expertise de gestion a été consacrée en France depuis plusieurs années. Elle est le fruit de la loi du 24 juillet 1966 et a subi deux modifications. L'une intervenue dans la loi du 1 er mars 1984 et l'autre à la suite de la loi sur les nouvelles régulations économiques.

<sup>447</sup>Cf. Anoukaha (F.), Abdoulaye (C.), Ndiaw (D.) et al., *OHADA, Sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique*, Bruylant, coll. DUA, 2002, p.173, n° 261;

<sup>448</sup> Cf. Anoukaha (F.), Abdoulaye (C.), Ndiaw (D.) et al., *OHADA, sociétés commerciales et GIE, op. cit.*, p.28, n°44; Pailluseau (J.), « L'acte uniforme sur le droit des sociétés », Communication à la journée de l'association Henri Capitant du 22 nov. 2002, *Petites Affiches, Le quotidien Juridique*, n°205, p. 19, *Ohadata D-04-17*, disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté le 11/02/19.

<sup>449</sup> Michelin-Finielz (S.): « L'expertise de l'article L.226 et l'expertise préventive dans les sociétés anonyme », *Rév. Sociétés*, 1982, p.33 et s. spéc. P.3 et 36 : l'expertise de gestion répond « à la nécessité, de protéger les actionnaires contre une gestion défectueuse, de les faire bénéficier d'informations sur cette gestion pour la censurer avant qu'il ne soit trop tard, car un contrôle préventif est toujours plus facile à mettre en œuvre qu'une sanction judiciaire intervenant à posteriori (...) de cette façon, est née l'idée d'un contrôle préventif de la gestion réalisée par le moyen d'une information exceptionnelle, mais cependant institutionnelle, c'est-à-dire non contentieuse ».

<sup>450</sup> Mouthieu (M. A.), *l'intérêt social en droit des sociétés*, l'Harmattan, coll. Etudes Africaines, 2009, p. 198 et s., préface de Pougoué (P.-G.).

<sup>451</sup> V. les articles 525 AUDSCGIE pour les SA, 240 pour les SARL et 288 pour la SNC.

<sup>452</sup> Certains auteurs militent pour une conception plus large de l'organe social. Pour une partie de la doctrine qu'il serait judicieux de faire une distinction entre l'assemblée générale ordinaire et l'assemblée générale extraordinaire « la première étant l'organe collectif de gestion de l'entreprise et la seconde, l'organe structurant de son capital et des opérations qui modifient la cadre juridique de l'activité », CA Paris, 27 nov., 1991, *RTD com.*, 1992, p.828 et s., spéc. P. 829.

que du dirigeant<sup>453</sup>, puisqu'il est considéré comme l'organe ayant reçu des associés le pouvoir d'assurer la gestion quotidienne de la société. Il s'agit d'une conception qui exclut les actes provenant d'autres acteurs sociaux, notamment ceux des associés réunis en assemblée. Cette exclusion semble se justifier par les conditions d'adoption des délibérations sociales. En effet, on peut estimer qu'au cours des diverses assemblées, l'information des associés est assez bien assurée, d'où le refus de l'expertise pour des actes qui en résultent<sup>454</sup>.

Le second critère quant à lui, qualifié de critère matériel<sup>455</sup>, prend en compte l'objet de l'opération. De ce fait, rentrent dans la catégorie d'actes de gestion, « *l'ensemble des actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet social* »<sup>456</sup> ou « *ceux qui, quel que soit l'organe ou la nature, engagent ou portent sur le patrimoine social* »<sup>457</sup>. La notion d'opération de gestion n'a pas été définie par le législateur<sup>458</sup>, il appartient donc au juge saisi de déterminer le sens à donner à cette notion. Or, face à la dualité d'interprétation de la nature de l'opération de gestion, le juge de l'OHADA n'a retenu aucun critère.

**140. L'absence de critère consacré par la jurisprudence dans l'espace de l'OHADA.** L'état de la jurisprudence en droit de l'OHADA montre que le juge n'a placé aucune « *borne* »<sup>459</sup> quant à la définition qu'il donne à la notion d'acte de gestion. C'est ainsi que par un arrêt de la Cour d'appel de Cotonou en date du 17 août 2000<sup>460</sup>, il a été jugé que l'opération de gestion est une notion qui couvrirait, *inter alia*, les transferts de fonds relatif aux opérations de rachat des actions d'une société par une autre et les mouvements de fonds entre les deux sociétés. De même, d'autres arrêts des juridictions des États membres de l'OHADA ont admis l'expertise de gestion notamment pour les opérations de vérification des comptes

<sup>453</sup> Cf. Lefeuvre (Cl.), *Le référé en droit des sociétés*, PUAM, 2006, préface de Le Nabasque (H.), p. 89, n°96.

<sup>454</sup> Cass. com., 12 janv. 1993, *JCP*, 1993, II, 22029, note Guyon (Y.) ; *Rév. Sociétés* 1993, 426, note Saintourens (B.).

<sup>455</sup> V. les articles 525 AUDSCGIE pour les SA, 240 pour les SARL et 288 pour la SNC.

<sup>456</sup> Cf. Badinter (R.), « Les pouvoirs du PDG de la société anonyme de type classique après la réforme du droit des sociétés commerciales », *Dalloz* 1969, p.185 et s., spéc. P. 186.

<sup>457</sup> Cass. com., 12 janv. 1993, *Dr. Soc.* 1993, n°58, note sous Le Nabasque (H.)

<sup>458</sup> Dans la mesure où, « *ni le nombre, ni la nature ne sont déterminées par la loi* » : CA d'Orléans, 22 nov., 1971, p.130, note Hemard (J.), *RTD Com.*, 1972, p. 408, obs. Houin (R.) et Saint Alary (R.).

<sup>459</sup>V. Foko (A.), « L'essor de l'expertise de gestion dans l'espace Ohada », *Penant* 867, p.173, l'auteur décrit la situation en ces termes : « *elle semble se présenter comme un véritable fourre-tout où l'on verse la quasi-totalité des points d'ombres relevés dans le fonctionnement de la société* » ; TRHC Dakar, jugement n°871 du 21 mai 2002, Hassen Yacine c/ Société Natte industrie, *Ohadata* J-03-04, obs. Ndiaw Diouf. Dans cette affaire, la demande d'expertise fut introduite aux fins d'ordonner un audit de la société, de déterminer la valeur des investissements réels faits pour le compte de la société dans l'intérêt social depuis la création de la structure ; déterminer la valeur réelle des actions ; déterminer l'actif réel de la société ; et déterminer au vu du rapport d'expertise, le montant réel des bénéficiaires qui auraient dû être distribués à la clôture de chaque exercice comptable.

<sup>460</sup>CA. Cotonou, arrêt 256/2000 du 17 août 2000, aff. CPI, M. Séfou Fagbohoun, Sonacp, M. Cyr Koty c/ État Béninois.

d'une société ; de vérification de la sincérité des bilans. Pourtant, selon une jurisprudence constante, la mission de l'expert ne saurait porter sur l'ensemble de la gestion de la société<sup>461</sup>. Cette technique d'information n'est pas un moyen de faire procéder à un audit de la société afin d'y détecter d'éventuelles irrégularités<sup>462</sup>. En outre, l'expertise de gestion ne peut être admise lorsqu'elle vise à examiner l'ensemble des activités de la société pendant une longue période<sup>463</sup>. Le constat est clair, le juge de l'espace de l'OHADA fait un usage abusif de la notion d'acte de gestion, l'attribuant ainsi à tous les actes pris au sein de la société par n'importe quel organe. Et ces abus faits par le juge risquent de s'accroître, si aucune action dans l'optique d'une bonne précision des concepts n'est envisagée. La position du juge de l'OHADA est contraire à celle adoptée par le juge français.

**141. Le critère consacré par la jurisprudence française.** En France, le juge semble retenir le critère organique<sup>464</sup>, même s'il faut relever que dans certaines hypothèses, cela a été fait avec quelques assouplissements<sup>465</sup>. En effet, ces assouplissements avaient pour but de « *déjouer une pratique des dirigeants sociaux qui consistait à soumettre une opération à l'approbation de l'assemblée pour la faire échapper à l'expertise de gestion* »<sup>466</sup>. Ainsi, le critère organique doit donc désormais être compris comme n'excluant la qualification d'opération de gestion que si c'est l'assemblée générale qui en décide elle-même. C'est ce qui permis au juge de retenir dans une affaire que la décision prévoyant une augmentation importante du salaire du gérant constituait un acte de gestion<sup>467</sup>. *A contrario*, la qualité d'acte de gestion n'a pas été reconnue à une décision d'augmentation du capital social parce qu'elle relevait de la compétence de l'assemblée d'associés<sup>468</sup>. A la suite de ces arguments, il se pose

<sup>461</sup> CA. Paris, 24 nov. 2000, *Juris-data*, n°136393 ; CA Montpellier, 12 juin 2001, *juris-data*, n°166101.

<sup>462</sup> Cf. Anoukaha (F.), Cissé (A.), Ndiaw (D.), et al., *Sociétés commerciales et GIE, op. cit.*, p.174, n°261.

<sup>463</sup> CCJA, Arrêt n°27/2013 du 18 avr. 2041, Hann c/ SGBC, *jurisdata* JO. 27-04/2013.

<sup>464</sup> Le critère organique a été affirmé à travers les arrêts suivants : arrêt NAZARIAN, Cass. com., 30 mai 1989, *JCP G* 1990, II, 21405, obs. Marteau-Petit (M.) ; *Bull. Joly* 1989, p.717, le juge a décidé que : la décision de fixation de la rémunération d'un gérant ne constituait pas un acte de gestion susceptible d'être soumise à expertise dès lors qu'elle est soumise à l'assemblée des associés ; CA Paris, 08 nov. 1991, *Dr. Sociétés* 1992, n°35, note Le Nabasque (H.), le juge avait précisé dans ce cas qu'une décision d'arrêter l'exploitation des fonds de commerce de la société et de consentir à un associé un bail commercial sur les lieux d'exploitation prise en assemblée générale ne pouvait faire l'objet d'une expertise ; CA Versailles, 4 juin 1999, *Bull. Joly*, 1999, p. 1123, note Menjuq (M.), la décision de départ de certains associés ne pouvait faire l'objet d'une expertise. Il en est de même de la décision de l'élaboration d'un rapport par un cabinet de comptabilité et de gestion. CA Paris, 16 avril 1999, *Dr. Sociétés*, 1999, n°152, note Vidal (D.).

<sup>465</sup> Par ex. lorsque l'objet de la demande d'expertise porte sur un apport partiel d'actif, Cass. com., 12 janv. 1993, *JCP G* 1993, II, 22029, note Guyon (Y.) ; *Rev. Sociétés* 1993, p. 426, note Saintourens (B.) ; *Bull. Joly* 1993, p. 343, note Le Cannu (P.).

<sup>466</sup> Cf. Lefeuve (Cl.), *Le référé en droit des sociétés*, PUAM, 2006, p. 93, n°101, préface de Le Nabasque (H.).

<sup>467</sup> Cass. com., 8 jan. 1991, n° 89-11.365, *Bull. Joly*, 1991, p. 286.

<sup>468</sup> Cass. com., 25 sept. 2012, n° 11-18.312 p, *Bull. Joly*, 2013, p. 48, note Parachkévova (I.) ; *Rev. Sociétés*, 2011, p. 286, note Barbièri.

la question de savoir si l'acte amenant une assemblée générale à se prononcer seulement pour en tirer les conséquences de l'opération déjà décidée par l'organe de gestion peut être considérée comme une opération de gestion. La Cour d'appel de Paris a répondu par l'affirmative<sup>469</sup>, justifiant sa position par le fait que, « *les conventions soumises, par application de l'article 101 de la loi du 24 juillet 1966, à l'autorisation préalable du conseil d'administration et qui nécessitent une délibération spéciale relevant des seuls pouvoirs des dirigeants constituent des opérations de gestion, l'assemblée étant seulement amenée à se prononcer pour tirer les conséquences d'une opération décidée par l'organe de gestion* ». Malgré toutes ces précisions, le critère organique auquel recours la jurisprudence française pourrait être critiqué.

**142. Les critiques du critère organique.** Des critiques sont apportées à la seule considération par la jurisprudence du critère organique comme critère de détermination de la notion d'acte de gestion. D'abord, tous les actes émanant des organes de gestion ne sont pas des actes de gestion, il en ait ainsi des actes accomplis en cours de fonctionnement de la société<sup>470</sup>. Ensuite, les organes de gestion ne sont pas les seuls à prendre un acte de gestion ou à participer à son adoption. Enfin, comment le juge doit-t-il appréhender la notion de dirigeant social ? Son appréciation se fait-t-elle de manière restrictive ou de manière extensive ? Précisément, outre les dirigeants de droit, le juge peut-il valablement autoriser une expertise de gestion relativement à un acte accompli par d'autres types de gérants ?

**143. L'absence de définition légale du dirigeant social.** La notion de dirigeant n'a pas été définie par le législateur de l'OHADA. Il a simplement opéré un classement en fonction des formes de sociétés. Ainsi, on range dans la catégorie des dirigeants sociaux, les gérants des sociétés en nom collectif, des sociétés en commandite simple ou des sociétés à responsabilité limitée, au président du conseil d'administration, au président directeur général, au directeur général au directeur général adjoint et à l'administrateur général des sociétés anonymes. Selon une doctrine constante, la notion de dirigeant devrait être largement appréciée. C'est-à-dire que du moment où il s'agit au bout du compte d'aboutir à un fonctionnement harmonieux de la société, le juge pourrait permettre d'initier l'action dont il s'agit quel que soit le dirigeant

---

<sup>469</sup> CA Paris, 20 mai 1998, *Bull. Joly* 1998, p.1159, note Le Cannu (P.) ; *Dr. Sociétés* 1998, n° 127, note Vidal (D.) : « *la notion d'opération de gestion au sens de l'article 226 correspond aux mesures arrêtées par les actes de gestion et non aux actes relevant de la compétence exclusive des assemblées des associés* ».

<sup>470</sup> CA Paris 27 nov. 1991, *RTD Com.* 1992, p.828, obs. Champaud (C.).



ayant accompli l'acte : dirigeant de droit ou de fait, dirigeant apparent ou occulte, dirigeant bénévole ou rémunéré <sup>471</sup>.

**144. La position jurisprudentielle.** La jurisprudence est allée dans le même sens que la doctrine en définissant le dirigeant de fait<sup>472</sup> comme celui qui, en toute souveraineté et indépendance, exerce une activité positive de gestion et de direction<sup>473</sup>. Récemment, certains juges ont complété cette définition en décidant qu'il y a gestion de fait lorsque peuvent être relevés à l'encontre du dirigeant « *des faits précis de nature à caractériser une immixtion dans la gestion, se traduisant par une activité provisoire et indépendante* »<sup>474</sup>. Cette position a été adoptée par les juges dans un arrêt du 25 mai 2007. En l'espèce, une société à responsabilité limitée avait été créée par deux associés. L'un deux, Monsieur Noubicier Léon, était le gérant statutaire. Mais, il a été plus tard éjecté de ces fonctions par son coassocié et dès ce moment il semblait que rien ne devait plus aller dans la société. Le gérant statutaire s'était plaint en effet de nombreuses irrégularités du fait de son coassocié qui était devenu gérant de fait. Malgré la qualité de gérant de fait reconnu à cet associé, le juge a nommé un expert qui devait procéder à une expertise sur les opérations effectuées par ce dirigeant<sup>475</sup>. L'attitude du juge dans cette affaire permet de comprendre que ce qui retient son attention, c'est la situation de la société au moment où il est saisi. Son souci étant d'empêcher un dysfonctionnement de la société. C'est ce qui paraît justifier l'extension de son pouvoir d'appréciation vers le critère fondé sur le sérieux de la demande.

---

<sup>471</sup> Cf. Foko (A.), « L'essor de l'expertise de gestion dans l'espace Ohada », *op. Cit.*

<sup>472</sup> Il revient au juge de fond de relever et d'exposer dans leur décision le faisceau d'indices qui les autorise à déduire qu'il y a véritablement direction de fait. V. par ex. Cass. com., 22 janv. 2002, S. Troscia c/ Fray et A. : *juris-data* n°2002-013865, note Legros (J-P.). Les juges de fond avaient pour établir l'existence de la direction de fait et du siège de la société, les réunions des assemblées, en ce même lieu, le rôle actif de la personne qualifiée de dirigeant de fait qui définit la stratégie de la société à égalité avec les autres participants, l'usage par l'intéressé du titre de directeur commercial, l'emploi d'une délégation de pouvoir en matière bancaire donnée par le dirigeant de droit au dirigeant de fait, la transmission par ce dernier des renseignements nécessaires à l'établissement des comptes.

<sup>473</sup> CA Paris, 1<sup>er</sup> févr. 1978, *Dr. Sociétés*, 1979, IR, 4 obs. Derrida ; Nancy, 15 déc. 1977, *JCP G*, 1978, II, 18912.

<sup>474</sup> V. Cass. com., 18 janv. 2000, *juris-data*, n°000287; CA Paris 3<sup>e</sup> chbre. Sect. c, 6 oct. 2000, *Bull. Joly* 2001, 95, n°6.

<sup>475</sup> Le juge ne fait pas de distinction entre le dirigeant de fait et le dirigeant de droit.

### *β. Le critère fondé sur le sérieux de la demande*

**145. Présomption d'atteinte à l'intérêt social.** Pour être admissible, la demande d'expertise de gestion doit avoir un caractère sérieux, il suffit pour cela que « *la conformité à l'intérêt social soit douteuse* »<sup>476</sup>. Les juges saisis d'une demande d'expertise de gestion doivent, pour décider du bien-fondé de celle-ci, se déterminer exclusivement en fonction de la menace dont l'acte litigieux est porteur au regard de l'intérêt social<sup>477</sup>. C'est-à-dire que l'atteinte à l'intérêt social n'est pas une condition de recevabilité de l'action<sup>478</sup> puisque la preuve d'une présomption d'irrégularité entachant les opérations de gestions concernées suffit à faire intervenir le juge. Cette solution a pour fondement un arrêt rendu le 10 février 1998 de la chambre commerciale de la Cour de cassation<sup>479</sup>. Dans cette affaire, deux actionnaires minoritaires avaient demandé la nomination d'un expert de gestion dont la mission devait être celle de déterminer les conditions de l'achat par leur société d'un immeuble à l'actionnaire majoritaire. La Haute Cour a rejeté cette demande en justifiant sa décision par le fait que, les motifs invoqués par les associés minoritaires étaient « *impropres à établir que l'acte de gestion n'était pas susceptible de porter atteinte à l'intérêt social et ainsi à justifier la demande d'expertise* ». Cependant, la présomption d'atteinte à l'intérêt social comme fondement de la nomination de l'expert de gestion a été progressivement abandonnée au profit d'un nouveau critère.

**146. Le nouveau critère retenu.** Les arrêts rendus depuis 1998 ne font plus explicitement référence à l'intérêt social. Ils reviennent aux formules antérieures selon lesquelles la demande doit présenter un caractère sérieux<sup>480</sup> ou doit faire état de présomption sérieuses d'irrégularités. Quelle que soit la formule utilisée, l'expertise de gestion ne constitue

<sup>476</sup> V. Kamnang K. (I.-Fl.), *Les pouvoirs du juge dans les sociétés commerciales de droit OHADA*, op. cit., 2017, p. 254, n°270.

<sup>477</sup> Pour autant, elle ne peut être déclenchée et le juge n'y fera droit que si la mesure permet d'anticiper sur une crise ou un dysfonctionnement social susceptible de naître. TPI Bafang, Ord. de référé n°27/ORD/ CIV/TPI 2007 du 25 mai 2007 aff. Sieur Noubicier Léon c/ Sieur Ngamako Michel, *Juridis Périodique* n°78, avr, mai, juin 2009, note sous Kalieu (Y. R.).

<sup>478</sup> Dans un arrêt de la CA Paris, 14<sup>e</sup> chbre., sect. A, 20 mai 1998, les juges ont rappelés que : « *la recevabilité d'une telle action n'est pas subordonnée à la preuve que les organismes sociaux aient méconnu l'intérêt de la société, ni détourné les pouvoirs de leur finalité, puisque la mesure d'information et de contrôle organisée par l'art. 226 tend justement à l'établissement de cette preuve* ».

<sup>479</sup> Cass. com., 10 févr. 1998, *Bull. Joly*, 1998, p.468, note Menjuq (M.); *Rév. Sociétés* 1998, p.82, note Didier (P.).

<sup>480</sup> CA Paris, 20 mai 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 1159, note Le Cannu (P.); *Rév. Sociétés* 1998, Somm., p.630, obs. Guyon (Y.); Paris, 4 févr. 2000, *RTD com.* 2000, p. 373, obs. Champaud (C.) et Danet (D.).

pas un moyen de remettre en cause la gestion décidée par les dirigeants<sup>481</sup>. Il s'agit d'une simple mesure d'information, destinée à assurer le fonctionnement régulier de la société. Le juge ne l'ordonne que si le demandeur établit de sérieux doutes sur la régularité de telle ou telle opération<sup>482</sup>. Les tribunaux ne se fondent pas sur l'attitude du demandeur mais sur la situation présente, sur la nature et la gravité des opérations de gestion critiquées. En effet, « *il n'existe pas des « bons » et de « mauvais » actionnaires. Il y'a l'intérêt social* »<sup>483</sup>. Et si les faits paraissent justifier la demande des minoritaires, le juge désignera l'expert. Toutefois, cette seule condition ne suffit pas, il faudra qu'en plus le juge apprécie la qualité de l'auteur de la demande d'expertise.

### ***b. L'appréciation de la qualité de l'auteur de la demande***

**147. Une action réservée à certains associés.** L'article 159 de l'AUDSCGIE dispose que la demande d'expertise peut être faite par un ou plusieurs associés représentant au moins le dixième du capital social, soit individuellement, soit en se groupant sous quelque forme que ce soit. Dès lors, pour mettre en œuvre l'expertise de gestion, le demandeur doit remplir deux conditions. L'une relative à son statut au sein de la société, et l'autre liée à son taux de participation au capital social<sup>484</sup>. Ces conditions s'imposent à tous, même au juge<sup>485</sup> et la perte de la qualité d'associé en cours d'instance n'a aucun effet sur la suite de la procédure<sup>486</sup>. Les conditions posées par l'article 159 de l'AUDSCGIE semblent limiter les titulaires de la demande d'expertise de gestion. En effet, la condition liée à la participation au capital social peut paraître irréaliste dans la mesure où, le pourcentage exigé par les textes peut, dans

---

<sup>481</sup> Cf. Mr Fenon, « *Les grands articles de doctrine de l'Ohada* », *Penant*, 2000 à 2013, sous la direction du même auteur, p.135, l'a relevé en ces termes : « *Il convient d'observer que l'expertise de gestion n'a pas pour objet de permettre de procéder à un audit de la société, ou à une analyse complète de ses comptes sociaux* »,

<sup>482</sup> Cass. com., 10 déc. 2013, n°12-24.232, *BJS*, 2014, p. 83, note Barbèri (J.-F.). En l'espèce, la Haute Cour a donné droit à la décision rendue par la CA au motif que les rapports du commissaire aux comptes dénonçant une convention non autorisée qui octroyait un avantage exceptionnel consenti à une autre société ayant le même dirigeant, constituait une présomption d'irrégularité et un risque d'atteinte à l'intérêt social de la SA et justifiait la désignation d'un expert de gestion.

<sup>483</sup> Azencot (M.), *L'intervention du juge dans la gestion des sociétés commerciales*, thèse dact., 1979, p.173.

<sup>484</sup> Cette condition a été améliorée lors de la révision de l'acte uniforme. Selon l'ancienne disposition, le taux de participation de l'associé dans le capital social devait s'élever à 5 %. Cela réduisait considérablement les possibilités d'ouverture de la procédure.

<sup>485</sup> CA d'Abidjan, 5<sup>e</sup> chbre civ., 2 janv. 2001, n°10, aff. Polyclinique Avicennes c/ M. Bassit Assad, *Ohada* J-02-113. Disponible [www.ohadat.com](http://www.ohadat.com).

<sup>486</sup> Cass. com., 6 déc., 2005, *Dalloz*, 2006, AJ 67, obs. Lienhard (A.). En effet dans cette affaire, les juges ont cassé l'arrêt de la CA en précisant que la qualité du demandeur de l'action s'apprécie au jour à la date de la demande introductive d'instance. Par conséquent, les événements nés à la suite de cette demande, malgré leur influence sur les actions détenues par l'associé, ne remettaient pas en cause la qualité du demandeur.

certaines hypothèses, être difficile à atteindre par les associés. C'est notamment le cas dans les sociétés dans lesquelles le capital social est très éclaté. Dans ces sociétés, un associé représentant moins d'un dixième du capital social ne peut demander la nomination d'un expert<sup>487</sup> pour défaut de qualité pour agir. C'est ainsi que dans une affaire, la Cour d'appel d'Abidjan<sup>488</sup> a rejeté la demande d'expertise de gestion d'un actionnaire au motif que ce dernier ne détenait que « 152 parts sur 1900 parts, soit 8 % du capital social »<sup>489</sup>. Cette condition approuvée par une partie de la doctrine<sup>490</sup>, ne nous paraît pas opportune. Elle restreint les possibilités d'interventions judiciaires aux fins d'assurer l'obligation d'information nécessaire pour le bon fonctionnement de la Société. En outre, c'est une condition qui semble inadaptée au contexte sociétal parce que l'intérêt social qui est la valeur prioritairement protégée est méconnu. Or, ce n'est sans doute pas en réduisant la possibilité d'accès à ce contrôle que les associés auront des informations viables sur les opérations de gestion. *A contrario*, « il n'est pas exclu que postérieurement à un tel rejet l'atteinte soupçonnée à l'intérêt social se réalise, créant une situation conflictuelle qui aurait pu être évitée »<sup>491</sup>. Cette exigence s'éloigne du droit français où le champ d'application de la disposition a été élargi<sup>492</sup>.

**148. La position du droit français.** En droit français<sup>493</sup>, l'expertise de gestion peut être demandé par un ou plusieurs associés représentant au moins le dixième du capital social dans la SARL, un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5% du capital social dans la SA, le ministère public, le comité d'entreprise, l'autorité des marchés financiers<sup>494</sup>. Par rapport au législateur de l'OHADA, le législateur français a ouvert le cercle des demandeurs puisque la mise en œuvre de l'action n'est pas laissée à la seule initiative des associés. En effet, à la différence du système OHADA, le droit français exige que le plaideur, préalablement à son action, ait essayé de régler le problème par des voies extrajudiciaires notamment par une phase

<sup>487</sup> Cass. com., 12 janv. 1976, *Rev. sociétés*, 1976, p. 330, note Merle (P.).

<sup>488</sup> CA d'Abidjan, 5<sup>e</sup> chbre civ., 2 janv. 2001, n°10, aff. *Op. cit.*

<sup>489</sup> CA d'Abidjan, 5<sup>e</sup> chbre n°10, 2 janv. 2001, Ohadata J-02-113, disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté le 27/03/19.

<sup>490</sup> Certains auteurs pensent que la restriction des auteurs de la demande a pour avantage de freiner les demandes abusives et intempestives. V. Cass. com., 26 nov. 1996, *Rév. Sociétés*, 1997, n°1, p. 97, note Le Cannu (P.). D'autres, quant à eux, estiment que l'expertise de gestion est un moyen stratégique de menace et de pression pour certains associés car « toute initiative contentieuse, toute poursuite contient potentiellement des arrière-pensées que ne dévoile pas son objet apparent ».

<sup>491</sup> Cf. Kamnang K. (I. Fl.), Les pouvoirs du juge dans les sociétés commerciales de droit OHADA », *op. cit.*, 2017, p. 251, n° 268.

<sup>492</sup> Désormais, le ministère public, le comité d'entreprise et à la commission des opérations de bourses dans la société faisant publiquement appel à l'épargne ont le droit d'en bénéficier au même titre que les actionnaires minoritaires.

<sup>493</sup> Cf. code de commerce français art. L. 225-231 pour la SA et art. L. 223-37 pour la SARL.

<sup>494</sup> C'est le cas dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé.

préalable de dialogue. Cette exigence formulée par la doctrine<sup>495</sup> a été par la suite consacrée par la loi NRE<sup>496</sup>. La procédure de l'expertise de gestion est désormais décomposée en deux étapes successives. Les associés doivent commencer par interroger par écrit le président du conseil d'administration ou du directoire sur l'opération de gestion suspecte. S'ils n'obtiennent pas de réponse dans un délai d'un mois, où alors si la réponse qu'ils obtiennent lui paraît insuffisante, ils peuvent demander la désignation d'un expert<sup>497</sup>.

**149. La position du droit de l'OHADA.** Dans le cadre de l'OHADA, aucune démarche préliminaire à la demande en justice n'est nécessaire. Les associés qui souhaitent la nomination d'un expert n'ont pas l'obligation de poser des questions écrites aux dirigeants. L'absence de cette formalité dans le contexte de l'OHADA pourrait réduire les possibilités offertes aux associés d'avoir des informations sur la gestion de la société. Elle pourrait également faire de l'intervention du juge une intervention précoce<sup>498</sup> ou une source d'accroissement de ces pouvoirs<sup>499</sup>. Nous pensons avec un auteur qu'il serait souhaitable pour le législateur de l'OHADA de revoir les termes des articles 159 et 160 en y insérant la procédure préalable telle que prévue en France. Bien entendu, il devra tenir compte des restrictions qu'elle opère<sup>500</sup> dans le but d'éviter ces désagréments et pour permettre un équilibre satisfaisant entre les nécessités de l'information des associés minoritaires et celles de la protection de la société contre un harcèlement judiciaire excessif<sup>501</sup>. Les développements précédents ne doivent pas permettre des considérations excessives et abusives des pouvoirs du juge, car cette liberté d'appréciation

---

<sup>495</sup> CA Orléans, 22 nov. 1971, *JCP G* 1972, II, 17154, note Guyon (Y.). Selon lui, les seules formalités qui seraient imposées à l'actionnaire serait de commencer par interroger les dirigeants. Ce n'est que lorsque ces derniers refuseraient de répondre que la procédure d'expertise pourra être engagée.

<sup>496</sup> Avant la loi NRE, les tribunaux n'acceptaient pas de voir dans l'expertise de gestion une mesure subsidiaire. *A contrario*, ils la considéraient comme une mesure complémentaire des autres moyens d'information et de contrôle. « *L'expertise de l'article 226 n'est pas une mesure subsidiaire mais complémentaire des autres moyens de contrôle et d'information des actionnaires, les textes n'exigeant pas que la minorité ait d'abord vainement interrogé le président du conseil d'administration ou les commissaires aux comptes pour être recevable en sa demande* », CA Paris 12 janv.1997, *JCP G* 1978, II, 19823, obs. Chartier (Y.) ; CA Paris 16 mai 1986, *Bull. Joly* 1986, p. 681.

<sup>497</sup> CA Paris, 26 mars 2003, *Dr. Sociétés* ; 2003, n°162, note Trebulle : « *l'interrogation préalable des dirigeants de la société constitue une condition de recevabilité de la saisine du juge des référés, dont l'absence ne peut être supplée* ».

<sup>498</sup> Dans la mesure où les associés n'auront pas eu l'occasion de régler le problème au sein de la société sans une intervention externe.

<sup>499</sup> CA. Cotonou, arrêt n°256/2000 du 17 août 2000, aff. Société Continentale des pétroles et d'Investissement, Monsieur Fagbohoun Sonacop, Monsieur Cyr Koty, Monsieur Mounirou Omichessan c/ État Béninois. Dans cette affaire, le juge a statué *ultra petita* en désignant directement un administrateur provisoire pour la société.

<sup>500</sup> Même si cette procédure ne concerne à la lettre que les demandes formées par les actionnaires. Une liberté étant reconnue aux associés de SARL, ou encore lorsque l'expertise est sollicitée, dans la SA, par le ministère public, le comité d'entreprise et pour les sociétés faisant appel public à l'épargne par l'AMF.

<sup>501</sup> Guyon (Y.), *Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd., coll. Traités des contrats, 2002, Ghestin (J.) dir.

de l'opportunité de la désignation de l'expert est restreinte. De plus, la nomination du mandataire marque l'éviction du juge de la procédure.

## **2. L'éviction du juge de la procédure**

**150. Le dessaisissement du juge de la procédure.** Lorsque le juge fait droit à la demande d'expertise, il a pour obligation de déterminer l'étendue de la mission et les pouvoirs de l'expert. Ceux-ci doivent être rigoureusement circonscrits dans la cadre des opérations présentées par la demande. En effet, le domaine de la mission d'expertise est d'emblée limité et le juge ne peut l'étendre puisque l'une des conditions, presque de recevabilité de la demande, exige que l'expertise ne s'étende pas sur l'ensemble de la gestion. De même, cet organe ne peut s'immiscer dans le déroulement des missions de l'expert en lui donnant des directives ou en lui imposant des décisions. La désignation de l'expert marque la fin de ses pouvoirs, c'est pour cette raison que la loi ne fait pas obligation à l'expert de lui communiquer le rapport d'expertise.

**151. L'absence de communication du rapport d'expertise au juge.** Les limites de l'expertise sont exposées au dernier alinéa de l'article 160 AUDSCGIE. Lorsque la mission de l'expert est achevée, ce dernier dresse un rapport d'expertise qui doit être communiqué aux associés demandeurs, aux organes de gestion de direction ou d'administration et aux commissaires aux comptes<sup>502</sup>. Le législateur organise ainsi la publicité interne du rapport d'expertise qui trace par là même une autre limite de l'intervention judiciaire. Dès la désignation de l'expert, le juge a été, en effet, comme dessaisi. Quelles que soient les découvertes ou les appréciations de l'expert, c'est aux actionnaires, aux organes de gestion, ainsi qu'au commissaire s'il y'a lieu d'y donner les suites qui conviennent<sup>503</sup>. En l'état, le juge ne peut prendre de sanctions, prononcer la nullité des opérations effectuées ou interdire celles qui sont envisagées, si critiquables soient-elles. L'absence de communication des documents au juge peut avoir des conséquences sur le fonctionnement de la société. Cependant, en dépit

---

<sup>502</sup> La communication du document aux commissaires aux comptes est une exigence qui est née avec la réforme du 30 janvier 2014. Mr. Fénéon (A) pense que cette innovation rend plus efficace la procédure de l'expertise, dans la mesure où « *la communication du rapport d'expertise au commissaire aux comptes permet à ce dernier, organe indépendant, de déclencher le cas échéant une procédure d'alerte dans l'hypothèse où les associés majoritaires et les organes de gestion n'auraient pas tiré les conséquences nécessaires au rapport d'expertise* ». V. Fénéon (A.), *Droits des sociétés en Afrique (OHADA)*, LGDJ, coll. Droits Africains, 2015.

<sup>503</sup> Ces derniers peuvent mettre en jeu la responsabilité des dirigeants, demander leur révocation, demander l'annulation des décisions jugées abusives ou une restructuration de la société.

de la perplexité d'un auteur<sup>504</sup>, le législateur devrait, à notre avis, reconnaître la possibilité au juge d'avoir le rapport de l'expert. Cette possibilité devrait même aller un peu plus loin en permettant au juge de se saisir d'office s'il constate à travers ce rapport, que la situation de la société n'est pas économiquement enviable. Le recours judiciaire à l'expertise de gestion est fait dans le but d'assurer une « *information fiable et de qualité* »<sup>505</sup> des associés, et par ricochet, la protection de l'intérêt social. Il ne s'agit pas, par conséquent, d'un « *frein au bon déroulement des affaires sociales* ». Or dans le contexte OAHADA, les critères d'appréciation du juge rencontrent d'importants défauts d'où le renforcement indispensable de l'implication du juge dans la procédure.

## **B. Le renforcement indispensable de l'implication judiciaire dans la procédure**

**152. Pour une meilleure prévention.** Pour s'informer des problèmes nés ou susceptibles de naître au sein de la société, il nous semble indispensable de mettre à la disposition du juge un arsenal juridique à même de répondre efficacement à la situation présentée<sup>506</sup>. L'implication renforcée du juge en matière d'expertise de gestion participerait sans doute à cette idée de prévention du fonctionnement irrégulier de la société. C'est pour cette raison que dans le cadre de ce travail, nous proposons la reformulation des articles 159 et 160 de l'AUDSCGIE (1) dont l'objet serait l'ouverture du champ d'intervention du juge (2) et son implication dans la suite de l'expertise (3).

### ***1. Proposition de reformulation des articles 159 et 160 de l'AUDSCGIE***

**153. Nouveau contenu des articles 159 et 160 de l'AUDSCGIE.** Un auteur, montrant l'importance de l'expertise de gestion, affirma qu'« *il est, certes possible de comprendre le désir des dirigeants d'entourer les actes de la société de discrétion, et de rechercher à gagner un temps précieux en s'opposant à ces mesures d'information, mais l'histoire démontre que*

---

<sup>504</sup> Cette possibilité est certes respectable, mais sa mise en œuvre peut s'avérer à la fois lourde et décourageante en raison de la longueur des procédures et du coût financier qu'elle entraîne. Foko (A.), « L'essor de l'expertise de gestion dans l'espace Ohada », *op. cit.*, p.204.

<sup>505</sup> V. Nemoz-Rajot (Q.), *Les interventions judiciaires spécifiques au droit des sociétés in bonis*, *op. cit.*, p. 198, n° 273.

<sup>506</sup> Vidal (D.), *Droit des procédures collectives*, Gualino, coll. Master, 2<sup>e</sup> éd., 2009, n°27 et s.

*l'expertise de gestion est la moins traumatisante des expertises* »<sup>507</sup>. En effet, l'opération de gestion fait naître de nombreuses attentes à l'égard du juge. Nous l'avons souligné plus haut, il s'agit d'une opération par laquelle le juge confie à un tiers à la société, indépendant et compétent, la mission de faire un examen technique d'une ou de plusieurs opérations liées à la gestion de la société. Parce qu'elle contribue donc à un meilleur éclairage<sup>508</sup> de la gestion sociale, il nous semble opportun de rendre l'intervention du juge plus dynamique. Ainsi, l'article 159 de l'AUDSCGIE pourrait être reformulé en ces termes :

*Article 159 « Tout associé, tout usufruitier et tout nu-propriétaire de droits sociaux peut, soit individuellement, soit en se groupant sous quelque forme que ce soit, poser par écrit aux dirigeants de la société des questions sur une ou plusieurs opérations de gestion de la société.*

*Sauf circonstances exceptionnelles à l'appréciation du juge, à défaut de réponse dans un délai de quinze jours, ou à défaut de communication d'éléments de réponse satisfaisants, cet associé peut demander à la juridiction compétente du siège social, statuant à bref délai, la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion ».*

*Article 160 « S'il est fait droit à la demande, la juridiction compétente détermine l'étendue de la mission et les pouvoirs des experts. Les honoraires des experts sont supportés par la société. Le rapport est adressé au demandeur et aux organes de gestion, de direction ou d'administration, au commissaire aux comptes ainsi qu'à la juridiction compétente ».*

Par le biais de la procédure d'expertise de gestion, les associés souhaitent obtenir les informations fiables sur certaines opérations de gestion de la société<sup>509</sup>. Ce résultat, autant bénéfique pour les associés que pour la société, tend finalement à imposer une intervention judiciaire mieux organisée. La nouvelle formulation des articles 159 et 160 de l'AUDSCGIE rendrait plus favorables les conditions d'accès au juge qui pourrait assurer davantage la bonne information dans la société. Elle ouvrirait par ailleurs le champ d'intervention du juge.

---

<sup>507</sup> Prod'homme (N.), « Promotion de *lege lata* d'un organe de régulation : l'expert de gestion », *RTD Com*, 2003, p.639.

<sup>508</sup> Mondolini (M.-A.), *Les interventions préventives du juge des référés dans l'entreprise*, thèse Aix-Marseille III, PUAM, 2004, p. 219, n°333 et s.

<sup>509</sup> Il ne s'agit pas en fait du contrôle judiciaire du « *contrôle d'ensemble de la gestion de la société* ». V. Cozian (M.), Viandier (A.) et Deboissy (Fl.), *Droit des sociétés*, Lexisnexis, 32<sup>e</sup> éd., coll. Manuel, 2019, p. 282, n° 647 et s.



## **2. L'ouverture du champ d'intervention du juge en matière d'expertise**

**154. La garantie de l'information.** Grâce à la formulation proposée de l'article 159 de l'AUDSCGIE, les conditions de l'expertise de gestion seraient désormais ouvertes quant à l'acte de gestion (a) et relativement à l'auteur de la demande (b). S'agissant de l'acte de gestion, le juge pourrait étendre la nature des opérations au-delà du critère organique actuellement appliqué. De même, concernant l'auteur de la demande, le juge aurait désormais un vaste champ d'intervention puisque tous les associés pourraient le saisir. L'ouverture des conditions de mise en œuvre permettrait ainsi l'extension de l'information judiciaire. En revanche, pour éviter les interventions judiciaires intempestives, le recours au juge ne pourrait se faire qu'à la suite du constat de l'échec des mesures extrajudiciaires mises en œuvre par l'auteur de la demande (c).

### **a. L'ouverture quant à l'acte de gestion**

**155. L'élargissement du critère organique.** Le cantonnement de l'expertise de gestion aux seuls actes de gestion interne de la société paraît limiter l'efficacité de cette procédure. Nous pensons avec des auteurs<sup>510</sup> que le législateur devrait indiquer des échantillons d'actes de gestion dont l'accomplissement serait susceptible de donner droit au recours à un expert de gestion. Ces échantillons devraient comporter tous les actes, indépendamment de leurs auteurs, qui tendent à la réalisation de l'objet social et qui sont accomplis dans l'intérêt de la société. Par ailleurs, seraient exclues toutes les décisions prises en assemblée générale<sup>511</sup> puisqu'elles font déjà l'objet d'une information et d'une délibération préalables. De même, les actes relatifs au contrôle des comptes sociaux devraient être exclus de l'opération d'expertise puisque le juge ne doit pas empêcher les commissaires aux comptes d'exercer pleinement leurs missions<sup>512</sup>. Les juges de l'OHADA pourraient également, à l'instar de leurs homologues français, retenir ce critère organique en prévoyant des cas d'assouplissements<sup>513</sup> qui seraient, bien entendu, encadrés par l'appréciation du bien-fondé de la demande.

---

<sup>510</sup> Cf. Foko (A.), « L'essor de l'expertise de gestion dans l'espace Ohada », *op. cit.*, p.175.

<sup>511</sup> Notamment la décision d'exclusion d'un dirigeant social. V. Cass. com., 30 mai 1989, *JCP*, 1990, II, n°21405, note Marteau-petit (M.).

<sup>512</sup> Cf. Meukeu (B.Y.), « L'information des actionnaires minoritaires dans l'OHADA : réflexion sur l'expertise de gestion », *op. cit.*

<sup>513</sup> V. *supra* n°141.

**156. L'appréciation du bien-fondé de la demande.** L'appréciation du bien-fondé de la demande est un moyen d'encadrement qui empêche le juge de s'immiscer dans la gestion de la société. Ainsi, nous pensons avec un auteur<sup>514</sup> qu'il serait souhaitable que le juge puisse faire une appréciation large de la notion d'opération de gestion qui inclurait les opérations conformes à l'intérêt social qui participeraient à la réalisation de l'objet social<sup>515</sup>. Autrement dit, les opérations de gestion ne devraient pas simplement être limitées aux actes de gestion courante, mais devraient s'étendre tant aux opérations d'administration qu'à celles de disposition. En effet, lorsque la demande présente un caractère sérieux, il nous semble indispensable de permettre au juge de nommer un expert, indépendamment de l'auteur de l'acte. D'ailleurs, le juge a l'obligation d'apprécier l'opportunité de l'expertise et ne peut nommer l'expert que si la demande paraît bien-fondée. Par ailleurs, le juge pourrait nommer un expert en dépit de la nature de l'acte, dès lors qu'il aurait établi que la demande ne porte pas sur l'ensemble de la gestion. La reformulation de l'article 159 de l'AUDSCGIE contribuerait donc à étendre aussi bien le domaine d'application des actes de gestion, que l'auteur de la demande de l'opération d'expertise.

#### *b. L'ouverture quant à l'auteur de la demande*

**157. L'expertise de gestion, une action pouvant devenir accessible.** Selon les dispositions du nouvel article 159 de l'AUDSCGIE, tout associé, tout usufruitier, tout nu-propriétaire pourrait, demander à la juridiction compétente du siège social, statuant à bref délai, la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion. Grâce à ce nouveau texte, le seuil de participation actuellement exigé par l'article 159 de l'AUDSCGIE serait supprimé. En effet, conformément à la nouvelle formulation « *tout associé* » aurait la possibilité de saisir le juge afin d'obtenir des informations sur une ou plusieurs opérations de gestion. Un auteur voit en l'ouverture de la possibilité à d'autres acteurs sociaux de demander l'expertise de gestion, un moyen d'« *aboutir à un véritable renouveau de la politique managériale des entreprises africaines* »<sup>516</sup>. La condition relative à la détention d'un pourcentage des droits de vote ne constituerait plus un obstacle à

<sup>514</sup> V. Nemoz-Rajot (Q.), *Les interventions judiciaires spécifiques au droit des sociétés in bonis*, op.cit., p. 213, n° 304.

<sup>515</sup> Merle (Ph.) et Fauchon (A.), *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz, 23<sup>e</sup> éd., coll. Précis Droit Privé, 2019, p.659, n°589.

<sup>516</sup>Cf. Kamnang K. (I.-Fl.), *Les pouvoirs du juge dans les sociétés commerciales de droit OHADA*, op. cit., p.251, n°268.

l'action des associés. Ainsi, en permettant à « *tout associé* » de contrôler la gestion de la société par le biais de l'expertise judiciaire, le juge participerait davantage non seulement à la réalisation du droit d'information des associés, mais aussi à la prévention du fonctionnement irrégulier de la société.

**158. L'expertise de gestion, une opération ouverte à l'usufruitier et au nu-proprétaire.** Par ailleurs, l'usufruitier et le nu-proprétaire auraient chacun le droit de saisir le juge afin d'obtenir des informations claires sur la gestion des opérations sociales par le biais de l'expert. Cette possibilité offerte tant à l'usufruitier qu'au nu-proprétaire viendrait mettre fin au débat sur la question de la qualité à agir en matière de démembrement de droit sociaux. En effet, la qualité d'associé reconnu au nu-proprétaire ne faisant aucun doute, il paraît compréhensible que lui soit reconnu le droit de demander une opération d'expertise de gestion<sup>517</sup>. En revanche, celle de l'usufruitier faisant l'objet de nombreuses controverses, le juge éprouve des difficultés à lui reconnaître la qualité pour agir<sup>518</sup>. Or, parce que l'usufruitier a le droit d'usus et de fructus sur les titres, il semble illogique de ne pas lui reconnaître le droit de mettre en œuvre la procédure d'expertise afin de contrôler la bonne gestion de la société. Pour certains juges, la qualité de demandeur devrait être reconnue au nu-proprétaire lorsque la question relève d'une assemblée générale extraordinaire, et à l'usufruitier, lorsque l'expertise pose une question de la compétence de l'assemblée générale ordinaire<sup>519</sup>. En France, l'extension des droits de l'usufruitier est rendue effective avec la loi du 19 juillet 2019.

**159. L'extension des droits de l'usufruit en France.** Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 19 juillet 2019<sup>520</sup>, l'usufruitier et le nu-proprétaire ont le droit de participer à toutes les décisions collectives. En effet, l'article 3 de cette loi dispose qu'en cas de démembrement d'actions ou de parts sociales, les droits de vote sont répartis entre l'usufruitier et le nu-proprétaire. Ainsi, l'usufruitier ne peut exercer son droit que sur les décisions liées à l'affectation des bénéfiques. Le nu-proprétaire, quant à lui, vote sur toutes les autres décisions à l'exception de celles qui portent sur l'affectation des bénéfiques. Toutefois d'un commun

<sup>517</sup> Cf. Gordon (L.), « Un associé insolite : le nu-proprétaire des droits sociaux », *Rev. sociétés*, 2010, p. 143 ; Cass. com., 4 janv. 1994, *Défrénois*, 1994, 556, note Le Cannu (P.).

<sup>518</sup> Mestre (J.), Velardocchio (D.) et Mestre-Chami (A.-S.), *Lamy sociétés commerciales 2015*, Lamy, coll. Lamy droit des affaires, 2014, n° 624 ; Charvériat (A.), Couret (A.) et Zabala (B.), *Sociétés commerciales 2015*, François Lefebvre, coll. Mémento pratique, 2014, n°2400 et s. et 53001 ; Peloux (P.), « Des difficultés quant à la qualité de certains demandeurs à l'expertise de gestion », *LPA*, 05 aout 1999, n° 155, p. 17, n°8 et s.

<sup>519</sup> CA Versailles, 19 déc. 1989, *Bull. Joly sociétés*, 1990, p. 190, note Le Cannu (P.).

<sup>520</sup> Loi n°2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés.

accord, l'usufruit peut exercer le droit de vote sur les décisions autres que celles relatives à l'affectation des bénéfices.

La nouvelle formulation de l'article 159 de l'AUDSCGIE viendrait mettre fin à la controverse au sujet de la qualité à agir de l'usufruit en matière d'expertise de gestion. Le juge aurait désormais les moyens de favoriser le contrôle de la gestion de la société par ces organes. Toutefois, pour éviter la profusion de demandes ne visant pas la protection de l'intérêt social, le recours au juge ne serait qu'un pis-aller car les organes n'y feront recours que de façon subsidiaire.

### *c. Le caractère subsidiaire de l'intervention judiciaire*

**160. Le contenu de l'encadrement.** Outre les conditions tenant soit à la personne, soit à l'auteur de l'acte exposées précédemment, il existe une condition de forme à respecter pour la nomination judiciaire de l'expert. De fait, avant de saisir le juge l'associé devrait au préalable mettre en œuvre une procédure extrajudiciaire d'information. Cette procédure lui permettrait de demander au dirigeant de lui donner des explications sur le ou les opérations faisant l'objet de critiques. La nouvelle rédaction de l'article 159 de l'AUDSCGIE ferait de l'intervention du juge en matière d'expertise de gestion une intervention subsidiaire<sup>521</sup>. Cette subsidiarité aurait pour avantage de désengorger les juridictions. L'associé ne pourrait directement s'adresser au juge<sup>522</sup>, puisque le recours à ce dernier ne serait possible qu'en cas de défaut de réponse ou de réponse insuffisante dans le délai de quinze jours<sup>523</sup>. Au regard de l'urgence de la procédure, la condition relative au formalisme de la demande adressée aux dirigeants ne nous semble pas nécessaire. En revanche, l'associé pourrait saisir le dirigeant par le biais d'une lettre recommandée avec accusé de réception. Car, cette mesure lui permettrait d'avoir des éléments de preuve pour une éventuelle action en justice qui serait soumise au pouvoir judiciaire d'appréciation.

**161. Le pouvoir judiciaire d'appréciation.** L'office du juge consisterait en premier lieu à rechercher si les conditions de mise en œuvre de l'expertise ont été respectées par l'auteur de la demande. Il s'agirait pour lui de vérifier le respect de la phase de question préalable. En

<sup>521</sup> Cf. Le Cannu (P.), « L'expertise de gestion à la suite de la loi NRE : de la chicane au dialogue », *Droit* 21, 2001, n°9.

<sup>522</sup> Cf. Lefeuvre (C.), *Le référé en droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 124, n°145.

<sup>523</sup> Ces délais sont plus courts que ceux prévus en droit français où l'article L. 225-231 du code de commerce français prévoit un délai d'un mois. Les juges l'ont rappelé dans plusieurs affaires. Cass. com., 17 janv. 2006, *BRDA*, 2006, n°4, p.7 ; *Bull. Joly Sociétés*, 2006, p. 624, note Gordon (L.), *Rev. Sociétés*, 2006, p. 574, note Cerati-Gauthier (A.) ; *RTD com.*, 2006, p. 605, obs. Champaud (C.) et Danet (D.).

second lieu, le juge devrait apprécier le bien-fondé ou non de la réponse donnée par le dirigeant. Ainsi, à défaut de communication d'éléments de réponse satisfaisants, le juge apprécierait la pertinence de ces éléments. Autrement dit, l'expert ne serait finalement nommé que lorsque le juge aurait constaté que les éléments de réponse apportés par le dirigeant ne permettent pas à l'associé d'avoir une information exacte sur les opérations de gestion entreprises. De même, à défaut de réponse dans un délai de quinze jours, le juge pourrait rejeter la demande s'il constate que l'associé demandeur avait suffisamment d'éléments<sup>524</sup> lui permettant d'avoir une information exacte sur les opérations de gestion, objet de la demande d'expertise.

**162. Le filtrage des demandes abusives.** Cette procédure prévue en droit français par l'article L. 225-231 du code de commerce français encouragerait l'instauration d'un dialogue au sein des sociétés OHADA avant la procédure judiciaire<sup>525</sup>. Elle constituerait également un obstacle aux actions de certains associés tendant à nuire, ou aux demandes abusives susceptibles d'encombrer les juridictions. D'avis avec un auteur, l'exigence consistant à interroger les dirigeants sur le ou les opérations en cause, est un « *préalable, déjà spontanément pratiqué dans certaines affaires avant la réforme, semble fait pour écarter les demandes abusives ou les actions de nuisances* »<sup>526</sup>. Ainsi, le juge n'interviendrait que parce que les acteurs sociaux n'ont pas pu, à travers les moyens amiables, trouver une solution à leurs préoccupations. Toujours dans l'optique de la recherche de l'efficacité de la procédure d'expertise de gestion, il nous semble opportun d'impliquer le juge dans la suite de ladite procédure.

### 3. L'implication du juge dans la suite de la demande

**163. L'exclusion du juge.** L'article 160 de l'AUDSCGIE exige que le rapport de l'expert soit adressé au demandeur, aux organes de gestion, de direction ou d'administration et au commissaire aux comptes. Certes, cet article exige une large diffusion du rapport d'expertise<sup>527</sup> mais celle-ci est insuffisante puisqu'elle ne fait pas intervenir le juge dans la

<sup>524</sup> Cass. com., 11 oct. 2005, *RJDA*, 5/06, n°248.

<sup>525</sup> CA Paris, 26 mars 2003, *Dr. sociétés*, 2003, n°169, note Trebulle (F.-G.), dans cette affaire, le juge rappelait le caractère incontournable de la phase de question préalable en ces termes, « *l'interrogation préalable des dirigeants de la société constitue une condition de recevabilité de la saisine du juge des référés, dont l'absence ne peut être supplée par l'envoi d'une demande en cours de procédure* ».

<sup>526</sup> V. Le Cannu (P.), « L'expertise de gestion à la suite de la loi NRE : de la chicane au dialogue », *op. cit.*

<sup>527</sup> Cf. Nemedeu (R.), *Le contrôle des dirigeants de la société anonyme*, thèse de Strasbourg, 2000, ANRT, 2003, p. 226 ; Dondero (B.), *Droit des sociétés*, Dalloz, coll. Hypercours, 2019, 6<sup>e</sup> éd., p. 440, n° 895.

suite de la procédure, ce dernier en est exclu<sup>528</sup>. Cette exclusion limite en effet l'action du juge car il ne peut contraindre l'organe social en cause à prendre des actes conformes à l'intérêt social or l'expertise de gestion a pour objectif d'assainir la gestion sociale.

**164. La notification du rapport d'expertise au juge.** Avec la nouvelle formulation de l'article 160 de l'AUDSCGIE, le juge pourrait intervenir pour prévenir un éventuel dysfonctionnement que pourraient occasionner les opérations de gestion mises en cause. Le nouvel article 160 de l'AUDSCGIE qui dispose que « *Le rapport est adressé au demandeur et aux organes de gestion, de direction ou d'administration, au commissaire aux comptes ainsi qu'à la juridiction compétente* » pourrait donc prévoir une intervention à *posteriori* du juge. Ainsi, en plus du demandeur, des organes de gestion, de direction ou d'administration, des commissaires aux comptes, le juge recevrait le rapport de gestion. En dépit de la perplexité de certains auteurs<sup>529</sup> face à cette procédure, elle nous semble indispensable dans la mesure où l'expertise de gestion pourrait être la preuve de l'existence d'une atteinte à l'intérêt social<sup>530</sup>. C'est parce qu'il existe une présomption d'atteinte à l'intérêt social<sup>531</sup> que le juge nomme un expert. Dès lors, il pourrait, lorsque le rapport présenterait une mauvaise gestion ou une irrégularité des opérations de gestion, mettre en œuvre des mécanismes de régularisation. La communication du rapport de gestion au juge pourrait avoir un autre avantage. En effet, si à la suite de ce rapport les acteurs sociétaires constatent que la gestion de la société fait défaut et décident d'intenter une action en justice, l'intervention du juge serait plus efficace. Elle permettrait de gagner du temps et empêcherait la disparition d'éléments de preuve. En outre, il a été démontré que le rôle du juge dans la procédure d'expertise ne consistait pas à apprécier l'opportunité de la gestion, mais à protéger les droits des associés au sein de la société. Il en est de même lorsqu'il recourt au mandataire dans le cadre de l'indivision.

---

<sup>528</sup> V. *supra* n°158.

<sup>529</sup> Cette possibilité est certes respectable, mais sa mise en œuvre peut s'avérer à la fois lourde et décourageante en raison de la longueur des procédures et du coût financier qu'elle entraîne. Foko (A.), « L'essor de l'expertise de gestion dans l'espace Ohada », *op. cit.* p. 204.

<sup>530</sup> CA Paris, 20 mai 1998, *Bull. Joly*, 1998, p. 1159, nota Le Cannu (P.) ; *Rev. Sociétés*, 1998, somm. P. 630, obs. Guyon (Y.) ; CA Paris, 8 sept. 1999, *Bull. Joly*, 1999, p. 1171, note Massart (T.) ; CA Paris, 31 mars 2000, *Dr. Sociétés*, 2000, n° 142, note Vidal (D.).

<sup>531</sup> CA Paris, 16 févr. 1982, *Rev. Sociétés*, 1982, p. 848, note J. G. : « *l'action ouverte par les dispositions de l'article 226 de la loi du 24 juillet 1966 à l'actionnaire minoritaire ne peut être intentée que dans l'intérêt social et non dans celui de l'actionnaire minoritaire ou d'un tiers* ».

## §2. Le recours au mandataire dans le cadre de l'indivision

**165. Les conflits liés à l'exercice du droit de vote des indivisaires.** Les conflits qui naissent au sein de la société peuvent porter sur les intérêts des associés et de façon particulière sur la propriété des droits sociaux des indivisaires. Ceux-ci peuvent saisir le juge en cas de mésentente entre eux concernant le choix du mandataire qui les représentera lors des assemblées<sup>532</sup>. Le rôle du juge se limite à la désignation du mandataire (A). Par conséquent, il ne peut influencer le sens de son vote (B).

### A. Le rôle du juge limité à la désignation du mandataire

**166. Les indivisaires, associés particuliers.** Selon un principe bien établi, les actions indivises doivent être en principe appréhendées dans leur globalité. Ce principe d'indivisibilité peut s'étendre aux parts sociales, soit par une clause statutaire, soit en vertu d'un usage constant<sup>533</sup>. Certes les copropriétaires d'actions indivises ont individuellement la qualité d'associé qui leur donne le droit de participer aux décisions collectives<sup>534</sup>. Cependant, ils ne peuvent pas agir comme les associés ordinaires. Concernant leurs droits politiques par exemple, ils ne peuvent exercer le droit de vote individuellement<sup>535</sup>. La loi leur fait obligation de désigner parmi eux un « *mandataire unique* » qui les représentera lors des assemblées générales<sup>536</sup>. Cette opération peut faire naître un contentieux si les indivisaires ne s'entendent pas sur le choix du mandataire. Les législateurs se sont prononcés sur la question. Et, aux termes de l'article L.225-110, al. 2 du code de commerce, en cas de désaccord entre les copropriétaires d'actions indivises<sup>537</sup> lors de la nomination du mandataire unique<sup>538</sup> chargé de les représenter aux

<sup>532</sup> V. sur la question Pohé (D.), *Droit des sociétés commerciales et coopératives dans l'espace OHADA*, op. cit., p. 38, n°54 ; Le Cannu (P.) et Dondero (B.), *Droit des sociétés*, LGDJ, 8<sup>e</sup> éd., coll. Domat droit privé, 2019, p.106, n°120.

<sup>533</sup> Hovase (H.) et Noé (M.), « Indivision et droits sociaux », *Actes pratiques*, sept.-oct. 2010, p.3, n°30.

<sup>534</sup> Cass. com., 21 janv. 2014, *RLDA*, 2014, p. 92, obs. Dondero (B.).

<sup>535</sup> Le Cannu (P.) et Dondero (B.), *Droit des sociétés*, LGDJ, 8<sup>e</sup> éd., coll. Domat droit privé, 2019, p.646, n°916 ; Chaveriat (A.), Couret (A.) et Zabala (B.), *Sociétés commerciales 2015*, Francis Lefebvre, coll. Mémento pratique, n°46800.

<sup>536</sup> V. Naudin (E.), « La représentation des indivisaires dans l'exercice du droit de participer aux décisions collectives », *Bull. Joly Sociétés*, 2012, p.178.

<sup>537</sup> Four (Y.), « La qualité d'actionnaire et l'indivision », *Rev. Sociétés* 1999, p.569.

<sup>538</sup> Parce qu'ils sont cotitulaires d'un titre unique, les indivisaires ont chacun la qualité d'associé en sa qualité de cotulaire du titre social. V. Nurit-Pontier (L.), « Combien pèsent les indivisaires de droit sociaux », *Bull. Joly Sociétés*, 2007, §183, p.657 ; Cass. com., 21 janv. 2014, n°13-10.151, *Dalloz* 2014, p.647, note Borga (N.) ; *JCP E* 2014, 1069, note Couret (A.) ; *Rev. Sociétés* 2014, p.487, note Cannu (P.). Dans cet arrêt, il a été précisé que « les copropriétaires indivis de droits sociaux ont la qualité d'associé ». Toutefois, ils n'ont pas tous les droits

assemblées générales, le mandataire est désigné en justice à la demande du copropriétaire le plus diligent. L'article 127 de l'AUDSCGIE allant dans le même sens, précise qu'en cas de désaccord entre ces copropriétaires, « *le mandataire est désigné par la juridiction compétente (...), à la demande du copropriétaire le plus diligent* ». Une lecture attentive de ces articles permet d'une part de constater que les copropriétaires<sup>539</sup> sont les seuls ayant le droit de saisir le juge. D'autre part, cette lecture permet de comprendre que, bien que le juge n'exerce aucune influence sur les missions du mandataire, c'est à la lui qu'il revient de le désigner. Et, cette désignation est de toute évidence, précédée du constat judiciaire du désaccord entre les indivisaires, désaccord dont la recherche fait face à de nombreux aléas.

**167. Le désaccord, fondement de l'intervention judiciaire.** Les articles L.225-110 al.2 du code de commerce français et 127 de l'AUDSCGIE prévoient qu'en cas de désaccord entre les indivisaires lors de la nomination du mandataire qui les représentera lors des assemblées, l'un des indivisaires peut saisir le juge. Ces textes ajoutent que le juge après avoir constaté le désaccord doit nommer l'indivisaire. Il ressort donc de ces articles que le rôle du juge consiste à la nomination du mandataire. Toutefois cette nomination doit être précédée de la condition de l'existence d'un désaccord. La notion de « *désaccord* » qui est au cœur de la procédure, et qui n'a surtout fait l'objet d'aucune définition par le législateur, mérite que l'on s'y attarde<sup>540</sup>. Elle le mérite d'autant plus que son appréciation ne va pas de soi pour le juge. C'est ainsi que dans un arrêt du 20 octobre 1999<sup>541</sup>, la Cour d'appel de Paris n'a pas retenu la position de l'une des parties au litige qui estimait que la notion de désaccord devait être rattachée à une situation de crise sociale aiguë de nature à paralyser le fonctionnement de la société. De nombreux auteurs semblent être d'avis sur le fait que le « *désaccord* » suppose une mésentente, une opposition, des points de vue divergents, l'absence d'entente, d'unanimité des associés sur le choix du mandataire. La présence d'un désaccord justifie la substitution du juge aux indivisaires. Un auteur approuvant le désaccord comme fondement de l'intervention du juge, a fait remarquer que celui-ci « *constitue assurément une condition de fond du recours à la désignation judiciaire* ». Et qu'« *à défaut, on ne voit pas en quoi le juge serait fondé à*

---

qu'ils auraient eus s'ils étaient associés ordinaires, puisqu'ils ne peuvent pas exercer le droit de vote de façon isolée.

<sup>539</sup> Thomas (V.), *Sociétés et procédure civile*, LexisNexis, coll. Droit et Professionnels, 2014, p. 250, n° 538, préface de Le Cannu (P.).

<sup>540</sup> Un auteur décrit la notion de désaccord comme une notion « *relativement vague* ». V. Nemoz-Rajot (Q.), *Les interventions judiciaires spécifiques au droit des sociétés in bonis*, op. cit., p. 231, n°331.

<sup>541</sup> CA Paris, 20 oct. 1999, *Dr. sociétés*, 2000, comm. 61, comm. Vidal (D.).



*s'immiscer dans les rapports entre indivisaires et, au-delà... »<sup>542</sup>. Quels sont les signes précurseurs du désaccord ?*

**168. Les signes précurseurs du désaccord.** Dans un arrêt du 15 décembre 2010<sup>543</sup>, la Cour de cassation avait décidé que l'opposition d'un indivisaire minoritaire suffisait à prouver l'existence d'un désaccord et était susceptible d'aboutir à la nomination judiciaire du mandataire. En effet, à la suite du décès d'un associé, le capital de la société avait été réparti entre les enfants du défunt. Soutenue par ses enfants, l'un des indivisaires investis à une majorité des deux tiers des droits des indivis avait été désigné mandataire pour représenter les indivisaires lors des décisions collectives d'associés. Cependant, le frère minoritaire s'était opposé à cette investiture. La Cour de cassation a été saisie aux fins d'obtenir la confirmation de l'investiture dudit mandat à raison de la majorité recueillie à cette investiture. Celle-ci a rejeté la demande en décidant que la Cour d'appel avait fait une bonne application des textes. En l'espèce, la Haute Juridiction a considéré que l'opposition de la minorité constituait effectivement un désaccord qui remettait en cause la loi de la majorité.

**169. La remise en cause de la loi de la majorité.** En décidant que l'opposition d'un minoritaire suffit à constater le désaccord, le juge fait abstraction du principe de la majorité des deux tiers exigée par l'article 815-3 du code civil français. L'attitude du juge dans cet arrêt qui pourrait être la même adoptée dans les sociétés commerciales, pose un véritable problème : celui du pouvoir du juge face à la loi de la majorité. Les juges ont décidé dans cet arrêt que la majorité obtenue par le mandataire lors de son investiture ne peut être retenue, et ne peut surtout constituer le motif du refus de la prise en compte de la position du minoritaire. Autrement dit, en cas de désaccord entre les coindivisaires, le principe de la majorité ne devrait pas être respecté.

**170.** En somme, la nomination judiciaire du mandataire doit être précédée du constat d'un désaccord par le juge. Cette condition nous paraît d'ailleurs très logique. Elle permet au juge de mettre fin à une mésentente entre associés en protégeant les intérêts des copropriétaires d'actions indivises et, par ricochet, d'assurer le fonctionnement régulier de la société. Toutefois une question demeure, celle de savoir si le juge peut apprécier les motifs du désaccord. Peut-il rechercher le fondement du désaccord, dans la mesure où l'opposition faite par le ou les indivisaires, minoritaires ou non peut l'être de façon abusive, ces indivisaires recherchant à

---

<sup>542</sup> Cass. com, 1<sup>er</sup> chbre civ., 15 déc. 2010, *Rev. Sociétés* 2011, p. 282, n°7, note Gordon (L.).

<sup>543</sup> *Ibidem*

protéger leurs intérêts au détriment de l'intérêt de l'indivision. Le juge peut-il dans ce cas rechercher l'abus ?

**171. Une recherche inexistante.** Une lecture attentive des textes nous permet de répondre à ces interrogations par la négative. L'attitude du législateur peut s'expliquer par la nature même de la procédure. C'est l'urgence qui justifie l'intervention du juge et pour empêcher son immixtion dans la gestion de la société, il doit se limiter à un contrôle formel. Toutefois, nous pensons que cette raison satisfait moins les intérêts des parties en cause. Par conséquent, il serait souhaitable que les motifs du désaccord soient appréciés par le juge. Car, c'est l'existence d'un désaccord aux intentions légitimes qui devrait justifier la désignation du mandataire dont le sens du vote n'est aucunement influencé par le juge

## **B. Le refus de l'influence judiciaire sur le sens du vote du mandataire**

**172. L'indépendance du mandataire.** La désignation judiciaire du mandataire n'influence pas les pouvoirs de ce dernier. Avant de montrer l'absence de liberté du juge face aux pouvoirs du mandataire (2), il est important de savoir qui peut avoir cette qualité (1).

### *1. La qualité de mandataire judiciaire*

**173. L'extension de la qualité de mandataire en droit Français.** La question de la qualité de mandataire a été posée à la Cour de cassation dans un arrêt du 10 juillet 2012<sup>544</sup>. En effet, M. Gérard et Jean-Michel X et Mme Caroline X avaient la qualité d'associés indivisaires. A la suite de la convocation d'une assemblée générale, ils ont décidé de désigner parmi eux un mandataire qui les représentera à ladite assemblée. Ces indivisaires n'ayant pas pu s'accorder sur le choix du mandataire, ont saisi le juge qui, quant à lui, a désigné M. Gérard mandataire unique et lui a donné la charge de représenter l'indivision lors de l'assemblée. Cependant, cette désignation judiciaire n'a pas fait l'unanimité des indivisaires. Ceux-ci ont estimé que le juge ne pouvait pas choisir le mandataire parmi les indivisaires eux-mêmes, à fortiori lui conférer un pouvoir de représentation supérieur à celui que représentait sa quote-part dans l'indivision.

---

<sup>544</sup> Cass. com., 10 juillet 2012, *Bull. Joly Sociétés*, 2012, p. 786, note Dondero (B.).

**174.** Réagissant à cette opposition, la Cour précisa que conformément à l'art. 225-110 al.2 du code de commerce, le mandataire peut être choisi parmi les indivisaires ou alors en dehors d'eux<sup>545</sup>. La position de la Cour nous semble logique dans la mesure où, la procédure antérieure révélait l'implication de M. Gérald X. en vue de la sauvegarde des intérêts sociaux ; en outre la Cour pour justifier sa position, a relevé que cette immixtion avait été faite dans le but d'assurer une meilleure protection de l'intérêt de l'indivision. Ainsi, l'existence d'un différend entre les co-indivisaires ne constitue pas, à priori, un obstacle à la désignation de l'un d'entre eux comme mandataire à l'indivision. Les arguments évoqués par la Cour à savoir que l'implication de M. Gérald X « *était de nature à garantir une bonne défense de l'intérêt de l'indivision* », montre que l'intervention du juge est motivée par la protection de l'intérêt de la collectivité et non de celui d'un indivisaire pris individuellement.

**175. La restriction de la qualité de mandataire en droit de l'OHADA.** En cas de désaccord entre les copropriétaires d'une action ou d'une part sociale indivise, le juge désigne, à la demande de l'indivisaire le plus diligent, un mandataire chargé de les représenter. Cette mesure prévue à l'article 127 *in fine* de l'AUDSCGIE, ne donne pas de précision concernant les personnes pouvant être nommées par les juges en qualité de mandataire. On pourrait se référer à la disposition qui la précède et qui précise que « *les copropriétaires d'une action ou d'une part sociale indivise sont représentés par un mandataire unique, choisi parmi les indivisaires* ». Si les copropriétaires doivent choisir le mandataire parmi les indivisaires, il semble logique de penser que le juge lorsqu'il est sollicité, doit lui aussi choisir le mandataire parmi ces indivisaires. Le législateur de l'OHADA, contrairement à son homologue Français, a restreint les pouvoirs du juge concernant le choix du mandataire. En effet, cette restriction n'a de sens que parce qu'elle empêche qu'un tiers ne s'immisce dans l'indivision. Car à priori, ce tiers semble ne pas pouvoir mieux défendre les intérêts de l'indivision que les copropriétaires eux-mêmes.

En pratique, l'opportunité d'une telle mesure pourrait être remise en cause. De manière concrète, on voit mal comment un indivisaire nommé par le juge en qualité de mandataire, pourrait défendre objectivement les droits de tous les indivisaires alors même qu'il est en conflit avec eux ou l'un d'eux et que leurs intérêts semblent être divergents. La question de la

---

<sup>545</sup> V. Albiges (Ch.), « Indivision et droits sociaux. Retour sur des évolutions jurisprudentielles récentes », in *Mélanges Prieur ( J.)*, LexisNexis, 2014, p. 89.

qualité du mandataire étant désormais résolue, reste celle davantage préoccupante de l'absence de liberté du juge quant à la détermination du sens du vote du mandataire<sup>546</sup>.

## **2. L'absence de liberté du juge**

**176. Les pouvoirs du mandataire.** Le mandataire ainsi désigné est un mandataire doté d'une mission spécifique. Il est donc admis sans difficulté que la mission à lui impartie comporte non seulement l'assistance aux assemblées mais aussi le droit de vote, lorsque l'associé apporte la preuve d'un risque de dysfonctionnement de la société. Il a ainsi été jugé que « *le juge des référés ne peut décider, à la demande du dirigeant minoritaire, la désignation d'un mandataire ad hoc chargé d'exercer les droits de vote attachés aux actions de l'associé majoritaire, sans préciser en quoi l'exercice par celui-ci de ses pouvoirs d'actionnaires majoritaires empêchait le fonctionnement normal de la société* ». <sup>547</sup>

On justifie cette mission en faisant observer que la qualité du titulaire du droit de vote n'est pas contestée, puisque ce titulaire est dans l'indivision, dont il faut simplement assurer la représentation aux assemblées. Toutefois, le juge peut-il, se fondant sur le souci d'éviter un dysfonctionnement social, fixer le sens du vote du mandataire ? Ou, l'orienter ? En effet, on constate la nécessité de la représentation de l'indivision. Pourtant on ignore qui sera titulaire des titres après le partage ; il est fort possible que le vote du mandataire, soit contraire à celui qu'aurait émis le propriétaire après l'attribution des titres par partage.

**177. Le juge ne fixe pas le vote du mandataire.** Le mandataire ne demande que l'autorisation de participer au vote. Il reste maître de son vote et le juge ne lui impose nullement un sens du vote. Il faut cependant noter que si les tribunaux peuvent accorder aux mandataires une autorisation de participer au vote avec pleine liberté, ils peuvent aussi lui interdire d'accomplir certains actes qui, pour la société, comme d'ailleurs pour les associés, revêtent une particulière gravité. C'est notamment le cas du vote d'une résolution relative à la prorogation de la société, ou à une augmentation de capital. Ainsi, afin de répondre au principe de non-immixtion dans la gestion de la société, le juge ne fixe pas le vote du mandataire.

---

<sup>546</sup> Cf. Charvériat (A.), Couret (A.) et Zabala (B.), *Soicétés commerciales 2015, op. cit.*, n°46801 ; Naudin (E.), « La représentation des indivisaires dans l'exercice du droit de participer aux décisions collectives », *op. cit.*

<sup>547</sup> Cass. com., 10 nov. 2009, n°08-19356, *Bull. Joly Sociétés*, 2010, § 30, p.139, note Gil (G.).

**178. Une mesure injustifiée.** Cette raison nous semble injustifiée et ne participe pas forcément à la protection de l'exercice du droit de l'associé car le vote est un acte grave qui peut engager l'actif de la société. On ne saurait à cette phase de la procédure craindre une quelconque immixtion du juge dans la gestion de la société. La nomination et les autorisations judiciaires du mandataire constituent déjà en elles-mêmes une immixtion, puisqu'elles permettent au juge de faire intervenir une personne étrangère au sein de la société. Certes, permettre au juge de fixer le vote du mandataire constitue une immixtion, mais son but est de pallier les insuffisances liées au bon fonctionnement de la société. En plus, le juge est orienté par l'acte qui l'a saisi, acte qui précise la volonté de l'associé dont le droit de vote est atteint. Reste la question plus préoccupante du droit de l'indivisaire de participer aux débats menant à l'adoption de la décision sociale.

**179.** En date du 20 septembre 2012, la Cour d'appel de Rouen a décidé que la désignation du mandataire *ad hoc* exclue la présence des co-proprétaires indivis aux assemblées générales car c'est lui qui représente l'indivision. Les juges ont relevé que "*la discussion préalable des points soumis au vote et le vote lui-même (...) participent d'une seule démarche intellectuelle*". Par conséquent parce que ces associés sont représentés par un mandataire, ils n'ont pas le droit de participer aux débats qui précèdent la prise des décisions.

Toutefois, cette position a été remise en cause par la Cour de cassation par un arrêt du 21 janvier 2014<sup>548</sup>. Les juges ont cassé l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Rouen au motif que chaque nu-proprétaire a la qualité d'associé. Par conséquent, il peut intervenir dans la vie sociale autant en participant aux assemblées générales, qu'en contribuant aux débats précédents l'adoption des décisions sociales. Ainsi, les juges ont confirmé la distinction qui doit être faite entre le droit de participer et le droit de voter. Cette distinction permet ainsi de confier au mandataire seul le droit de prendre position sur le projet de résolution soumis aux associés, et autorise les indivisaires à participer aux débats préalables à l'adoption de la résolution. Certes, ces débats permettent d'enrichir les échanges entre les associés. Au fond cela ne servira à rien aux indivisaires de participer aux discussions puisque le sens du vote du mandataire paraît évident. Si les pouvoirs du juge sur le mandataire sont limités dans le cadre du contentieux lié à l'indivision, ils le sont encore davantage lorsque le juge recourt à l'administrateur provisoire en cas de dysfonctionnement de la société.

---

<sup>548</sup> Cass. com., 21 janv. 2014, *LPA*, 2014, n°72, p.10, note Barbière (J.-F.).

## Section 2. Les insuffisances propres à l'administration provisoire

**180. Les limites de l'administration provisoire.** D'origine prétorienne<sup>549</sup>, l'administration provisoire a été consacrée au sein de l'OHADA<sup>550</sup> grâce à la révision de l'AUDSCGIE du 30 janvier 2014<sup>551</sup>. Avant cette date, les textes étaient muets sur la question en droit de l'OHADA et le sont encore en droit français<sup>552</sup>. Toutefois, ce mutisme n'empêchait pas les juges d'y recourir lorsque la société faisait face à un dysfonctionnement<sup>553</sup> puisque, par principe, elle permet de mettre fin à ce dysfonctionnement<sup>554</sup>. En effet, l'examen de la jurisprudence de cette époque permettait de constater une importante variation « *dans le temps et dans l'espace* »<sup>555</sup> des conditions<sup>556</sup> de la procédure, du choix de la juridiction compétente<sup>557</sup> et même des missions de l'administrateur<sup>558</sup>. Malgré la consécration de cette procédure par l'Acte uniforme les insuffisances sont légions et sont pour la plupart relatives au déclenchement et au déroulement de la procédure. La ligne de conduite judiciaire est très vague et confuse conduisant à une mise en œuvre critiquable de la procédure (§1). Or, pour une réalisation efficace de cette procédure, le réaménagement de ses conditions de mise en œuvre est nécessaire (§2).

<sup>549</sup> V. Boye (M.), « L'administration provisoire des sociétés commerciales en OHADA », *Penant*, avr.-Juin 2016, n° 895, p. 180.

<sup>550</sup> Il s'agit d'une importante innovation en droit de l'OHADA. V. à ce sujet Nemedeu (R.), « Les innovations et modifications apportées au régime de droit commun des sociétés commerciales », Actes des journées annuelles de l'OHADA, co-organisées par le GERDIIC, la Fédération des clubs OHADA du Cameroun et l'AEDJ, Université de Dschang, Séminaire du 30 octobre 2014 sur le « nouveau droit des sociétés OHADA (sociétés commerciales/sociétés coopératives) », p. 8 et s. ; Tamkam Silatchom (G.A.), « Réflexion sur l'administration provisoire dans l'AUDSC relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE », *Penant*, n°892, juill-sept. 2015, p. 345 et s.

<sup>551</sup> Par cette consécration, le droit de l'OHADA se distingue du droit français où l'administration provisoire reste une mesure judiciaire attitrée, « *ni prévue, ni organisée par la loi* ». Cf. Cozian (M.), Viandier (V.) et Deboissy (F.), *Droit des sociétés*, *op. cit.* p. 277 et s., n°633 et s.

<sup>552</sup> Cf. Lecourt (B.), « Questions autour de l'administration provisoire », *JCP E*, 2016, 1384.

<sup>553</sup> Pour la mise en œuvre de l'administration provisoire, les juges faisaient recours soit aux textes nationaux, soit aux textes communautaires, certains relevant de l'Union économique et monétaire ouest-Afrique, d'autres de la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC) ou de la Conférence interafricaine du marché des assurances (CIMA).

<sup>554</sup> Cf. Njandeu (M.-A.), « La protection de la société commerciale en droit OHADA », *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, (dir.) Akam Akam (A.), Harmattan, p. 229 et s.

<sup>555</sup> Avant la consécration de l'administration provisoire au sein de l'OHADA, les juges utilisaient cette procédure selon les tribunaux et au sein d'une même juridiction, les pratiques évoluaient selon les besoins, selon les chambres ou selon les juges. V. Diouf (M.), « Réflexions sur l'administration provisoire de société en droit Sénégalais », *Bull. d'info. CS.*, n°1-2/ déc. 2010, p.135.

<sup>556</sup> Dans certains cas, les juges posent la condition liée à l'existence d'une mésentente grave et d'une atteinte à l'intérêt de la société pour la désignation d'un administrateur provisoire. v. TRHC Dakar, ord. Réf. n°939, 16 sept. 1996, inédit. En revanche dans d'autres cas, ils exigent que les intérêts des associés soient exposés à un péril imminent. V. CA Dakar, arrêt n°44 du 21 janv. 2000, inédit.

<sup>557</sup> Cf. Diouf (M.), « Réflexions sur l'administration provisoire de société en droit Sénégalais », *op. cit.*, p.146.

<sup>558</sup> Cf. Diouf (M.), « Réflexions sur l'administration provisoire de société en droit Sénégalais », *op. cit.*, p.140.

## **§1. La mise en œuvre critiquable de la procédure**

**181. Les conditions de mise en œuvre.** La mise en œuvre de la procédure d'administration provisoire est soumise à de nombreuses conditions, certaines d'ordre objectif et d'autres d'ordre subjectif. Ces conditions ne semblent pas prendre en compte de manière efficace l'intérêt social<sup>559</sup> qui pourtant, est la valeur sociale à protéger prioritairement dans ce cas précis. Elles ont pour effet de restreindre le cercle des demandeurs à l'action (A), d'aboutir à une divergence d'interprétation de la condition liée au fonctionnement de la société (B) et de cantonner l'influence du juge sur l'administrateur provisoire (C).

### **A. La délimitation du cercle des demandeurs à l'action**

**182. L'auteur de la demande.** Aux termes de l'article 160-2 al.1 de l'AUDSCGIE, l'ouverture d'une procédure d'administration provisoire peut être demandée soit par des organes de gestion, de direction ou d'administration, soit par un ou plusieurs associés. Et, les associés peuvent saisir la juridiction compétente par requête en vue de la nomination d'un administrateur provisoire. Concernant la dernière catégorie de demandeurs, le législateur ne soumet pas l'exercice de leur action à l'obtention d'un pourcentage de participation dans le capital social comme c'est le cas en matière d'expertise de gestion. Cela suppose que tout associé, même minoritaire à condition que les faits démontrent un abus de majorité susceptible de mettre en jeu les intérêts de la société<sup>560</sup>, peut mettre en œuvre cette procédure. Cette flexibilité législative a pour avantage de rendre moins difficile la possibilité d'ouverture de l'action. Toutefois, si l'action est ouverte à toutes catégories d'associés, elle ne l'est pas à tous les acteurs sociaux, notamment les commissaires aux comptes. Or du fait de « *de l'exercice de ses missions de contrôle de la sincérité et de la régularité des comptes sociaux, le commissaire aux comptes est en mesure de détecter et de révéler les faits constitutifs de mauvaise gestion susceptible de porter atteinte à l'intérêt de la société* »<sup>561</sup>. Cette restriction du cercle des demandeurs nous semble insuffisamment justifié.

---

<sup>559</sup> Cf. Pohé (D.), *Droit des sociétés commerciales et coopératives dans l'espace OHADA*, Bruylant, coll. DUA, 2019, p. 163, n°298.

<sup>560</sup> En France, la demande de nomination d'un administrateur provisoire faite par les associés minoritaires a été rejetée dans de nombreux cas pour manque de fondements légaux. V. Cass. com., 18 mai 2010, n°09-14.838, *RJDA* ; CA Paris, 4 déc. 2002, *RJDA*, 6/03 n°592.

<sup>561</sup> Cf. Kamnang K. (I.-Fl.), *Les pouvoirs du juge dans les sociétés commerciales de droit OHADA*, *op. cit.*, p.355, n°377.

**183. Une restriction insuffisamment justifiée.** La restriction du cercle des demandeurs de la procédure d'administration provisoire peut s'expliquer par les conséquences néfastes que cette procédure peut avoir sur le fonctionnement de la société tant sur le plan organique, que sur le plan économique et financier. Dans le premier cas, elle peut entraîner le dessaisissement total ou partiel des organes de direction de la société. Dans le second en revanche, elle peut créer des coûts considérables pour la personne morale. En outre, cette mesure peut entraîner le ralentissement du fonctionnement de la société. Toutefois, si ces éléments sont de nature à protéger le cadre social en période de fonctionnement normal, ils ne suffisent plus à le faire lorsque l'intérêt social est menacé. Il en est de même pour la condition liée au fonctionnement de la société qui fait l'objet d'appréciation divergente par les juges.

## **B. L'appréciation divergente de la condition liée au fonctionnement de la société**

**184. Les limites légales.** L'Acte uniforme a expressément limité les hypothèses dans lesquelles le juge peut se prononcer en faveur de l'administration provisoire (1). Cependant dans certains cas, la jurisprudence fait une appréciation élargie de ces hypothèses (2).

### ***1. Les hypothèses d'interventions judiciaires prévues par l'AUDSCGIE***

**185. Le fait des acteurs sociaux.** L'article 160-1 de l'AUDSCGIE qui traite de l'administration provisoire dispose que : « *lorsque le fonctionnement normal de la société est rendu impossible, soit du fait des organes de gestion, de direction ou d'administration, soit du fait des associés, la juridiction compétente statuant à bref délai, peut décider de nommer un administrateur provisoire aux fins d'assurer momentanément la gestion des affaires sociales* ». Il ressort clairement de cette disposition que la décision de nomination de l'administrateur provisoire est rattachée à la seule condition de l'existence du fait des acteurs sociaux. Le texte précise que les acteurs sociaux<sup>562</sup> dont il est question sont les organes de gestion, de direction ou d'administration, ou encore les associés. Ainsi, l'absence ou la défaillance organique, les anomalies de gestion, les conflits organiques sont autant de situations pouvant justifier

---

<sup>562</sup> Cas. com., 3 juill. 1984, *Bull. civ.*, IV, n°210 ; *Rev. Sociétés*, 1985, p. 628, note Didier (P.) ; Cass.com., 17 jan. 1989, *Bull. civ.*, IV, n°28 ; *Rev. Sociétés*, 1989, p. 209, note Guyon (Y.) ; Cass. com., 2 déc. 2008, n°07-19.698, *RTD com*, 2009, 159, obs. Champaud (C.) et Danet (D.) DocumentInterRevue ;



l'intervention du juge. La défaillance d'un organe social<sup>563</sup> peut avoir pour cause sa démission, son décès, sa révocation ou son incapacité temporaire. C'est ainsi que dans une affaire, il a été précisé que le cas de liquidation judiciaire de la société ne peut faire partie de cette catégorie parce qu'elle entraîne le « *dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens, notamment des parts dans le capital d'une société mais ne le dessaisit pas de ses fonctions de représentant légal de la société* »<sup>564</sup>. Les anomalies de gestion, quant à elles, sont des faits des organes de gestion, de direction et d'administration<sup>565</sup>, directement ou indirectement liés à leur pouvoir de décision. Il peut s'agir notamment des irrégularités de gestion évidentes<sup>566</sup> commises par ces organes, à l'inobservation récurrente des règles légales et statutaires d'information des associés<sup>567</sup>. Ainsi, les juges ont à plusieurs reprises refusé de nommer un administrateur dans le cas de non-respect des formalités de tenue des assemblées<sup>568</sup>. Concernant enfin les conflits entre les organes sociaux, de nombreux cas peuvent également être énumérés, précisément celui relatif à la mésentente entre les organes sociaux<sup>569</sup> ou entre les dirigeants et les associés, ou encore au sein du conseil d'administration<sup>570</sup> ou des assemblées<sup>571</sup>.

**186.** En revanche s'agissant des associés, la nomination de l'administrateur provisoire est souvent demandée lorsque les règles de majorité qui existent dans la société ne permettent pas l'adoption évidente des délibérations. Cette hypothèse peut être relevée dans les cas où, deux associés ou groupes d'associés possèdent des fractions égales du capital social empêchant l'un d'eux d'emporter le vote lors de la tenue de l'assemblée<sup>572</sup>. De même, une autre situation

<sup>563</sup> TPI Bafang, ord. de référé n°27 du 25 mai 2007, aff. Sieur Noubicier Léon C/ Sieur Ngamako Michel, *Juridis Périodique*, n° 78, avril-mai-juin 2009, p. 29 et obs. Kalieu Elongo (Y. R.), *op. cit.*

<sup>564</sup> Cass. com., 27 nov. 2001, *Dr. sociétés*, 2002, n° 24, note Legros (J.-P.).

<sup>565</sup> Concernant les organes de gestion, le législateur de l'OHADA n'a pas entendu faire de distinction, ainsi sont concernés par la procédure autant les décisions des gérants des SNC, des SCS, des SARL, que le président ou le président directeur général du conseil d'administration, l'administrateur général et l'administrateur général adjoint des SA et des SAS, les directeurs et les directeurs adjoints de tous types de société concernées par ce mode de d'administration.

<sup>566</sup> Cass. com., 17 oct. 1989, *Juris-Data* n°1989-703104.

<sup>567</sup> CA Paris, 16 oct. 2002, *Rev. Sociétés*, 2003, p. 166, comm. Guyon (Y.).

<sup>568</sup> CA d'Abidjan, arrêt n° 258, 25 février 2000, *Juris Ohada*, n° 01/2000, Janv.-mars 2002, n° 42, dans cette affaire, le juge a estimé que la non-convocation d'un administrateur à plusieurs réunions du conseil d'administration ne pouvait pas justifier la nomination d'un administrateur provisoire.

<sup>569</sup> Cass. com., 26 avr. 1982, n° 81-10514, *Bull. civ. I*, n° 136, p. 121; CA Versailles, 8 oct. 2008 n°08/5065, *RJDA* 3/09, n°223.

<sup>570</sup> Cass. com., 5 nov. 1971, *Rev. Sociétés*, 1972, p. 479, note J.-H. ; Cass. com., 26 avr. 1982, *Rev. Sociétés*, 1984, p. 93, note Sibon (J.-L.).

<sup>571</sup> CA Paris, 5 mai 2009, n°08/20436, *RJDA*, 12/09, n°1086; Cass. Com., 6 févr. 2007, n°05-19. 008, *RJDA*, 7/07 n°732; Cass. com., 17 jan. 1989, *Bull. Joly*, 1989, p. 321, note Daigre (J. J.); *Rev. Sociétés*, 1989, p. 209, note Guyon (Y.).

<sup>572</sup> Cass. com., 23 mars 1971, *Bull. civ.*, 1971, n° 90, p. 83; *RTD com.*, 1971, p. 1043, obs. Houin.

conflictuelle entre les organes délibératifs peut donner lieu à la nomination de l'administration provisoire, dès lors qu'elle a lieu sur la contestation de la propriété ou de parts ou d'action<sup>573</sup>. En effet, il est difficile pour une assemblée de délibérer lorsque la propriété des parts ou actions est contestée. L'intervention du juge se justifie dans la mesure où elle contribue à mettre fin à la contestation afin de permettre l'adoption sereine de la délibération. Par ailleurs, le fait des acteurs sociaux ne peut justifier la nomination d'un administrateur provisoire que parce qu'il rend impossible le fonctionnement normal de la société<sup>574</sup>.

**187. La paralysie de la société par le fait des acteurs sociaux.** Le fait des acteurs sociaux en lui-même n'est pas une condition de nomination de l'administrateur provisoire<sup>575</sup>, il ne le devient que lorsque le juge constate la paralysie de la société. C'est pour cette raison que les juges sont hostiles à la nomination d'un administrateur provisoire lorsque, malgré les désaccords entre les acteurs sociaux, ils prennent les décisions et délibérations sociales dans le respect des textes<sup>576</sup>. En outre, il doit exister un lien de causalité entre cette paralysie et le fait des acteurs sociaux. Cela ressort clairement des dispositions de l'article 160-1 de l'AUDSCGIE. Les juges l'ont également relevé dans un arrêt du 11 mars 2009<sup>577</sup> en rappelant que « *considérant que le changement d'un gérant d'une société à responsabilité doit être fondé sur des justes motifs à savoir ceux qui affectent soit la gestion de la survie de ladite société et constituent un péril grave imminent ; (...) la simple mésintelligence entre associé sans rapport avec la vie de la société ne saurait justifier une mesure grave de remplacement d'un gérant* ». L'opposition entre les associés lors de la nomination des organes de gestion ne peut donner lieu à la nomination d'un administrateur que si cette opposition fait obstacle à la prise de décision<sup>578</sup>. Par ailleurs, dans le cadre de la défaillance des organes sociaux, le juge va nommer l'administrateur provisoire s'il constate que, non seulement, la défaillance a causé le dysfonctionnement de la société, mais aussi, qu'à cause de circonstances exceptionnelles, ces

<sup>573</sup> CA du Centre, arrêt n° 223/ Civ. 03-04 du 23 avr. 2004, affaire n° 755/RG/02-03 ; Cass. com., 21 févr. 2012, n°11-18.608, *RJDA*, 6/12 n°594.

<sup>574</sup> Cass. soc., 23 oct. 2012, n°11-24.609, *JCP E*, 2013, 1010, note Lahalle (T.).

<sup>575</sup> En principe, les graves dissensions entre les associés qui n'ont aucune influence sur le fonctionnement normal de la société ne donnent pas lieu à la nomination d'un administrateur provisoire. Cf. Cass. civ., 30 juin 2015, n°13-25.685, *Rev. sociétés*, 2016, p. 49, note Naudin (E.) ; Cass. com., 29 sept. 2009, n°08-19937, PB, *Bull. Joly Sociétés*, 2010, §4, p. 23, note Gil (G.).

<sup>576</sup> Cf. CS Côte d'Ivoire, chbre judiciaire. Arrêt n°123/07 du 99 mars 2007, Société Yara West Africa, Société Yara France c/ Société de financement et de participation de Côte d'Ivoire dite SEFI, *actualités juridiques*, n°57, p. 150, Ohadata J-09-296, disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté le 30/07/20.

<sup>577</sup> CA Littoral, arrêt n°080/ REF du 11 mars 2009, *Juridis Périodique*, n° 86, 2011, p. 79, comm. Assontsa (R.).

<sup>578</sup> Cf. Fénéon (A.), *Droit des sociétés en Afrique OHADA*, LGDJ, coll. Droits Africains, 2015, p. 49, n° 119.

organes n'ont pu être remplacés<sup>579</sup>. Le juge peut également se prononcer lorsque les conflits sociaux sont nés des difficultés économiques et financières.

**188. Conflits nés des difficultés économiques et financières.** Les difficultés économiques et financières sont des conflits délicats à gérer puisqu'elles touchent directement l'économie même de la société. Parce qu'elles sont vivement critiquées au sein de la jurisprudence<sup>580</sup>, elles ont été rarement retenues par la jurisprudence<sup>581</sup>. Ces difficultés peuvent avoir pour origine des conflits nés au sein des organes sociaux<sup>582</sup> ou entre ces derniers. Par ailleurs, elles peuvent être directement rattachées à la société et liées au problème financier et économique qu'elle traverse. Dans l'un ou l'autre cas, le juge adopte une double attitude. Soit il contraint la société ou les organes sociaux à exécuter une prestation ou un contrat<sup>583</sup>, soit il empêche leur exécution. Pour y parvenir, il nomme un organe externe à la société qui interviendra dans sa gestion avec pour objectif de mettre fin à la paralysie de la société. Parce que l'administration est une mesure exceptionnelle en ce qu'elle « *substitue un mandataire de justice aux organes désignés par les associés* »<sup>584</sup>, le juge va, avant la nomination de cet organe, faire un travail préalable. Ce travail consiste à déterminer les causes pouvant justifier la désignation de l'administrateur et à vérifier que celle-ci sont comprises dans les hypothèses de désignation limitativement prévues par le législateur. Toutefois dans la pratique, certains juges ne restent pas enfermés dans les limites prévues par le législateur, ils font un élargissement de ces hypothèses.

## 2. L'élargissement jurisprudentiel

**189. L'arrêt Fruehauf.** A la lecture de l'article 160-1 de l'AUDSCGIE, il ressort que l'administration provisoire ne peut être mise en œuvre que lorsque le fonctionnement de la

<sup>579</sup> CA Paris, 13 mars 1992, *Dr. sociétés*, 1992, n° 132 ; Cass. com., 24 mai 1994, *Bull. Joly*, 1994, p. 789 ; CA Toulouse, 13 sept. 1999, *Dr. sociétés*, 2000, n° 44, note Vidal (D.).

<sup>580</sup> Cass. com., 29 sept. 2009, n°08-19.937, *Bull. Joly*, 2010, p.27, note Gil (G.) ; CA Paris, 4 déc. 2002, *Bull. Joly*, 2003, p. 416, note Le Cannu (P.) ; Il ressort de ces décisions que : au regard du caractère exceptionnel de la procédure d'administration provisoire, le juge ne peut la mettre en œuvre sur le fondement des difficultés économiques et financières de la société en dépit de leur gravité que, lorsque celles-ci mettent en péril l'intérêt de la société.

<sup>581</sup> Fénéon (A.), *Droit des sociétés en Afrique OHADA*, op. cit., p. 53, n° 125

<sup>582</sup> Cf. CA Littoral du Cameroun, 10 févr. 1999, *Reemstsma c/ Sitabac*.

<sup>583</sup> Cela a été le cas dans l'affaire Fruehauf du 22 mai 1965, qui a été à l'origine de nombreuses innovations en matière d'administration provisoire en droit des sociétés.

<sup>584</sup> *Germain (M.) et Magnier (V.), Ripert (G.) et Roblot (R.) (dir.), Droit commercial, Traité de droit commercial, T. 1, 10<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1996, n°802.*

société est rendu impossible. Cette condition ne rencontre pas l'assentiment de la jurisprudence, encore moins celui de la doctrine qui a pu s'inspirer des décisions des juges pour systématiser ces hypothèses. La prise en compte de cette seule hypothèse par les juges n'a pas fait l'objet d'unanimité, très vite certains juges ont opté pour son élargissement. En effet, les juges français se sont servis de leur audace pour nommer un administrateur provisoire dans des hypothèses où le fonctionnement de la société était normal. Le point de départ de l'attitude<sup>585</sup> de ces juges est l'arrêt *Fruehaud*<sup>586</sup>. Les faits de cette affaire montrent clairement que la présence des organes sociaux et le fonctionnement normal de la société ne faisaient l'objet d'aucun doute. En revanche, la gestion des organes sociaux était fortement critiquée puisqu'elle était contraire à l'intérêt social. Les juges sans dénier le caractère exceptionnel de l'administration provisoire, ont nommé un administrateur provisoire alors même que la société fonctionnait normalement. Cette décision était justifiée par la menace à laquelle était exposé l'intérêt social. Dès lors, il était admis que le juge pouvait mettre en œuvre l'administration provisoire si les preuves d'une menace à l'intérêt social étaient apportées. Cette position vivement appréciée<sup>587</sup> a été retenue par les juges dans le contexte de l'OHADA dans l'affaire *Reemtsma c/ Sitabac*.

**190. L'arrêt *Reemtsma c/ Sitabac*.** Dans certains cas, les juges de la communauté OHADA se sont alignés sur l'arrêt *Fruehaud*. Le point de départ dans ce contexte est marqué par l'arrêt *Reemtsma c/ Sitabac*<sup>588</sup>. En l'espèce, la Cour d'appel de Douala avait infirmé l'ordonnance rendue par le juge de référé en faisant droit à la demande de la société SITABAC par la désignation d'un administrateur provisoire malgré le fonctionnement normal de la société. La Cour justifiait la nomination de l'administrateur provisoire dans ce cas particulier par l'extrême gravité de la situation dans laquelle se trouvait la société. Celle-ci avait subi d'énormes pertes représentant le tiers du capital. En plus, le Président du conseil d'administration avait fait un emprunt de 12 millions de dollars à une société dans laquelle de

---

<sup>585</sup> Azencot (M.), *L'intervention du juge dans la gestion des sociétés commerciales*, Azencot (M.), *L'intervention du juge dans la gestion des sociétés commerciales*, thèse dact. Paris II, 1979, p. 280 et s. ; Contin (M.), « L'arrêt *Fruehaud* et l'évolution du droit des sociétés », *Dalloz*, 1968, chr. 45.

<sup>586</sup> CA Paris, 14<sup>e</sup> chbre., 22 mai 1965, *RTD Com*, 1965, p. 619, obs. Rodière (M.) et P. 631, obs. Houin ; *Dalloz*, 1968, p. 147, note Contin.

<sup>587</sup> Tobossi (T.D.A.), *L'intervention du juge dans le droit des sociétés commerciales OHADA*, *Ohadata* D-17-14, disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté le 25/11/2017, p. 20 et s. ; Diouf (M.), *L'intervention du juge dans la vie des sociétés commerciales*, Thèse UCAD, Dakar, 2007, p. 221.

<sup>588</sup> CA Littoral, n°38/REF du 10 févr. 1999, aff. *Reemtsma et autres c/ Sitabac et autres*, *Juridis Périodique*, n°42, avr.-mai-juin, 2000, p. 45, note Kalieu (Y.R.).

nombreux actionnaires avaient des intérêts. Ces différentes situations étaient autant d'éléments qui confortaient la demande de l'associé.

### **191. L'administration provisoire justifiée par la gravité de la situation sociale.**

Dans l'affaire Reemstsma c/ Sitabac, la Cour a mis en œuvre la procédure d'administration provisoire en dépit du fonctionnement normal de la société. En l'espèce, la nomination de cet organe a été faite pour une raison autre que celle relative à la carence des organes sociaux car la preuve de leur existence et de leur fonctionnement normal avait été apportée par les demandeurs. En d'autres termes, la Cour n'a pas écarté l'hypothèse du fonctionnement normal de la société, ni celui de la carence ou de l'absence du Conseil d'administration ou de son président. D'ailleurs, elle a précisé dans sa décision que « *considérant que pour qu'un administrateur provisoire soit désigné, il faut que la gestion de la société normalement assurée par le conseil d'administration soit compromise de manière qu'elle ne puisse plus continuer à subsister si on laisse les choses en l'état (...) considérant que la perte ci-dessus relevée constitue la preuve irréfutable de la mauvaise gestion de la SITABAC par le Conseil d'administration qui a par ailleurs refusé de s'expliquer sur l'emprunt de 12 millions de dollars* ». A travers cette décision, la Cour refuse de faire de l'impossibilité de fonctionnement de la société la seule hypothèse de nomination de l'administrateur provisoire et étend son admission à la mauvaise gestion de la société<sup>589</sup>. Si cette position a été retenue dans de nombreuses autres affaires<sup>590</sup>, elle n'est pas suivie sous tous azimuts par certains juges. Ces derniers font toujours de la notion de dysfonctionnement, une interprétation stricte et refusent de prendre en compte le critère du péril imminent<sup>591</sup>. Pour eux, la procédure d'administration provisoire ne peut être mise en œuvre que parce que la société fait face à un dysfonctionnement ou lorsque les organes sociaux sont absents. Cette divergence d'interprétation crée l'incertitude au sein de la jurisprudence d'autant plus que le pouvoir judiciaire sur l'administrateur provisoire est restreint.

<sup>589</sup> Il s'agit alors « *de l'hypothèse où les organes sociaux existent effectivement et fonctionnent mais, leur gestion est contraire aux intérêts de la société* ». V. Cass. com., 17 oct. 1989, *Rev. sociétés*, 1990, p. 30, note Chartier (Y.).

<sup>590</sup> Cass. com., 6 févr. 2007, *Bull. civ. IV*, n°28 ; Cass. com., 25 janv. 2005, *Rev. Sociétés*, 2005, p. 828 et s., obs. Lecourt (B.) ; TR Niamey, ord. de référé n°245 du 22 oct. 2002, Abbas Hammoud c/ Jacques Claude Lacour et Dame Evelyne Dorothé Flambard ; Cass.com., 25 janvier 2005, *Rev. Sociétés*, 2005, p. 828, note Lecourt (B.) ; Cass. com., 18 mai 2010, n°09-14.838, *Rev.sociétés*, 2010, p. 303, obs. Lienhard (A.) ; *RTD com.*, 2010, p. 738, obs. Champaud (C.) et D. DanetDocumentInterRevue.

<sup>591</sup> CA Littoral, Arrêt n° 080/REF du 11 mars 2009, affaire société de maintenance des équipements de protection incendie et sauvetage (MSPE) c/ Dame Manga née Onguene Biloa et autres, *Juridis périodique* n° 86, avril-mai-juin, 2011 et note Assontsa (R.) ; CA d'Abidjan, arrêt n° 258 du 25 févr. 2000, NACI, *Bulletin Juris Ohada* n° 1/2002 ; CA Lomé, arrêt n° 112/09 du 21 juill. 2009, Société Bokamion.

### C. Un pouvoir judiciaire restreint sur l'administrateur provisoire

**192. La limite de la décision de nomination.** Lorsque le juge désigne un administrateur, il doit préciser dans l'acte de nomination l'étendue de sa mission et de ses pouvoirs. Or généralement, le juge énonce simplement que l'administrateur provisoire a la mission de gérer et d'administrer la société avec les pouvoirs les plus étendus selon les lois et les usages du commerce. La généralité des termes des décisions judiciaires dénote de l'imprécision des missions de l'administrateur provisoire dans l'acte de nomination (1). En outre, une fois l'administrateur désigné, le juge n'a aucun pouvoir de contrôle sur ses missions (2).

#### *1. L'imprécision des missions de l'administrateur provisoire dans son acte de nomination*

**193. La réserve judiciaire.** L'administrateur provisoire est défini par un auteur comme « la personne désignée par la justice pour administrer un bien ou un patrimoine »<sup>592</sup>. Dans le cadre du droit des sociétés, il s'agit d'un organe externe à la société qui, pendant un moment, va gérer celle-ci en lieu et place des organes sociaux normalement compétents<sup>593</sup>. La mise en œuvre de l'administration provisoire entraîne de nombreuses obligations à l'égard du juge notamment au sujet de l'organisation des missions et pouvoirs des divers organes sociaux. A cette occasion et à l'instar des procédures collectives<sup>594</sup>, la loi lui a reconnu un pouvoir souverain. C'est ainsi que l'article 160-2 al.3-1°) de l'AUDSCGIE dispose que c'est dans la décision de nomination de l'administration provisoire que le juge détermine l'étendue de sa mission. En plus de la définition des missions de l'administrateur provisoire, le juge doit déterminer ceux des organes sociaux restants, puisque le mandat social a pour conséquence le dessaisissement total ou partiel des organes légaux. L'article 160-2 al. 3-2°) de l'AUDSCGIE fait donc obligation au juge d'indiquer, le cas échéant, tous les organes de gestion, de direction ou d'administration qui n'ont pas été déchus de leurs fonctions. De même, il doit préciser les

<sup>592</sup> Cf. Boye (M.), « L'administration provisoire des sociétés commerciales en OHADA », *op. cit.*, p. 180.

<sup>593</sup> V. Njoya Kanga (B.), *L'administration provisoire des sociétés dans l'espace OHADA* », Véritas, coll. Economica, 2012, n°4.

<sup>594</sup> Dans le cadre des procédures collectives, c'est le juge qui est chargé de définir les pouvoirs de l'administrateur. V. Pétel (Ph), *Procédures collectives*, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd., 2017, p.75, n°143.

pouvoirs et les compétences qui leur sont maintenus. La répartition judiciaire des missions entre l'administrateur provisoire et les organes sociaux restants se fait en fonction des faits qui lui sont soumis et de l'état de fonctionnement de la société. L'absence de précision des missions de l'administration peut entraîner de graves conséquences. Soit l'administrateur provisoire s'octroie un minimum de pouvoirs qui, finalement, ne lui permettent pas d'atteindre son objectif ; soit il se fixe des pouvoirs trop importants au risque de prendre des décisions compromettantes pour la société<sup>595</sup>. En outre, la détermination des missions de l'administrateur en des termes très larges suscite de nombreuses questions au sein de la doctrine et même de la jurisprudence. C'est le cas par exemple lorsque le juge nomme un administrateur provisoire en précisant que ce dernier est chargé « *de gérer la société avec les pouvoirs les plus étendus* »<sup>596</sup> ou encore lorsqu'il le nomme avec pour mission de gérer et d'administrer la société avec tous les pouvoirs de dirigeant<sup>597</sup>. Il se pose donc la question de savoir si l'assimilation de l'administrateur provisoire au dirigeant social permet à celui-là de représenter la société ou de prendre des actes conservatoires ? Cette question à laquelle sont apportées des solutions doctrinales et jurisprudentielles variées et divergentes<sup>598</sup>, ne se poserait pas si le juge avait pris la peine de préciser les missions tant du mandataire que des autres organes. L'article 160-4 de l'AUDSCGIE dispose que « *l'administrateur provisoire représente la société dans le cadre de sa mission et dans la limite de ses pouvoirs. Tout acte qu'il accomplit en outrepassant ces pouvoirs est inopposable à la société* ». Il ressort de cet article que l'administrateur provisoire est le représentant légal de la société. Par conséquent, il ne peut agir au sein de ladite société que dans le cadre de la limite des pouvoirs qui lui sont confiés, au risque de voir sa responsabilité engagée<sup>599</sup>, exception faite des cas dans lesquels il dispose de tous les pouvoirs d'administration.

**194. L'obligation du juge atténuée.** À notre avis, l'obligation judiciaire consistant à préciser les missions de l'administrateur provisoire perd sa raison d'être lorsque ce dernier est

<sup>595</sup> Cf. Lefevre (Cl.), *Le référé en droit des sociétés*, op. cit., p.156, n° 203.

<sup>596</sup> CA d'Aix, 14 nov. 1957, *JCP G*, 1957, II, 10304, Obs. J. R.; Cass. com., 5 nov. 1971, *Bull. civ.* IV, n° 261, p. 243. V. aussi Cass. com., 7 nov. 2006, *RJDA*, 4/07 n°360.

<sup>597</sup> CA Centre, ord. de référé, 28 sept. 2001, inédit, disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com) ; CA Littoral, arrêt du 21 févr. 2003, *Juridis Périodique*, n°64, 2005, obs. Njeufack Temgwa.

<sup>598</sup> Un auteur relève que les actes conservatoires font parties de la mission de gestion et d'administration courante de la société reconnue à l'administrateur provisoire. V. Fénéon (A.), *Droit des sociétés en Afrique OHADA*, op. cit., p. 64, n°141. A contrario quelques années avant, une opposition a été faite au sujet des actes de gestion quotidienne devant être engagé par l'administration provisoire, notamment le cas spécifique des actes conservatoires. Dans un arrêt du 3 mai 2007, la Cour de cassation a retenu que la nature conservatoire des missions de l'administrateur provisoire ne lui confère pas le droit de saisir le juge aux fins d'obtenir le prix du loyer d'un bail renouvelé.

<sup>599</sup> Cf. art. 160-8 de l'AUDSCGIE.

doté d'un pouvoir général d'administration, de direction et de représentation de la société. En effet, à l'article 160-6 de l'AUDSCGIE, le législateur précise que lorsque l'administrateur dispose de tous les pouvoirs d'administration au sein de la société, il joue le rôle de dirigeant social qui, par l'acte de nomination est dessaisi de ses fonctions<sup>600</sup>. Il lui revient donc de prendre les actes de gestion quotidienne de la société. C'est conformément à ce principe qu'il a été interdit au gérant d'une EURL dessaisi de ses fonctions à la suite de la nomination d'un administrateur provisoire chargé d'administrer, de diriger et de représenter la société, d'exercer une voie de recours au nom de la société<sup>601</sup>. Toutefois une question demeure. En l'absence de précision dans l'acte de nomination, l'administrateur provisoire peut-il prendre les actes de disposition ? Les textes ne sont pas précis sur la question. Dès lors, nous pensons que la réponse devrait dépendre de la situation de la société au moment de l'intervention de ce mandataire. Ainsi, lorsque la substitution est partielle, l'administrateur ne devrait pas poser des actes conservatoires, sauf sur autorisation du juge. En revanche, si le dessaisissement du dirigeant est total, et si l'intérêt de la société est menacé, l'administrateur peut prendre tout acte de disposition dans le but de protéger cet intérêt social. Il pourrait par exemple vendre un bien appartenant à la société, si cette vente permet de faire face à la dette sociale et d'éviter d'être contraint par les échéances. Mais, il devra faire preuve de beaucoup de prudence sous peine de voir sa responsabilité engagée en cas de faute dommageable qu'il commettrait dans l'exercice de cette opération<sup>602</sup>. Cette prudence s'impose d'autant plus que l'exercice de ses missions n'est pas soumis au contrôle du juge.

## ***2. L'absence de contrôle judiciaire des missions de l'administrateur provisoire***

**195. L'encadrement de la liberté de l'administrateur provisoire.** Si l'administrateur provisoire jouit d'une liberté lors de l'exercice de sa mission, cette liberté n'est pas sans limites. En effet, l'article 160-5 de l'AUDSCGIE lui fait obligation de présenter à la juridiction compétente un rapport tant sur les opérations qu'il accomplit que sur l'évolution de sa mission. Le texte précise que ce rapport doit être présenté au moins une fois tous les trois mois. Cette mesure d'information nous semble opportune car le rapport permet au juge d'apprécier les

---

<sup>600</sup> Cass. civ., 25 oct. 2006, n° 05-15393, *Dr. sociétés*, 2007, n°41, obs. Lécuyer (H.); *Bull. Joly Sociétés*, 2007, p. 274, obs. Lucas (F.-X.).

<sup>601</sup> Cass. soc., 22 juin 2010, n°09-70517, *Bull. Joly sociétés*, § 492, p. 972, note Parachkévova (I.); *Dr. sociétés*, 2011, n°192, obs. Gallois-Cochet (D.).

<sup>602</sup> Cf. art. 160-8 de l'AUDSCGIE. Cet article pose le principe de la responsabilité de l'administrateur provisoire tant à l'égard de la société que des tiers en cas de faute dans l'exercice de ses fonctions.



actions entreprises par l'administrateur provisoire. Toutefois, elle se limite à la stricte information du juge.

**196. Un encadrement limité.** Certes, le juge a le droit d'être informé de l'évolution des missions de l'administrateur provisoire qui, nous l'avons déjà souligné, a la lourde responsabilité de rétablir le fonctionnement normal de la société. Toutefois l'AUDSCGIE reste muet sur l'attitude du juge quant aux actions à entreprendre après réception du rapport. Le texte ne précise pas si le juge a le droit, à la suite des informations qui lui sont communiquées, de compléter ou de modifier les missions ou les pouvoirs de l'administrateur provisoire. De même, le texte est muet sur la question de l'attitude du juge à la suite du constat d'un fait contraire à l'intérêt social pouvant empêcher ou perturber le cours normal de la société. Certains auteurs pensent que, parce que le juge ne peut mieux connaître la société que l'administrateur. Etant « *à pied d'œuvre (...) il est donc difficile d'imaginer que le juge puisse ordonner à son mandataire de faire tel ou tel acte, même si, au préalable, il a pris la précaution de demander à l'administrateur de lui faire un rapport sur la situation sociale* »<sup>603</sup>. En plus, conformément au principe de non-immixtion<sup>604</sup> du juge dans la gestion de la société, il ne peut, *à priori*, s'impliquer dans l'administration provisoire en donnant des ordres à l'administrateur ou en lui dictant une conduite. Cette interdiction qui est de nature à limiter l'influence du juge sur l'administrateur provisoire nous semble peu adaptée au contexte sociétal où l'intérêt de la société devrait être prioritairement protégé. Ce constat est valable pour les conditions de mise en œuvre de l'administration provisoire qui nous semblent insuffisantes et imparfaites, d'où la nécessité de leur réaménagement.

## §2. Le réaménagement nécessaire des conditions de l'administration provisoire

**197. Les améliorations fondamentales.** En droit des sociétés, la garantie du fonctionnement normal de la société doit être assurée par le recours à l'administration provisoire. Le régime de cette procédure a été défini par le législateur de l'OHADA, mais ses conditions de mise en œuvre semblent insuffisantes. Pour assurer l'efficacité de cette procédure, il conviendrait d'étendre le cercle des demandeurs de l'action (A), de préciser dans

<sup>603</sup> Azencot (M.), *L'intervention du juge dans la gestion des sociétés commerciales*, op. cit., p.339.

<sup>604</sup> CA Amiens, 14 mars 1977, *JCP*, 1978, 18955, note Chartier (Y.).

l'article 160-1 de l'AUDSCGIE, la nécessité d'un péril imminent pour l'intérêt social (B) et de redéfinir la tutelle judiciaire sur l'administrateur provisoire (C).

### A. L'extension du cercle des demandeurs

**198. Toute personne intéressée.** Le demande d'ouverture de la procédure d'administration est présentée devant le juge de référé puisqu'il s'agit d'une question à laquelle une réponse urgente doit être apportée. Les conditions relatives à l'auteur de la demande exclues certains acteurs sociaux qui, logiquement pourraient par leur action, empêcher que la société se retrouve dans un état de dysfonctionnement. C'est pour cette raison que nous proposons la reformulation de l'article 160-2 al. 1 de l'AUDSCGIE en ces termes :

*« La juridiction compétente est saisie à la requête de tout intéressé. A peine d'irrecevabilité de la demande, la société est mise en cause ».*

Grâce à ce nouvel article, l'action serait ouverte à toute personne ayant un intérêt légitime. En d'autres termes, en plus des acteurs sociaux préalablement définis, c'est-à-dire les associés, les organes de gestion, de direction et d'administration, la demande pourrait être présentée par d'autres acteurs sociaux. Dès lors, le commissaire aux comptes à la suite d'un contrôle, le créancier en cas d'inertie des associés, pourraient saisir le juge en vue de l'ouverture de la procédure d'administration provisoire, à condition qu'ils démontrent l'existence d'un intérêt légitime. En outre, l'intervention du juge pourrait se faire en méconnaissance de la clause de conciliation.

**199. La clause de conciliation.** Le recours à la clause de conciliation se justifie par les nombreuses qualités dont elle fait preuve. En effet, elle est appréciée pour sa rapidité, sa confidentialité et sa nature consensuelle. La clause de conciliation est la clause par laquelle *« les parties s'engagent à soumettre leur litige à un conciliateur préalablement à la saisine du juge judiciaire ou arbitral »*<sup>605</sup>. Lorsqu'il existe une clause de conciliation entre les parties, celles-ci ne peuvent saisir le juge qu'après avoir soumis la question litigieuse à la connaissance du conciliateur. C'est ainsi que dans une affaire, la Cour de cassation a décidé que, parce qu'il existait une clause de conciliation entre les parties, l'action en justice était irrecevable et sa mise en œuvre avait pour effet de suspendre le cours de la prescription<sup>606</sup>. Mais quelques années

<sup>605</sup> Cozian (M.), Viandier (A.) et Deboissy (Fl.), *Droit des sociétés, op. cit.*, p.252, n° 563.

<sup>606</sup> Cass. chbre. Mixte, 14 févr. 2003, *JCP E*, 2003, 707., note Croze (H.)

plus tard, la Haute juridiction est allée en sens contraire. Elle a retenu dans un arrêt du 8 novembre 2016<sup>607</sup>, qu'était recevable la demande d'ouverture d'une administration provisoire malgré le non-respect de la clause de conciliation. En effet, la clause de conciliation préalable doit avoir une portée limitée dès lors qu'il est question de « *sauvegarder les intérêts de la personne morale, compromis par la mésentente entre les organes de direction* ». Cette position nous semble soutenable dans la mesure où, l'intérêt social étant la valeur sociale à protéger en priorité, le juge pourrait se prononcer sur une demande d'administration provisoire en dehors de la méconnaissance de la clause de conciliation. Cela permettrait de dissuader les acteurs dont l'intention est de rendre irrecevable toute action en justice fondée sur une mésentente entre associés. Toujours dans l'optique du réaménagement des conditions de mise en œuvre de l'administration provisoire, la notion de péril imminent devrait être précisée dans l'article 160-1 de l'AUDSCGIE.

## **B. La précision du péril imminent pour l'intérêt social dans l'article 160-1 de l'AUDSCGIE**

**200. L'appréciation implicite du péril imminent.** Le fonctionnement normal de la société rendu impossible comme hypothèse de nomination de l'administrateur provisoire ne constitue pas une condition suffisante pour la protection de l'intérêt social. En rattachant l'administration provisoire au dysfonctionnement de la société, le législateur de l'OHADA n'a pas pris en compte tous les critères traditionnels nécessaires à la mise en œuvre de cette procédure. La condition relative au péril imminent menaçant les intérêts de la société n'est pas expressément contenue dans l'article 169-1 de l'AUDSCGIE. Certains auteurs<sup>608</sup> justifient l'abstention du législateur par le fait que l'impossibilité de fonctionnement normal de la société implique en elle-même un péril imminent pour l'intérêt social. Cette idée a d'ailleurs été confirmée par la Cour de cassation dans un arrêt du 24 mai 1994<sup>609</sup>. Relevant le lien qui existe entre ces deux hypothèses, la Haute Juridiction avait déclaré que « *mais attendu qu'après avoir exactement relevé qu'une mésentente grave entre associés ne permet la désignation d'un administrateur provisoire que si elle fait obstacle au fonctionnement normal de la société, soit parce qu'elle entraîne la paralysie des organes de direction, soit parce qu'elle met en péril la*

<sup>607</sup> Cass. com., 8 nov. 2016, n°14-21.481, *Bull. Joly Sociétés*, 2017, p. 117, note Périn (P.-L.) ; *JCP E*, 2017, p. 1195, note Lecourt (B.).

<sup>608</sup> Cf. Fénéon (A.), *Droit des sociétés en Afrique OHADA*, op. cit., p. 55, n° 127.

<sup>609</sup> Cass. com., 24 mai 1994, *Bull. Joly*, 1994, p. 789.

*société elle-même, c'est sans méconnaître les conséquences légales de ces conditions que l'arrêt qui ne se borne pas à énoncer que la société était in bonis, retient que ces conditions n'étaient pas réalisées en l'état de la situation de la société Loisirs expansion qui fonctionnait normalement et sans anormalités ou irrégularités démontrées, ce dont il résultait qu'elle n'était pas en péril* ». Dans cet arrêt, la Cour confirme l'idée selon laquelle le fonctionnement de la société rendu impossible implique l'idée de péril imminent pour l'intérêt social. Il semble donc, selon cette Haute cour, que la condition liée au péril imminent ne « *se détache pas toujours* »<sup>610</sup> de celle relative au fonctionnement normal de la société rendu impossible.

**201. La notion de péril imminent.** Le constat du péril imminent comme condition de mise en œuvre de l'administration provisoire est d'origine purement prétorienne. Cette condition, si chère aux yeux du juge permet de prendre en considération l'intérêt de la société comme fondement de la désignation de l'administrateur provisoire. En effet, une société est considérée être en situation de péril imminent lorsque les organes sociaux à travers leurs actes, décisions et délibérations sociales recherchent leurs intérêts personnels au détriment de l'intérêt social<sup>611</sup>. Les juges l'ont rappelé dans un arrêt du 18 juin 2013<sup>612</sup> qui rejetait le pourvoi formé par les associés majoritaires et donnait raison aux juges du fond. En l'espèce, les associés majoritaires avaient refusé de convoquer les assemblées générales, de communiquer aux associés minoritaires les documents comptables et les contrats d'assurance devant être souscrits par la société. Saisi par les associés minoritaires sur la question, les juges du fond avaient décidé que l'attitude des associés majoritaires faisait naître un péril imminent et justifiait la nomination d'un administrateur provisoire. Or, les associés majoritaires, sans nier les faits qui leurs étaient reprochés, soutenaient à l'appui de leur pourvoi que ce refus ne pouvait pas être considéré comme un péril imminent. Le rôle de la Haute Juridiction a été d'apporter des éléments de définition à la notion de péril imminent. Alors, la Cour précisa que, « *après avoir relevé que MM. Y... et Z... manifestent une volonté persistante d'ignorer les droits de M. et Mme X..., bien qu'ils soient associés presque majoritaires, qu'ils ont mis en vente des biens immobiliers de la société sans en aviser ces derniers, ni l'administrateur et refusé de leur communiquer des documents comptables et les contrats d'assurance et de convoquer les assemblées générales, l'arrêt retient qu'ils utilisent la société pour en tirer un profit exclusivement personnel au détriment de l'intérêt social ; qu'en l'état de ces constatations et*

<sup>610</sup> V. Lefeuvre (Cl.), *Le référé en droit des sociétés*, op. cit., p. 142, n° 177.

<sup>611</sup> Martin (D.) et Buge (G.), « L'intérêt social dans le contentieux des ordonnances sur requête, en référé et en la forme des référés », *RTD com.*, 2010, 481, DocumentInterRevues.

<sup>612</sup> V. Cass. com., 18 juin 2013, *Rev. sociétés*, 2014, p. 88, note Poracchia (D.).

*appréciations faisant ressortir le péril imminent auquel était exposée la société, la Cour d'appel a légalement justifié sa décision (...) ».* De cette décision, on retient qu'il y'a péril imminent chaque fois que la politique sociale menée par les organes sociaux est en marge de l'intérêt social. Toutefois, l'absence de précision dans l'Acte uniforme crée un sérieux problème.

**202. Le problème.** Pour revenir à la considération implicite du péril imminent dans l'esprit du législateur, nous pensons que son existence dans la condition relative au dysfonctionnement de la société, soutenu par certains auteurs, ne relève pas d'une science exacte. La pratique fait état de cas dans lesquels le péril imminent menace les intérêts de la société sans pour autant empêcher son fonctionnement normal<sup>613</sup>. C'est pour cette raison que deux tendances se dessinent au sein de la jurisprudence. L'une milite en faveur de la seule considération du critère unique de la mise en péril des intérêts sociaux puisque le péril imminent lui est concomitant. En revanche, l'autre à tendance extensive est favorable à l'applicabilité du critère cumulatif de la mise en péril des intérêts sociaux. Ce débat crée un doute dans l'esprit du juge qui, face à une demande d'ouverture de la procédure d'administration provisoire, est confronté à la difficulté de choix entre ces deux tendances.

**203. La proposition de solution.** En effet, l'objectif recherché par l'administration provisoire est celui de la protection de l'intérêt social, le juge intervient pour sauver la société d'un mauvais fonctionnement présent ou à venir à la suite d'un risque existant et pas éventuel<sup>614</sup>. Or, ignorer le critère du péril imminent pour l'intérêt social, détournerait la procédure de son but car, à ce moment seul l'intérêt de la société devrait être prioritairement protégé<sup>615</sup>. D'avis avec un auteur<sup>616</sup> qui rappelle que l'objectif est celui « *d'assurer l'avenir de la société et non de rétablir une organisation interne mise à mal* », la précision de cette hypothèse par le législateur nous semble nécessaire. Ainsi, le nouvel article 160-1 de l'AUDSCGIE serait ainsi formulé :

*« Lorsque le fonctionnement normal de la société est rendu impossible ou est menacée d'un péril imminent, soit du fait des organes de gestion, de direction ou d'administration, soit du*

<sup>613</sup> Cf. CA Littoral du Cameroun, 10 févr. 1999, Reemtsma c/ Sitabac, *op. cit.*

<sup>614</sup> Cass. com., 21 févr. 2012, n°11-18.608. Dans cette affaire, la Cour a cassé une décision de nomination d'un administrateur provisoire au motif que le conflit qui existait entre les associés et le simple risque de remise en cause des actes accomplis par les tiers étaient préjudiciable à l'intérêt social.

<sup>615</sup> CA Paris, 14<sup>e</sup> chbre., 14 mai 1999, *RTD com.*, 1999, 680, obs. Champaud (C.) et Danet (D.) DocumentInterRevue.

<sup>616</sup> Fénéon (A.), *Droit des sociétés en Afrique OHADA*, *op. cit.*, p. 54, n° 126.

*fait des associés, la juridiction compétente statuant à bref délai, peut décider de nommer un administrateur provisoire aux fins d'assurer momentanément la gestion des affaires sociales ».*

Par le biais de cet article, le juge pourrait, sans être accusé d'immixtion dans la gestion de la société, nommer un administrateur provisoire chaque fois que l'intérêt social serait en cause. Le demandeur devrait rapporter la preuve du péril imminent pour l'intérêt social engendré par la politique sociale menée par les acteurs sociaux. Par ailleurs, le juge devrait faire recours à la procédure d'administration provisoire dans des cas présentant une extrême gravité, puisqu'elle porte atteinte à certains principes spécifiques au droit des sociétés notamment celui de la liberté des associés. C'est d'ailleurs pour cette raison que nous militons pour une redéfinition de ses conditions de mise en œuvre dont le rôle consiste à briser les obstacles d'ordre organique qui entourent la procédure.

### **C. La redéfinition de la tutelle judiciaire sur l'administrateur provisoire**

**204. La précision des missions de l'administrateur dans l'acte de nomination.** La mise en œuvre effective de l'obligation du juge quant à la détermination des pouvoirs du mandataire participe à la prévention des crises sociales pouvant entraîner un dysfonctionnement. Si la nomination de l'administrateur provisoire entraîne pour conséquence la substitution de ce dernier aux organes sociaux, elle ne remet pas en question la qualité de dirigeant de ces organes. Ainsi, pour éviter les conflits entre l'administrateur et les organes sociaux ou les contentieux d'abus de pouvoirs et les contentieux en responsabilité, et surtout pour mieux établir les responsabilités lors des contentieux, il semble nécessaire que le juge remplisse son obligation. En d'autres termes, il doit définir dans le détail toutes les missions qu'il souhaite attribuer à l'administrateur provisoire tel que le prévoit l'article 160-2 al. 3 de l'Acte uniforme. La décision de nomination de l'administrateur provisoire doit être publiée dans un avis inséré dans un journal d'annonces légales dans un délai de 15 jours. Cette publication a pour objectif d'informer les tiers. Par conséquent, la précision des pouvoirs de l'administrateur provisoire dans son acte de nomination est une garantie pour ceux-ci qui ne pourront s'engager que dans les limites des pouvoirs de cet organe. C'est donc à bon droit que la Cour d'appel du Littoral a, dans un arrêt du 17 mars 2008, donné raison aux juridictions de fond pour avoir précisé les missions de l'administrateur provisoire dans leur acte de

nomination<sup>617</sup>. L'étendue des missions de l'administrateur provisoire devrait pouvoir justifier le contrôle judiciaire des missions de l'administrateur provisoire.

**205. La possibilité du contrôle judiciaire des missions de l'administrateur provisoire.** En droit des sociétés, rien ne semble s'opposer à ce que le juge qui a déterminé les pouvoirs de l'administrateur puisse intervenir dans la mise en œuvre de cette mission<sup>618</sup>. Précisément dans les cas où il y'a apparition des faits nouveaux lors de l'exécution de la mission du mandataire, surtout que la mission de l'administrateur est très souvent évoquée dans des termes généraux et peu précis. En plus, l'article 160-2 de l'AUDSCGIE permet au juge, à la suite d'éléments de preuves le justifiant, d'apprécier l'opportunité de la demande de prorogation des missions de l'administrateur provisoire. Dès lors, nous pensons que lorsque l'intérêt de la société est en jeu, le juge peut imposer ou alors refuser à l'administrateur provisoire d'accomplir certains actes ou de prendre certaines décisions<sup>619</sup>.

---

<sup>617</sup> CA Littoral, arrêt n°49/REF du 17 mars 2008, *RDAO*, n°2, 2012, p. 42, obs. Njeufack Temgwa (R.) *op.cit.* La CA a donné raison à l'ordonnance de référé qui précisait que l'administrateur provisoire nommé avait pour mission d' « assurer une gestion courante et transparente de la société ; faire convoquer une assemblée générale dont l'ordre du jour se limitera sauf décision contraire , à la présentation des comptes financiers de Chéops SARL ; les frais nécessités par sa mission seront taxés et payés sur les comptes de la société Chéops ; l'administrateur provisoire désigné travaillera en collaboration avec le personnel actuel de la société Chéops et pourra s'adjoindre d'autres personnes pour l'accomplissement de sa mission (...) ».

<sup>618</sup> Azencot (M.), *L'intervention du juge dans la gestion des sociétés commerciales*, thèse *op. cit.*, p.340

<sup>619</sup> CA Versailles, 30 oct. 1992, *Bull. joly*, 1993, p. 87, note Couret (A.); Cass. com., 15 janv. 1964, *Bull. civ.*, III, n°29, p. 24.

## Conclusion du chapitre 2

**206.** Le recours judiciaire aux tiers est une technique de régulation nécessaire en droit des sociétés de l'OHADA. Elle devrait en principe permettre de prévenir le dysfonctionnement social né à la suite d'une mauvaise gestion de la société ou d'une mésentente entre les acteurs sociaux et ainsi, de garantir la stabilité sociétale. La place du juge est déterminante parce que c'est lui qui décide de l'intervention ou non du tiers au sein de la société. Toutefois, ses pouvoirs sont limités à la désignation du mandataire. Cela suppose qu'une fois nommé, le tiers agit au sein de la société en toute liberté et indépendance et le juge ne peut influencer ses décisions, encore moins les outils dont il se sert pour exercer ses prérogatives. En matière d'expertise de gestion par exemple, l'absence de définition et de précision des pouvoirs du juge, quant au déroulement de la procédure, le confine à la nomination de l'expert puisqu'il est évincé de la suite de la procédure. Il en est de même dans le cadre de l'administration provisoire ou à d'autres mandataires.

Or, la bonne régulation de la vie sociale dans le contexte de l'OHADA exige un recours aux mandataires adapté au contexte sociétaire, laissant une implication judiciaire adaptée et une clarté des textes. Ainsi, nous pensons à l'amélioration des conditions de réalisation de l'expertise de gestion pour une meilleure participation de tous les acteurs sociaux. Par ailleurs, la précision des modalités du recours au mandataire en cas de dédoublement de la qualité d'associé mérite quelques précisions pour optimiser l'intervention judiciaire. Enfin, le recours à l'administrateur provisoire est une procédure aux multiples zones d'ombres qu'il convient de clarifier par le réaménagement des conditions de sa réalisation.



## Conclusion du titre 1

**207.** La substitution judiciaire aux acteurs sociaux est une mesure de protection de l'environnement sociétaire très limitée en droit de l'OHADA. La dépossession judiciaire des droits et pouvoirs des acteurs sociaux, à l'instar de ceux des associés, des dirigeants sociaux et des commissaires aux comptes est controversée. De même, le silence des textes sur la précision des critères d'intervention du juge dans la vie sociale en cette matière a pour conséquence la création de solutions parfois variées et inadaptées aux besoins sociétaires. Par ailleurs, le recours judiciaire aux tiers dont l'objectif est d'éviter la trop grande immixtion du juge dans le fonctionnement de la société, ne suffit pas à remédier aux crises sociales. Ce recours est limité par l'encadrement excessif des pouvoirs judiciaires et du cantonnement de son intervention à la désignation des tiers aux pouvoirs élargis.

Face à l'insuffisance des techniques d'intervention judiciaire dans la vie des sociétés, il semble nécessaire de redéfinir les pouvoirs du juge. Ainsi, lorsqu'il recourt au tiers pour prévenir ou pour mettre fin à un dysfonctionnement social, son rôle ne devrait pas se limiter à la désignation du tiers, mais s'étendre sur toute la procédure en lui permettant d'intervenir dans le déroulement de ses missions. Par ailleurs, la présence du juge au sein de la société est une mesure délicate et exige que l'extension de ses pouvoirs soit bien définie afin d'éviter des positions prétorienne trop discrétionnaires et variées.

## Titre 2

### Un contrôle des actes sociaux peu adapté à la vie des sociétés

**208. Le contrôle-surveillance.** Le contrôle<sup>620</sup> est une notion relativement récente en droit des sociétés qui peut être diversement et difficilement définie<sup>621</sup>. Selon un premier sens, le contrôle est retenu comme « *un pouvoir reconnu à certaines personnes ou à certains organes de surveiller une opération déterminée ou, plus généralement, la régularité de l'ensemble de la gestion du patrimoine social* »<sup>622</sup>. Il s'agit en effet d'un contrôle-surveillance qui ne donne pas le droit à l'organe de contrôle de disposer des biens d'autrui comme une propriété<sup>623</sup>. Il peut être considéré comme une arme permettant de lutter contre les dysfonctionnements des sociétés commerciales<sup>624</sup>. Dans un deuxième sens, le contrôle « *caractérise le fait pour un individu ou un groupe d'être le maître de la gestion des biens appartenant à la société* »<sup>625</sup>. Un auteur l'a défini comme « *le pouvoir effectif de direction des affaires sociales (...). Le pouvoir de diriger à son gré l'administration du patrimoine social* »<sup>626</sup>. Cette définition se rapproche de la conception juridique<sup>627</sup> qui rattache la notion de contrôle à la disposition des droits de vote au sein de la société<sup>628</sup>. Dans le cadre de notre travail, c'est le premier sens donné à la notion de contrôle qui nous intéresse puisqu'il s'agit, en principe, d'un instrument de régulation de la vie sociétariaire. Ici, c'est la finalité du contrôle qui est prise en considération.

**209. Un contrôle d'ordre subjectif.** Dans le contexte de l'OHADA, le contrôle judiciaire peine à engendrer la soumission des dispositions contractuelles ou statutaires et celle des intérêts particuliers à une fin qui dépasse les associés, éventuellement la société. Le contrôle judiciaire des actes sociaux démontre en effet une grande part de subjectivité, ce qui

---

<sup>620</sup> Cf. Grosbois (E.), *Responsabilité civile et contrôle de la société*, thèse Caen, 2012, p.23 et s.

<sup>621</sup> La notion de contrôle est difficile à définir parce qu'elle se situe « *à la frontière des faits économiques et du droit* ». Cf. Sakho (A.), *Les groupes de sociétés en Afrique. Droit, pouvoir et dépendance économique*, KARTHALA-CRES, 2010, p. 281 et s., n° 654 et s. L'auteur fait mention des nombreuses définitions qui peuvent être données à la notion de contrôle.

<sup>622</sup> V. Contin (R.), *Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes*, Litec, 1975, p.18, n°3.

<sup>623</sup> Cf. Champaud (C.), *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey, 1962.

<sup>624</sup> C'est le cas du commissaire aux comptes dont la mission de contrôle consiste à éviter une présentation inexacte de la situation économique de la société. Cf. art. 710 et s. de l'AUDSCGIE.

<sup>625</sup> *Ibidem*.

<sup>626</sup> Cf. Champaud (C.), *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, op. cit. p. 107.

<sup>627</sup> Dans la mesure où le second fait intervenir un critère patrimonial consistant au pouvoir d'appropriation des biens sociaux. Le législateur africain s'est prononcé sur cette notion dans l'article 174 AUDSCGIE en ces termes : « *le contrôle d'une société est la détention effective du pouvoir de décision au sein de cette société* », la détention effective du pouvoir de décision étant liée au pouvoir de vote.

<sup>628</sup> Cf. art. L.233-3 et L.233-4 du c. com français.

semble l'éloigner de l'objectif de protection de l'environnement sociétaire. Le juge se réserve le droit de soumettre son contrôle à la recherche d'un usage du pouvoir des acteurs sociaux détourné de leur finalité. En réalité, cet organe ne maîtrise ni la gestion des acteurs sociaux, ni la gestion des actes sociaux, qu'il est censé contrôler. Cette limite vient du reproche d'immixtion dans la gestion que certains ne manquent pas de lui adresser lorsqu'il manifeste sa volonté de contrôle. Du fait de son comportement souvent qualifié « *d'auto limitatif* »<sup>629</sup>, le juge exerce un contrôle limité à la recherche de la nature abusive de l'acte (Chapitre 1). Il s'agit en effet d'un contrôle cantonné à la légalité des actes sociaux (Chapitre 2).

---

<sup>629</sup> V. not. Tobossi (T. D. A.), « L'intervention du juge dans le droit des sociétés commerciales OHADA », Ohadata D-17-14, disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté le 25/11/2017, p. 37 et s.

## Chapitre 1. Un contrôle limité à la recherche de la nature abusive de l'acte

**210. Les risques d'appréciation subjective de l'abus de droit.** De nombreux principes propres au droit des États membres de l'OHADA, notamment au droit judiciaire privé<sup>630</sup>, se retrouvent intégralement en droit des sociétés commerciales. La recherche de la nature abusive de l'acte lors du contrôle judiciaire des actes sociaux en est une parfaite illustration. Pour reprendre les propos d'un auteur, « *abuser de son droit, c'est alors masquer ses véritables intentions, trahir des attentes légitimes, faire preuve d'une rigueur démesurée, bref trop embrasser pour mieux étreindre et étouffer l'autre !* »<sup>631</sup>. Lorsque le juge est saisi d'un contentieux relatif aux actes sociaux, il vérifie que le titulaire du pouvoir l'a exercé de façon régulière sans porter atteinte ni à autrui, ni à l'intérêt social. Par conséquent, il ne fait droit à la demande que si l'acte contesté présente un caractère abusif. L'abus de droit peut être défini comme « *la faute qui consiste à exercer son droit sans intérêt pour soi-même et dans le seul dessein de nuire à autrui, ou, suivant un autre critère, à l'exercer en méconnaissance de ses devoirs sociaux* »<sup>632</sup>. Pour établir l'existence d'un abus de droit en droit des sociétés, le juge apprécie le comportement du bénéficiaire du droit au moment de l'exercice de ce droit. Or, cette appréciation judiciaire est accompagnée d'une grande dose de subjectivité qui paraît « *peu compatible avec l'idée même de sécurité juridique* »<sup>633</sup> et judiciaire recherchée par le législateur. Par ailleurs, le flou qui existe autour de la notion d'abus de droit est source de nombreuses incertitudes quant à l'étendue de l'intervention judiciaire d'une part et relativement à la finalité de cette intervention d'autre part. L'abus de droit est « *un véritable explosif juridique qui ne doit être manipulé qu'avec d'innombrables précautions* »<sup>634</sup>. La recherche de la nature abusive de l'acte, de la décision ou de la délibération sociale se fait autant pour les décisions économiques et financières (Section 1) que pour les décisions entraînant la rupture des pouvoirs sociaux (Section 2).

<sup>630</sup> Descaudin Ch., *Etude comparative du rôle du juge dans l'interprétation des contrats*, thèse de Cergy-pontoise, 2009.

<sup>631</sup> Mestre (J.), « L'abus de droit dans la vie des affaires : propos introductifs », *Dr. Et patrimoine*, 2000, 83, p.37 et s.

<sup>632</sup> Cornu (G.), dir., *Vocabulaire juridique*, Ass. Henri Capitant, PUF, 13<sup>e</sup>. 2020, p. 7, V. *abus de droit a/* (civ).

<sup>633</sup> V. Mazeaud (D.), « Le juge face aux clauses abusives », in *Le juge et l'exécution du contrat*, colloque IDA Aix-en-Provence, PUAM, 1993, p.34.

<sup>634</sup> Cf. Sortais (J.-P.), « Abus de droit (majorité, minorité, égalité) », *Rép. Sociétés*, Dalloz, n°2.

## Section 1. Le cas des décisions économiques et financières

**211. Le pouvoir des acteurs sociaux.** Au sein de l'OHADA, la valorisation de l'accès du juge au domaine économique comme objet de son intervention soulève une interrogation majeure sur le plan pratique : celle de l'ampleur du contrôle judiciaire des actes sociaux liés à ce domaine. En effet, face au pouvoir des acteurs sociaux, le juge recherche d'un côté, l'existence d'un abus de droit dans les décisions collectives (§1) et, de l'autre, un fondement du contrôle des actes du dirigeant social (§2).

### § 1. La recherche de l'abus de droit dans les décisions collectives

**212. Les décisions collectives.** Une multitude de délibérations peuvent être prises par les associés en cours du fonctionnement de la société. Ces délibérations traduisent le souci des associés de maîtriser à chaque fois davantage la composition de l'actionnariat et la stabilité de la politique sociale<sup>635</sup>. Toutefois, leur exécution peut susciter de nombreuses contestations entre les associés. Le contrôle judiciaire va consister à vérifier que les associés, à travers cette délibération, n'ont pas cherché à protéger un intérêt exclusivement personnel. Dans le cadre de ce travail, il ne sera pas question d'analyser le contrôle judiciaire au regard de toutes les délibérations susceptibles d'être passées entre associés. En raison de la diversité de leur finalité, nous retiendrons les délibérations entraînant la restriction des revenus de la participation (A), les décisions entraînant la cession des droits sociaux (B) et les décisions entraînant la restriction des droits non financiers des associés (C).

#### A. Les délibérations entraînant la restriction des revenus de la participation

**213. Une décision inégalitaire.** Les principales restrictions des revenus de la participation trouvent leur illustration pratique à l'occasion des difficultés suscitées par les constitutions des réserves facultatives au détriment des distributions des bénéfices et par les actions de préférences détournées de leur but. Dans le premier cas, le contrôle judiciaire porte

---

<sup>635</sup> C'est à cet effet que lors du contrôle des conventions réglementées, il est fait obligation à l'assemblée générale de justifier leur autorisation par l'intérêt qu'elle représente pour la société. V. PARACHKÉVOVA (I), « Les dispositions relatives aux conventions réglementées dans l'ordonnance du 31 juillet 2014 : en attendant la prochaine réforme », *Bull. Joly Sociétés* 2014, § 112, p. 481

sur la décision de constitution des réserves facultatives (1) et, dans le second, il est orienté vers la décision de modification du taux de dividende réservé aux actions de préférence (2).

### *1. La décision de constitution des réserves facultatives*

**214. La légitimité des réserves facultatives.** Les réserves facultatives<sup>636</sup> sont les sommes retenues sur les bénéfices ou excédents de recettes après les réserves obligatoires et ayant une affectation particulière<sup>637</sup>. L'article 143 al 2 de l'AUDSCGIE dispose que « *l'assemblée peut décider la distribution de tout ou partie des réserves à la condition qu'il ne s'agisse pas de réserves considérées comme indisponibles par la loi ou par les statuts* »<sup>638</sup>. Le dernier alinéa du même article ajoute qu'aucune distribution ne peut être faite aux associés lorsqu'à la suite de cette distribution, les capitaux propres sont ou deviennent inférieurs au montant du capital augmenté des réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer, exception faite du cas de la réduction du capital. Le législateur de l'OHADA a voulu à travers ce dernier alinéa soumettre la détermination des sommes distribuables au respect du principe de l'intangibilité du capital social. L'assemblée doit donc, avant toute décision de distribution de dividendes, vérifier que le montant de l'actif net ne deviendra pas inférieur aux capitaux propres augmentés des réserves obligatoires du fait de la distribution. En outre, elle doit indiquer les postes de réserve sur lesquels les prélèvements sont effectués<sup>639</sup>, sous peine de poursuite du dirigeant pour distribution de dividendes fictifs<sup>640</sup>. En dépit de tout, la loi donne la liberté aux associés<sup>641</sup> de pouvoir décider de porter à un compte de réserve facultative tout ou partie du bénéfice disponible, même si cette mesure met en opposition deux principes en droit des sociétés.

**215. L'opposition de deux principes en droit des sociétés.** La difficulté consiste dans l'opposition de deux principes en droit des sociétés. Il s'agit, d'un côté, de la loi de la majorité qui décide de mettre en réserve tout ou partie des bénéfices et, de l'autre, du droit au partage des bénéfices qui est même un élément de la définition du contrat de société. Au point de vue

---

<sup>636</sup> En plus des réserves facultatives, l'affectation des résultats doit tenir compte des réserves légales imposées aux sociétés commerciales et des réserves statutaires prévues dans les statuts.

<sup>637</sup> Cf. Cornu (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 904, V° *réserve facultative ou libre*.

<sup>638</sup> Les réserves facultatives sont prévues en France par l'article L.232-12 du code de commerce.

<sup>639</sup> Cf. art. 143 al. 3 de l'AUDSCGIE.

<sup>640</sup> Cass. Civ., 20 mars 2014, *Bull. Joly*, 2014, p. 370, note Poracchia.

<sup>641</sup> Cozian (M.), Viandier (V.) et Deboissy (Fl.), *Droit des sociétés*, Lexisnexis, 32<sup>e</sup> éd., coll. Manuel, 2019, p.260, n°597.

de l'intervention judiciaire, ce constat pose le problème du pouvoir des tribunaux face à des délibérations sociales qui, pour constituer des réserves facultatives, privent pratiquement les associés de toute participation aux bénéfices en incorporant totalement ou en grande partie ceux-ci dans les réserves facultatives.<sup>642</sup> Plusieurs possibilités s'offrent et dépendent de la conception que l'on se fait des droits des associés par rapport à l'intérêt social.

**216. Les solutions possibles.** La première solution résulte du caractère absolu du droit à la distribution des bénéfices. Pour certains auteurs, le droit à la distribution des bénéfices durant la vie sociale est absolu. C'est la raison d'être des sociétés par actions<sup>643</sup>. Par la priorité ainsi donnée aux droits individuels<sup>644</sup>, les tribunaux se voient conférer le pouvoir d'apprécier le caractère nécessaire et même utile de la méconnaissance du droit à la distribution des bénéfices<sup>645</sup>. La deuxième solution, quant à elle, concerne le caractère subsidiaire du droit à la distribution des bénéfices. D'autres auteurs en revanche enseignent la négation du droit des associés aux dividendes au profit de l'intérêt social. L'assemblée des associés se voyait reconnaître le droit de constituer des réserves avec partie ou totalité des bénéfices sans autre justification que la volonté de la majorité. Cette solution a pour conséquence d'exclure toute intervention judiciaire puisque l'assemblée des associés règne en maître absolu. Heureusement, la troisième solution, celle médiane, a permis à la dernière catégorie d'auteurs d'essayer de prendre une position plus nuancée, admettant comme principe le droit des associés à des dividendes mais laissant à l'assemblée le soin d'en fixer le chiffre<sup>646</sup>. Quelle que soit la position extrême adoptée dans le débat théorique, le juge fait preuve d'une certaine prudence. Son rôle consiste à rechercher dans le comportement des auteurs de la décision de mise en réserve, l'existence d'un abus.

**217. La recherche d'un comportement abusif.** La dotation des réserves facultatives, fût-elle systématique, ne constitue pas en soi un abus. Son but est de renforcer les capitaux propres de la société. Elle le devient lorsque les associés l'ont fait dans leur propre intérêt au

---

<sup>642</sup> L'objectif recherché par ces constitutions de réserves est multiple. Elles peuvent, par exemple, être constituées dans le but de prévoir des pertes éventuelles. Mais dans la plupart des cas, il s'agit d'un souci d'autofinancement ; Goffin (M.), *L'autofinancement des entreprises*, Paris Sirey, 1968, p.55 ; Brochier, « Les investisseurs dans la théorie et les faits », in *L'entreprise et les problèmes de l'investissement*, Dalloz 1959, p. 68.

<sup>643</sup> Amiaud (A.), *Traité théorique et pratique des comptes de réserves dans les sociétés par actions*, Sirey, 2<sup>e</sup> éd., 1920, p.244.

<sup>644</sup> Cette opinion n'ignore pas pour autant les impératifs sociaux supérieurs au droit individuel, aux mesures d'intérêt social que la majorité indiquera mais dont le caractère nécessaire pourra faire l'objet d'un contrôle.

<sup>645</sup> Ce qui implique de leur part un contrôle d'opportunité de la décision financière.

<sup>646</sup> Le seul recours devant les tribunaux se fondait sur l'intention de nuire car le contrôle judiciaire se trouvait réduit à peu de chose.

détriment de l'intérêt social. Le rôle du juge dans ce cas consiste à rechercher cet abus. Il y a abus lorsque la décision d'affectation des bénéfices aux réserves a été prise contrairement à l'intérêt des associés minoritaires, dans l'unique dessein de favoriser les associés majoritaires et sans que cette décision ne puisse être justifiée par l'intérêt social.

**218. Un comportement abusif lié à l'intérêt social.** En France, dans la célèbre affaire du Planteur de Caïffa<sup>647</sup> du 16 novembre 1943<sup>648</sup>, malgré le grief de détournement de pouvoir évoqué, les juges refusèrent d'annuler la délibération de report à nouveau de bénéfices qui leur était soumise. Ils invoquèrent pour motif que la décision était prise dans l'intérêt social, que la somme reportée était normale eu égard à l'importance des bénéfices sociaux et des charges sociales. Dans cette affaire, le comportement abusif se mesura par rapport à l'intérêt social.

Quelques années plus tard, la Cour de Cassation allait rendre une autre décision dans laquelle, une fois de plus, la délibération sociale serait maintenue mais où les motifs seraient plus lourds de sens et sembleraient admettre le principe d'une appréciation par le juge de l'intérêt social<sup>649</sup>. Pour admettre un report à nouveau, la Cour de Cassation considéra en effet que la société présentait une situation financière enviable, que les dividendes avaient progressé et étaient devenus substantiels. La Cour ajouta que les titres, loin d'être avilis, avaient vu leur valeur s'accroître. Ainsi, malgré des arrêts refusant d'annuler les délibérations d'assemblées générales, la Cour réservait le droit pour les tribunaux d'apprécier si les constitutions de réserves avaient été faites dans l'intérêt de la société et si elles n'avaient pas eu pour mobile de satisfaire les intérêts personnels de certains au détriment de l'intérêt social<sup>650</sup>. C'est la position qu'a décidée de suivre le juge de l'OHADA.

**219. L'action judiciaire fondée sur l'article 130 al. 2 de l'AUDSCGIE.** Le juge de l'OHADA, fondant son action sur l'article 130 al. 2 de l'AUDSCGIE, est allé dans le même sens que son homologue français. Il a précisé dans un arrêt<sup>651</sup> qu'il ne peut « *y avoir abus de majorité dans l'hypothèse où la société a un important besoin de financement en capital*

---

<sup>647</sup> La décision attaquée était maintenue mais au terme d'une analyse de certains éléments de la situation économique de la société, elle était considérée comme prise dans l'intérêt de la société. Cet intérêt social était nécessairement apprécié par le juge. V. Portermer, « Le contrôle judiciaire des décisions des assemblées générales des sociétés », in *Revue de la Cie des commissaires des sociétés agréées par la Cour de Paris*, janv-juill. 1964, p.22.

<sup>648</sup> Req. 16 nov. 1943, *JCP* 1943, II, p.2551, note de Lescot.

<sup>649</sup> Cass. com., 20 janv 1958, *Bull. civ.*, III. 24, *Rev. Sociétés*, 1958, p. 286, note Jean Autesserre (M.).

<sup>650</sup> *Ibidem*.

<sup>651</sup> V. TR de Niamey, jugement civil n°96 du 26 mars 2003, Abbas Hamoud c/ Jacques Claude Lacour, *Ohadata* J-04-78, disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté le 1<sup>er</sup> oct. 2018.



*confirmé, le cas échéant, par un rapport d'expertise*<sup>652</sup>”. Ainsi, pour apprécier l’abus, les juges doivent avoir recours à la méthode du « *faisceau d’indices* »<sup>653</sup>, c’est-à-dire qu’ils doivent tenir compte de la période de non-distribution des dividendes qui doit être très longue, de la comparaison du niveau des réserves et du capital social, de l’existence d’une procédure d’agrément limitant les cessions, de l’existence d’un marché, de la comparaison de l’évolution des rémunérations des majoritaires lorsqu’ils sont salariés ou qu’ils perçoivent des rémunérations de la société et des bénéfices. Compte tenu de la légitimité de principe de l’affectation des bénéfices en réserve, ce n’est qu’exceptionnellement que la décision de non distribution prise par les majoritaires sera susceptible d’être valablement contestée. Lorsqu’au moment de la nouvelle délibération les associés majoritaires sont hostiles à la modification de la décision, le juge saisi reste très prudent dans l’appréciation de la décision d’affectation des bénéfices. Son contrôle porte sur une recherche approfondie des éléments contingents ayant présidé à l’appréciation par les membres de la majorité de l’intérêt de la société. Comme moyen de sanction, le juge africain ne dispose que de l’article 130 al. 2 de l’AUDSCGIE, qui lui sert de fondement à l’annulation de la délibération irrégulière. En plus de l’annulation, il peut engager la responsabilité des associés majoritaires. Le juge n’ayant pas le droit de s’immiscer dans la gestion de la société, il lui est en principe interdit de prendre des arrêts valant vote<sup>654</sup>. Les réserves facultatives abusives sont susceptibles de porter atteinte aux droits de tous les associés qui ne tirent aucune contrepartie des titres qu’ils possèdent. Il en est de même des actions de préférence détournées de leur but.

## ***2. La décision de modification du taux de dividende réservé aux actions de préférence***

**221. La consécration des actions de préférence.** La révision de l’acte uniforme a engendré la création de nouvelles catégories d’actions dénommées actions de préférence<sup>655</sup>. Par le biais de ces actions, les actionnaires peuvent désormais, lors de la constitution de la société ou au cours de son fonctionnement, créer des actions avec ou sans droit de vote leur permettant de jouir d’avantages particuliers par rapport à toutes les autres actions<sup>656</sup>.

---

<sup>652</sup> *Ibidem*.

<sup>653</sup> Fénéon (A.), *Droit des sociétés en Afrique OHADA*, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 1069, p.415.

<sup>654</sup> V. *supra* n° 98 et s.

<sup>655</sup> Ces actions offrent un traitement plus favorable à leurs propriétaires puisqu’elles mettent fin au principe d’égalité des actionnaires qui exigeait que chaque action soit attachée à un droit de vote proportionnel à la quotité du capital qu’elle représente et, aussi, que chaque action donne droit à une voix au moins.

<sup>656</sup> Cf. art. 755 de l’AUDSCGIE et art. 778-1al. 1 de l’AUDSCGIE. En droit Français, cette catégorie d’actions est consacrée par l’art. L. 228-11 du code de commerce.

L'introduction d'actions de préférence au sein de l'espace OHADA et la modernisation de son régime par la loi PACTE dans le contexte français sont d'une importance capitale<sup>657</sup>. En effet, elles permettent de couvrir un large éventail de structures adaptées à des investissements spécifiques. Les actions de préférences regroupent les actions sans droit de vote, les actions avec droit de vote, et les actions conférant des avantages particuliers<sup>658</sup>. Ces avantages peuvent être relatifs aux dividendes, à un droit spécial à l'information ou au droit de représentation dans les organes sociaux<sup>659</sup>. Par ailleurs, en droit de l'OHADA, elles ne peuvent bénéficier qu'à certains actionnaires<sup>660</sup>. Toutefois, pour un meilleur encadrement de ces actions, le législateur de l'OHADA exige que le nombre d'actions sans droit de vote ne puisse excéder plus de la moitié du capital social<sup>661</sup>. En plus, elles peuvent être supprimées par l'assemblée extraordinaire, à condition que la mention de cette suppression soit portée à l'ordre du jour de ladite assemblée<sup>662</sup>. Si la consécration de ces actions répond à la spécificité du contexte sociétal en droit des sociétés, sa mise en œuvre reste sujette à discussion au regard de l'imprécision de la notion d'avantages particuliers.

**222. L'imprécision de la notion d'avantages particuliers.** L'article 755 de l'AUDSCGIE qui consacre les actions de préférences ne donne aucune définition de la notion d'avantages particuliers<sup>663</sup>. Néanmoins, il laisse le soin à l'article 778-1 du même acte d'en déterminer le contenu. Or, cet article, quant à lui, n'apporte aucun critère permettant de les catégoriser<sup>664</sup>, il se contente de préciser que « *ces droits particuliers peuvent être de toute nature, à titre temporaire ou permanent* ». De son côté, le législateur français, par le biais de la loi PACTE, a fourni des efforts allant dans le sens de l'amélioration du régime des avantages particuliers mais ces efforts ont été limités au renforcement de la qualité du titulaire des

<sup>657</sup> Fénéon (A.), *Droit des sociétés en Afrique OHADA*, op. cit, n°69, p. 27; Meukeu (Y. B.), « L'action de priorité en droit OHADA », *Rev. Jurifis Info*, sept.-oct, 2011, n°11, p.9, disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté le 06/03/19 ;

<sup>658</sup> Dans le cadre des actions de préférences, la notion d'avantages particuliers ne doit pas être définie dans son sens courant parce que ces actions peuvent être également désavantageuses. C'est notamment le cas lorsqu'elles sont dépourvues du droit de vote.

<sup>659</sup> C'est l'exemple de l'émission d'actions qui a été effectuée par BNP Paribas le 31 mars 2009 à la suite de l'assemblée générale des actionnaires tenue le 27 mars de la même année. Disponible sur <https://group.bnpparibas>, consulté le 06/03/19.

<sup>660</sup> Cette obligation n'est pas valable dans le contexte français dans lequel la possibilité de bénéficier des avantages particuliers a été élargie à toute personne par la loi PACTE. Cf. article L.228-18 al.1 du Code de commerce.

<sup>661</sup> Cf. art. 778-1al. 4 de l'AUDSCGIE.

<sup>662</sup> Cass. com., 25 sept. 2012, n°11-17.256, PB, *Rev. Sociétés*, 2013, p. 158, note Le Nabasque (H.).

<sup>663</sup> Martin (D.), Saba (O) et Fallet (S.), « Pistes de réflexion pour une réforme du régime des actions de préférence », *JCP E* 2010, 1821.

<sup>664</sup> Un auteur, donnant une idée des actions de préférences, précise qu'il s'agit autant des droits de nature financière, que des droits de vote et même des droits extra-financiers. V. à ce sujet Granier (T.), « Le renouvellement du droit des valeurs mobilières », *Dossier*, « réforme du droit uniforme des sociétés des États membres de l'OHADA », *Journal des sociétés*, 2014, disponible sur <https://www.jss.fr>, consulté le 06/03/19.

avantages particuliers. C'est ainsi qu'aux termes du nouvel article L.228-18 al. 1 du Code de Commerce, la procédure des avantages particuliers ne s'applique plus uniquement au profit d'un ou de plusieurs actionnaires. Désormais, cette procédure bénéficie à toute personne<sup>665</sup> nommément désignée, qu'elle soit ou non actionnaire. À notre avis, l'absence de définition de la notion d'avantages particuliers par le législateur traduit le principe de la souveraineté de l'assemblée générale extraordinaire en matière de décision d'émission, de rachat ou de conversion de ces actions. Or, ce silence rend difficile l'intervention du juge en cas de contestation de la décision de l'assemblée générale extraordinaire y relative.

**223. La position de la Cour de cassation.** En l'absence de décision dans le cadre de l'OHADA sur la question à notre connaissance, nous ferons référence à la jurisprudence française. Dans une affaire du 13 juin 1967<sup>666</sup>, l'assemblée générale extraordinaire avait décidé de la modification du taux de dividendes réservés aux actions de préférence. Cette modification avait eu pour conséquence la suppression du droit aux supers dividendes de certains actionnaires qui saisissaient les juges d'une demande en nullité pour abus de droit de ladite assemblée. La Cour de cassation, allant dans le même sens que la Cour d'appel, rejeta le pourvoi en précisant que c'était à bon droit que la Cour d'appel avait refusé d'admettre qu'il y avait abus de droit. Elle estima que les juges du fond avaient procédé à une « *analyse rigoureuse de toutes les circonstances de la cause* » et « *que les décisions prises par ces assemblées avaient eu des conséquences les plus heureuses tant pour la personne morale que pour les actionnaires* ». Dans cette affaire, la Haute juridiction avait fait primer l'intérêt de la société sur les intérêts des associés minoritaires.

**224.** Les juges ne se sont pas contentés de rechercher dans cette décision l'intention de l'auteur de l'acte. La Cour de cassation ne se montre pas choquée de voir que les juges apprécient et approuvent « *les conséquences heureuses* » de certaines décisions. De manière surprenante, elle fonde l'abus de droit sur les résultats économiques de la décision de l'assemblée générale extraordinaire. Selon nous, le rejet du pourvoi trouve tout son sens. Les juges ont fait bon usage de leur pouvoir souverain d'appréciation. Le juge de l'OHADA gagnerait à suivre cet exemple, dans la mesure où son intervention vise à protéger l'intérêt de la société. Il pourrait fonder son intervention sur l'article 130 de l'AUDSCGIE *in fine* qui

---

<sup>665</sup> Cette notion pourrait poser un problème quant au moment de l'identification du bénéficiaire. V. Le Cannu (P.) et Dondero (B.), *Droit des sociétés*, LGDJ, 8<sup>e</sup> éd., coll. Domat, 2019, p. 467, n°648.

<sup>666</sup> Cass. civ., 13 juin 1967, Société Générale des Pastilles et produits Vichy et autres c/ S.A. Scheppes GP 1968, 186.

l'autorise, en cas d'abus de majorité, à apprécier la décision contestée par rapport à l'intérêt social. Ce pouvoir lui permettrait d'éviter le cantonnement de son action comme c'est le cas en matière de cession des droits sociaux.

## B. Les décisions entraînant la cession des droit sociaux

**225. La privation des droits des minoritaires.** Il est couramment affirmé que la cession de droits sociaux constitue une terre d'élection de conflits sociaux<sup>667</sup>, notamment lorsqu'elle relève de la catégorie dite des cessions de contrôle<sup>668</sup>. La cession de contrôle d'une société peut se faire par simples cessions de parts à une personne, une société ou un groupe. Ces cessions peuvent être faites par les associés sur les instigations de l'organe de gestion, lui-même d'accord avec l'acheteur ou, parfois, malgré les mises en garde ou l'opposition du conseil dans le cadre des SA. Quelles que soient les circonstances, le changement de majorité risque de nuire à la société lorsque l'acquéreur qui accède aux commandes de la société se montre parfois inapte ou prêt à dépouiller la société dans un intérêt personnel<sup>669</sup>. Plus grave encore, il est fréquent que des associés minoritaires contestent la cession au motif que leur agrément avait été accordé à la suite d'abus des détenteurs du contrôle. La question se pose alors de savoir si les cessions de droits sociaux qui ont conduit à la cession de contrôle ont été effectuées dans les conditions requises eu égard à la valeur des droits. Il s'agit également de rechercher si certains associés, les majoritaires qui détiennent le pouvoir, n'ont pas été avantagés par rapport aux minoritaires dans les conditions et les modalités des cessions. Un auteur émet l'hypothèse d'une « *cession stratégique* »<sup>670</sup> où le contrôle de la société est transmis à un prix faible car le cédant obtient du cessionnaire par exemple « *la promesse de contraindre la société à s'approvisionner auprès du cédant à des conditions avantageuses* »<sup>671</sup>.

<sup>667</sup> Ceci s'explique par les intérêts divers qui sont mis en jeu par la cession des droits, surtout lorsqu'elle cède le contrôle de la société. V. dans ce sens Le Cannu (P.) et Dondero (B.), *Droit des sociétés, op. cit.*, p. 390, n°537; Caffin-Moi (M.), *Cession des droits sociaux et droit des contrats*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2009, spécial- n°162 et s., préface BUREAU (D.) ; Moury (J.J.), « Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire des tiers-Etudes des articles 1592 et 1843 du code civil », *Rev. Sociétés*, 1997, p.455 et s.

<sup>668</sup> La cession de contrôle n'est pas une cession de créances. En effet, même si le titre social représente sans doute une créance de l'associé sur la société, le titre d'associé ne saurait être réduit à une simple créance dès lors qu'il s'agit de céder les titres qui confèrent le contrôle. Elle n'est non plus qualifiée de cession de fonds de commerce.

<sup>669</sup> Dans une affaire, les magistrats parisiens ont retenu que les nouveaux actionnaires et futurs administrateurs n'avaient pas la compétence particulière dans le domaine de la haute couture. CA. Paris, 3<sup>e</sup> ch., sect. A, 2 juill. 2002.

<sup>670</sup> Schmidt (D.), « Quelques remarques sur les droits de la minorité dans les cessions de contrôle », *Dalloz*, 1972, chron. 223-226.

<sup>671</sup> *Ibidem*.

Alors, sur quoi porte concrètement le contrôle judiciaire ? Les tribunaux peuvent-ils remettre en question la cession de contrôle par voie de cession des droits sociaux ?

**226. Le contrôle du respect des conditions procédurales.** La loi prévoit des mécanismes pour garantir la cession et, par ricochet, éviter les abus. Ainsi, l'article 319 al. 6 de l'AUDSCGIE dispose que toute cession non conforme aux clauses statutaires établies en accord avec la loi est nulle. Or, pour que la cession soit conforme aux clauses statutaires, elle doit remplir les conditions relatives au consentement et à l'information des associés<sup>672</sup>. C'est-à-dire que, lorsque la cession n'a pas été librement organisée par les statuts, la transmission n'est possible qu'avec le consentement des associés. En plus, le projet de cession doit être notifié par l'associé cédant à la société et à chacun des autres associés. Ainsi, en cas de contentieux portant sur la nullité de la cession, le contrôle du juge ne porte que sur le respect des conditions procédurales prévues par les dispositions de l'AUDSCGIE. Il va rechercher, par exemple, s'il y a eu vice de consentement conformément aux dispositions du Code civil français<sup>673</sup>. À notre avis, il s'agit d'un contrôle subjectif qui vise à protéger les droits de l'associé minoritaire au détriment de ceux de la société. En France, cette protection a été renforcée par le devoir de loyauté et les garanties du droit de la vente. Concernant le devoir de loyauté, les juges ont eu à censurer l'arrêt de la Cour d'appel qui s'était contenté de relever que « *l'acte de cession ne contenait ni clause de garantie de passif, ni clause de révision de prix, sans rechercher, comme le demandait l'acquéreur, si le cédant n'avait pas engagé sa responsabilité en dissimulant la véritable situation de la société* »<sup>674</sup>. Or, si le principe est celui de la libre cessibilité des titres, cette liberté est parfois restreinte *ex ante* en raison d'une clause d'agrément ou encore par le jeu d'un droit de préemption<sup>675</sup>, d'où la nécessité d'un contrôle de

<sup>672</sup> Cf. art. 319 al. 1, 2,3,4 et 5 de l'AUDSCGIE.

<sup>673</sup> Moins que la lésion, l'erreur, le dol et la violence sont généralement admis par les juges. Cf. CA Paris, 3 nov. 1999, *BJS*, 1999, p. 289. Dans cette affaire par exemple, le souscripteur de part social se plaignait du fait que son action avait été faite à la suite de menaces. Cass. com., 12 mars 2013, n°12-11.970, *Rev. Sociétés*, 2013, p. 689, note Massart (Th.).

<sup>674</sup> Cass. com., 4 déc. 2007, *BRDA*, 1/2008, n°8.

<sup>675</sup> Le refus d'agrément, tout comme l'exercice du droit de préemption, sont inégalitaires par nature et entravent la liberté des seuls minoritaires. En effet, la clause d'agrément présente dans les statuts de la société Cassegrain n'a pas empêché la cession du contrôle de cette dernière à la société Saupiquet. De même, le refus de l'agrément a privé le minoritaire cédant du choix de l'acquéreur ; l'exercice du droit de préemption est de nature à imposer des conditions de rachat moins attractives aux minoritaires. Plus que l'octroi d'agrément, c'est en effet le refus d'agrément qui est source de conflits. Dans l'arrêt Beyrelongne C/ Castillon du Perron, Cass. com. 24 févr. 1975 (*Bull. civ IV*, n°58, *Rev. Sociétés*. 1976.92-102, note Oppetit (B.) ; *RTD.Com.* 1975. 535-537, obs. Houin (R.)), la Cour de cassation avait refusé de considérer comme abusif l'octroi de l'agrément car les contrôleurs n'avaient fait qu'user de leur droit de céder leurs actions. Dans l'aff. Sauiquet-Cassegrain, la Cour d'appel de renvoi était aller jusqu'à considérer que l'octroi de l'agrément ne pouvait jamais être abusif parce qu'il pourrait aboutir à restituer aux actionnaires concernés, le libre exercice d'une prérogative. Or, « il n'est pas possible de considérer que le retour à la règle commune présente en lui-même un caractère abusif » : CA Caen, 18 avr. 1978). Cependant, le refus d'agrément ne sera qualifié d'abusif que dans les hypothèses tout à fait marginales. CA. Paris 7 avr. 1995,

la véritable nature de l'opération de cession. Ce contrôle a jadis été effectué par les juges français dans l'arrêt CASSEGRAIN.

**227. L'arrêt CASSEGRAIN.** La Cour de Cassation a déjà eu l'occasion de se prononcer sur la question dans quelques affaires importantes. Dans l'affaire CASSEGRAIN, sur l'instigation de leur conseil d'administration, les actionnaires d'une société avaient cédé en majorité leurs actions à la société Saupiquet qui était leur concurrente. Cette cession avait été faite avec de très graves conséquences pour la première. En effet, le frère qui activait le groupe minoritaire et qui possédait près du quart des actions, considéra ces transferts comme une catastrophe pour la société Cassegrain, les actionnaires et le personnel. Il saisissait le Tribunal de commerce de Nantes d'une demande d'annulation des décisions prises par le conseil d'administration et l'assemblée générale des actionnaires de Cassegrain. Pour soutenir sa demande, il déclarait que l'opération était en réalité une fusion par absorption conduisant à la transformation et même à la disparition de l'être social. L'opération, ajoutait-il, n'avait fait l'objet d'aucun examen sérieux permettant d'établir un rapport de valeur des deux entreprises et l'entreprise Cassegrain avait ainsi été cédée pour un prix dérisoire. De plus, on avait tenu les actionnaires minoritaires à l'écart de la négociation et, en conséquence, les actions qu'ils détenaient après l'opération n'avaient plus aucune valeur. Le tribunal de commerce de Nantes rejeta la demande des minoritaires mais la Cour de Rennes devait y faire droit dans un arrêt très intéressant et original<sup>676</sup> qui devait poser le grave problème des prises de contrôle réalisées par des cessions d'actions. L'originalité et l'intérêt de cet arrêt tiennent au fait que la Cour de Rennes avait cherché la nature véritable de l'opération au-delà des apparences.

**228. La recherche de la nature de l'opération de cession par la Cour de Rennes.** Les juges peuvent-ils dépasser les apparences et rechercher « l'essence » de l'opération ? La Cour de Rennes le pensait et précisait que les juges doivent d'abord rechercher « *la véritable portée et les conséquences de l'opération, en déduire ses conditions de validité en fonction, non pas uniquement de sa forme apparente que lui ont intentionnellement donnée ses réalisateurs, mais aussi de ceux de ses éléments qui, sans permettre aucune autre véritable qualification, sont cependant suffisamment importants pour en modifier considérablement la nature* ». Ainsi, la recherche de simples intentions serait insuffisante, mais, si ces intentions

---

Dalloz, 1995. IR. 163 ; *Rev.sociétés*, 1995.771, obs. Guyon (Y.). En l'espèce, la Cour d'appel avait estimé que le refus d'agréer n'était pas justifié par l'intérêt social. Cet abus a également été retenu dans un arrêt de la CA Paris, 5è ch, sect. B, 23 avr. 1998, n° 96/12 172, *Bull. Joly* 1998.959-962, note Daigre (J.J.).

<sup>676</sup> CA Rennes, 23 févr. 1968, *JCP G*, 1969, II.16122, note Paillusseau et Contin.

sont corroborées par des faits postérieurs montrant l'anéantissement ou la dégradation de l'être social, alors les conditions de validité de ces décisions devraient être examinées en fonction de tels faits. Les conséquences des décisions refléteraient la nature des intentions. Cependant, l'arrêt de la Cour de Rennes n'échappa pas à de vives critiques, l'une relative à l'insuffisance d'information et l'autre à l'abus de droit<sup>677</sup>. Il a été longtemps retenu qu'il était délicat pour les tribunaux de juger des intentions de l'acquéreur. Les magistrats ne peuvent se satisfaire de simples supputations et contrôler l'opportunité d'une cession<sup>678</sup>.

**229. Une recherche désapprouvée par la Cour de cassation.** La Cour de cassation<sup>679</sup> cassa l'arrêt de la Cour de Rennes en observant qu'elle n'avait pas pu démontrer que les décisions litigieuses avaient été prises dans le seul intérêt de certains associés, au détriment de l'intérêt de la société. Du côté des apparences, l'arrêt notait que la société Cassegrain conservait sa personnalité et qu'il n'y avait donc pas, au sens strict, de fusion, sauf à faire état de prévisions hypothétiques et de craintes sur le sort futur de la société, ce que l'arrêt refusait de faire. Il reste difficile pour le juge de sanctionner le cédant tant que le cessionnaire n'a pas exercé le contrôle. Seule l'hypothèse de l'insertion en cours de vie sociale d'une clause d'agrément ou d'un droit de préemption est finalement susceptible de constituer une diminution des droits de l'associé minoritaire et de constituer un abus de pouvoir.

**230. Une position confirmée par l'arrêt du 24 février 1975.** La position de la Cour de cassation fut réitérée quelques années plus tard dans un arrêt du 24 février 1975<sup>680</sup>. En effet, les associés minoritaires, se fondant sur l'abus de droit, demandaient la nullité d'une délibération du conseil d'administration qui avait accepté la cession d'un certain nombre d'actions représentant la majorité du capital social. La Cour rejeta la demande en précisant que la cession d'actions ne saurait par elle-même être abusive, par conséquent, l'agrément du conseil d'administration était régulier et la cession litigieuse dépourvue de toute fraude.

**231. Une position à réviser.** Contrairement à certains auteurs<sup>681</sup>, nous pensons que la position adoptée par les juges dans l'arrêt Saupiquet-Cassegrain et l'arrêt Castillon du Péron

<sup>677</sup> Cf. Azencot (M.), *L'intervention du juge dans la gestion des sociétés commerciales*, thèse Paris II, p.89.

<sup>678</sup> C'est cette difficulté qui avait conduit la chambre commerciale de la Cour de cassation à rejeter le caractère abusif de l'agrément accordé à la cession de contrôle à un tiers dans l'arrêt Cass. com., 21 janv. 1970 (aff. Saupiquet-Cassegrain), *Rev. Sociétés*, 1970.292-295, *JCP*, 1970. II. 16541, note Oppetit (B.)

<sup>679</sup> V. Cass. com., 21 janv. 1970, aff. Saupiquet-Cassegrain, *op. cit.*

<sup>680</sup> Cass. com., 24 févr. 1975, aff. SA Castillon-renault c/ Castillon du Perron, *Rev. Sociétés*, 1976, p. 92, note Oppetit.

<sup>681</sup> Caussin (J. J.) et Germain (M.), « Pratique des cessions de contrôle dans les sociétés anonymes non cotées », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n°15, 9 avril 1987, 14915. Ces auteurs pensent que la position des

limite les pouvoirs du juge à un contrôle purement formel. Dans ces affaires, le contrôle judiciaire de l'abus est cantonné à un contrôle élémentaire des deux conditions de l'abus de majorité. Le contrôle réel, basé sur l'appréciation de la conformité de la décision de cession à l'intérêt social, est nécessaire. Il permettrait à la Cour de voir si la prise de contrôle avait véritablement des conséquences néfastes sur l'avenir de la société. Les mêmes constatations s'observent lors du contrôle judiciaire des décisions entraînant la restriction des droits non financiers des associés.

### C. Les décisions entraînant la restriction des droits non financiers des associés

**232.** Les contentieux nés des décisions entraînant la restriction des droits non financiers des associés se retrouvent généralement en matière de variation de capital et de transformation de la société. Lorsque le contentieux est relatif aux opérations de mutation du capital social, le contrôle judiciaire de la décision contestée est formel (1). En revanche, le juge agit avec beaucoup de réserves dans le cas où la décision contestée est relative à la transformation de la société (2).

#### *1. Le contrôle des opérations de modification du capital social*

**233. La variation du capital.** En droit des sociétés de l'OHADA, le principe était celui de la fixité du capital. Mais depuis la révision de 2014, ce principe a été soumis à exception. C'est ainsi que les associés peuvent désormais faire varier le capital dans les conditions prévues par l'AUDSCGIE. Cependant, les modalités de modification du capital social ont peu évolué, malgré la réforme<sup>682</sup>, donnant ainsi lieu à de nombreux conflits émanant d'actionnaires minoritaires qui s'estiment lésés. Lorsque le juge est saisi en pareille circonstance, son rôle consiste à vérifier le respect des conditions procédurales liées à cette opération. La mise en œuvre de cette formalité semble excessive face aux contentieux des décisions d'augmentation du capital social (a) et l'est moins lorsqu'ils sont relatifs à la transformation de la société (b).

---

juges dans l'arrêt Saupiquet-Cassegrain et l'arrêt Castillon du Péron, « *se comprend fort bien dans la mesure où, l'abus de majorité se définit comme une décision de la société contraire à l'intérêt social* ».

<sup>682</sup> Fénéon (A.), *Droit des sociétés en Afrique OHADA*, op. cit., n° 557, p. 213 ; *addé*, art. 565 al 1 et 2 AUDSCGIE pour les SA et art. 68 AUDSCGIE pour les SARL.



*a. Une formalité excessive face aux décisions d'augmentation du capital social*

**234. Les raisons d'une décision d'augmentation de capital.** L'augmentation de capital ne fait pas l'objet d'une définition dans l'Acte uniforme. C'est une opération qui consiste à augmenter la valeur du capital de telle sorte qu'elle soit supérieure à la valeur figurant antérieurement dans les statuts<sup>683</sup>. Parfois, les sociétés ont intérêt à augmenter leur capital soit pour se libérer de leurs dettes, soit pour utiliser leurs réserves, soit encore pour se procurer de l'argent frais. Cependant, cette opération peut être détournée de ce but si elle vise à nuire aux associés minoritaires. En effet, les augmentations de capital paraissent tout à fait propices aux majorités qui veulent s'octroyer un avantage abusif aux dépens de leurs coassociés. Elle est alors proposée soit dans le but de supprimer l'influence de la minorité portant ainsi atteinte à un droit non pécuniaire, soit de réaliser à son détriment un enrichissement pécuniaire illicite affectant ainsi le droit pécuniaire de l'associé. Toutefois, le législateur a encadré cette action en consacrant le droit préférentiel de souscription dont l'utilité est incontestable<sup>684</sup>.

**235. L'utilité du droit préférentiel de souscription.** Le droit préférentiel de souscription est le droit reconnu aux actionnaires de sociétés par actions de souscrire, par priorité à tous les autres et proportionnellement au montant nominal des actions qu'ils possèdent, aux nouvelles actions émises en numéraire pour réaliser une augmentation de capital<sup>685</sup>. Certains auteurs pensent que ce droit a une fonction égalitaire parce qu'il « *permet d'éviter que quelques actionnaires seulement ne bénéficient de l'augmentation de capital et prennent le contrôle de la société au détriment des autres* »<sup>686</sup>. Par ailleurs, il a une double utilité. Pour les associés, il leur permet d'éviter la dilution de leurs droits grâce à la possibilité de maintenir leur pourcentage de participation dans le capital. En d'autres termes, il permet de mieux contrôler l'ouverture du capital. Pour la société, il est un instrument de « *stabilité du sociétariat ; création d'un effet d'aubaine incitant les titulaires de droit préférentiel de souscription à exercer leurs droits* »<sup>687</sup>. Toutefois, le droit préférentiel de souscription peut être remis en cause par l'assemblée générale qui décide ou autorise une augmentation de capital.

<sup>683</sup> Fénéon (A.), *Droit des sociétés en Afrique OHADA, op. cit.*, n° 552, p. 212.

<sup>684</sup> En dehors du droit préférentiel de souscription, les parties peuvent demander la nullité de la décision ou de la délibération autorisant l'augmentation du capital social en se fondant sur une cause de droit commun viciant l'un de ces actes essentiels, notamment l'abus de droit, l'incapacité, le vice du consentement, l'illicéité, la fraude, le dol ou l'erreur. Dans ce cas, le contrôle judiciaire consiste à rechercher l'existence de ces éléments lors de la mise en œuvre de la décision ou de la délibération.

<sup>685</sup> Cf. arts. 573 et 757 de l'AUDSCGIE.

<sup>686</sup> Fénéon (A.), *Droit des sociétés en Afrique OHADA, op. cit.*, n° 568, p.218.

<sup>687</sup> V. Mortier R., « Augmentation du capital en numéraire. Droit préférentiel de souscription. Prime d'émission », *JCL sociétés traité*, FASC., 156-15, févr. 2009.

Ainsi, elle peut supprimer ce droit en faveur d'un ou de plusieurs bénéficiaires nommément désignés, pour la totalité de l'augmentation de capital ou pour une ou plusieurs tranches de cette augmentation<sup>688</sup>. Le législateur légalise à travers cet article la renonciation par les actionnaires à leur droit préférentiel de souscription. Cette mesure s'explique par le souci de protection de l'intérêt de la société<sup>689</sup> face aux actionnaires dominés par un esprit égoïste<sup>690</sup>. La suppression du droit préférentiel de souscription est une mesure exceptionnelle car elle contribue à rompre l'égalité entre actionnaires. Quel sera le comportement du juge face à une décision de suppression de droit préférentiel de souscription détournée de son « *but d'intérêt social* » pour servir les intérêts personnels de certains actionnaires ou associés au détriment d'autres ?

**236. Arrêt du 25 septembre 2012.** Cette question a trouvé une réponse en France dans un arrêt<sup>691</sup> de la Cour de cassation du 25 septembre 2012. Dans cette affaire, les actionnaires d'une société avaient été convoqués à l'effet de statuer sur une augmentation de capital réservée aux salariés<sup>692</sup>. A l'issue des échanges, les résolutions correspondantes avaient été valablement adoptées par l'assemblée générale. Or, l'un de ces actionnaires n'avait pas jugé utile de participer à l'assemblée. Cependant, après que la société lui eut notifié qu'elle ne renouvèlerait pas le contrat d'enseigne qui les liait depuis dix ans, il a fait assigner la société aux fins d'annulation des résolutions relatives à l'augmentation de capital réservé et à la suppression du droit préférentiel de souscription. De manière très surprenante, la Cour de cassation lui a donné raison. Elle a estimé que la résolution relative à l'augmentation de capital réservé pour laquelle la suppression du droit préférentiel de souscription a été adoptée doit également être annulée, la seconde étant la conséquence de la première. La surprise naît du fait que dans le cas d'espèce, la Cour s'est cantonnée à un contrôle purement formel de la décision contestée. Elle s'est limitée à rechercher si le droit préférentiel de souscription de l'associé lui avait été

<sup>688</sup> Cf. Art. 586 de l'AUDSCGIE.

<sup>689</sup> Petot-Fontaine (M.), « SARL-modification du capital social », *JCL*, sociétés traité, Fasc. 78-20, 2015. Goncalves (E.-W.), « L'affaiblissement du droit préférentiel de souscription des actionnaires en droit Ohada », *Rev. ERSUMA*, coll. *Droit des affaires - Pratique Professionnelle*, n° 1 - Juin 2012, p.72.

<sup>690</sup> V. Daigre (J.J.), « Les émissions sans droit préférentiel de souscription », *Rev. sociétés* 2004, p. 479. L'auteur pense que « *l'esprit de fermeture qui préside au droit préférentiel de souscription est directement contraire à l'esprit d'ouverture qui imprègne les marchés financiers, de sorte que le droit préférentiel de souscription est particulièrement gênant pour les sociétés cotées et, plus largement, pour les sociétés de croissance. Il permet à une minorité d'entraver le financement de l'entreprise et de la contraindre à recourir à l'emprunt* ».

<sup>691</sup> Cass. com., 25 sept. 2012, n°11-17. 256, sté Lioser c/ Scté ITM région parisienne F, *RDJA* 12/12 n°1088. Note VANNOOTE (C.).

<sup>692</sup> La loi prévoyant les augmentations de capital bénéficiant aux salariés et dirigeants adhérents d'un plan d'épargne d'entreprise fut votée en 2001.

effectivement supprimé, ce qui l'a éloigné du contrôle parallèle de la conformité de la décision de suppression de ce droit à l'intérêt social.

**237. Le contrôle des conditions prévues à l'article 758 de l'AUDSCGIE.** La décision de suppression du droit préférentiel de souscription doit respecter les conditions de mise en œuvre prévues aux articles 758 de l'AUDSCGIE. Dès lors, elle doit être décidée par l'assemblée générale extraordinaire qui a une compétence exclusive en la matière. De même, la clause de suppression du droit préférentiel doit être mentionnée à l'ordre du jour de l'assemblée<sup>693</sup>. Le juge saisi d'un contentieux opère un contrôle de légalité, car il doit vérifier que le conseil d'administration ou l'administrateur a effectivement fait un rapport précisant les décisions prises en assemblée. Ces conditions nous semblent moins intéressantes dans la mesure où elles limitent le juge à un contrôle très formel consistant à vérifier la régularité de la décision contestée. La condition qui nous intéresse, cependant, se trouve dans le même article. Elle invite le juge à rechercher l'existence du motif de la décision.

**238. La recherche du motif de la décision.** Le législateur précise dans l'article 758 *in fine* de l'AUDSCGIE que : la décision de suspension du droit préférentiel de souscription « *n'est valable que si le conseil d'administration ou l'administrateur général selon les cas, indique dans leur rapport à l'assemblée générale les motifs de l'augmentation de capital* ». Dès lors, le juge saisi doit vérifier que l'assemblée générale extraordinaire n'a pas omis, dans sa décision, les motifs de la suppression. Cette condition nous semble incomplète. L'existence de « *motifs* » ne suffit pas à justifier l'exclusion de certains associés de la participation au vote, encore moins l'absence de prise en compte de leurs actions pour le calcul du quorum et de la majorité requise. Elle ne permet pas de mieux apprécier la présence d'un abus. Et nous pensons que le juge ne devrait pas se limiter simplement à vérifier l'existence de ces motifs. Il devrait, aussi et surtout, vérifier le caractère sérieux de ces motifs, puisque les motifs sur lesquels se fonde la décision peuvent manquer d'objectivité. Or, un tel contrôle lui permettrait de protéger l'entreprise comme c'est le cas dans le cadre des contentieux relatifs à la réduction du capital par « *coup d'accordéon* ».

---

<sup>693</sup> Cette obligation a été rappelée dans un arrêt par les juges français. Cass. com., 25 sept. 2012, *Rev. Sociétés*, 2013, p.158, note Le Nabasque (H.).

***b. Une formalité atténuée face aux décisions de réduction du capital par « coup d'accordéon »***

**239. La licéité de l'opération « coup d'accordéon ».** Le « coup d'accordéon » peut être défini comme « *une double variation en sens inverse du capital d'une société* »<sup>694</sup>. Elle consiste en une première opération de réduction de capital à zéro et en une seconde opération d'augmentation dudit capital réservé<sup>695</sup>. Le législateur reste silencieux sur la question de la réduction du capital à zéro au sein de l'OHADA. Toutefois, ce silence laisse à penser que rien ne s'oppose à ce que cette opération puisse être réalisée dans ce contexte, notamment lorsque les pertes sociales sont très importantes. La seule condition étant que cette réduction de capital soit suivie d'une augmentation de capital concomitante tendant à la réduction du capital social. Certains auteurs pensent que la réduction du capital motivée par les pertes est une mesure d'assainissement de la société<sup>696</sup>. Les juges vont dans le même sens et considèrent l'opération licite lorsqu'elle est justifiée par la situation financière de la société et si les associés de la société se voient reconnaître un droit préférentiel de souscription à l'augmentation de capital concomitante<sup>697</sup>. Mais dans la majorité des cas, la réalité montre que seuls les associés ayant effectué un nouvel apport font partie de l'augmentation du capital.

**240. La réalité des opérations « coup d'accordéon ».** Certes, l'opération « coup d'accordéon » a pour objectif principal de permettre la disparition des pertes figurant dans les capitaux propres au report à nouveau débiteur. Mais elle peut avoir pour conséquence la transmission du contrôle de la société à un repreneur tout en évinçant les anciens actionnaires. Dans ce cas, le juge se trouve en présence de deux principes en droit des sociétés : la protection de l'intérêt social et la suppression du droit préférentiel de souscription. Le second s'oppose au premier lorsqu'il est réalisé par l'expropriation illicite en marge des articles 545 du Code civil français et 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Son caractère illicite naît du fait qu'elle prive l'associé de son droit de demeurer dans la société. Cette question a été connue par le juge français dans l'affaire association Adam c/ L'Amy SA.

**241. Association Adam c/ L'Amy SA.** L'opération « coup d'accordéon », même lorsqu'elle a pour conséquence l'exclusion des actionnaires minoritaires opposés à l'opération,

---

<sup>694</sup> Cf. Guyon (Y.), *Droit des affaires*, Economica, 12<sup>e</sup> éd., coll. Droit des affaires et de l'entreprise, 2003, n°430, p.466.

<sup>695</sup> Cf. Jonson (F. K. A.), « L'opération de coup d'accordéon : aspect juridique », *Flash de la revue Experts associés*, n°6, déc. 2005, p.1, Ohadata D-06-19, disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté le 07/03/2017.

<sup>696</sup>Cf. Pandja Polla (G.), « La perte des capitaux propres », *Penant*, n°848, 2004, p.350.

<sup>697</sup> Cf. Fénéon (A.), *Droit des sociétés en Afrique OHADA*, *op. cit.*, n°652, p. 252.

a déjà été plusieurs fois validée par la jurisprudence française<sup>698</sup>. Dans l'affaire association Adam c/ L'Amy SA<sup>699</sup>, la Cour a confirmé la légitimité des réductions de capital à zéro et des exclusions qui en découlent. En l'espèce, la société anonyme l'Amy, société cotée, fortement endettée et placée déjà en situation de règlement amiable, avait décidé d'une réduction de capital à zéro et d'une augmentation de capital avec suppression du droit préférentiel de souscription. Cette opération avait été faite au profit d'une société tierce du même secteur, KLG, société de droit anglais cotée à Londres et filiale d'un groupe américain important. S'estimant exclus de manière illégitime, certains actionnaires minoritaires, directement et par l'intermédiaire de l'ADAM, ont alors saisi les tribunaux. Déboutés en première instance puis en appel, leur pourvoi a également été rejeté par la Cour de cassation. Pour les juges, l'opération « *coup d'accordéon* » est licite dès lors qu'elle vise à protéger l'entreprise<sup>700</sup> et qu'elle est conforme à l'intérêt social.

**242. Le souci de la pérennité de l'entreprise.** La conformité du « *coup d'accordéon* » à l'intérêt social<sup>701</sup> est aujourd'hui très largement admise lorsqu'il existe des difficultés financières importantes et la nécessité d'une recapitalisation afin de faire face à des pertes conséquentes. Cette solution, réitérée par la décision de la Cour de cassation du 18 juin 2002 ensuite par l'arrêt du 23 octobre 2008<sup>702</sup>, s'inscrit dans une ligne jurisprudentielle aujourd'hui bien établie relativement aux opérations sur le capital dans les sociétés qui rencontrent des difficultés. C'est ainsi, négativement, que cette contrariété à l'intérêt social ne fait aucun doute sur le terrain de l'abus de minorité dès lors que l'augmentation de capital refusée est pourtant nécessaire à la survie de la société. Il suffit pour les juges qu'une telle opération résulte d'un choix social commandé par la survie de la société ; que, dès lors, les conditions préalables à ce choix soient réunies. Les juges exigent l'existence de deux conditions cumulatives. La société doit être insolvable et ne doit plus être viable. Par ailleurs dans l'affaire du 18 juin 2002, les associés minoritaires avaient évoqué un autre argument, celui relatif à l'expropriation pour cause d'utilité publique. Face à cela, la Cour de cassation a répondu en précisant qu'« *attendu que la réduction de capital à zéro ne constituait pas une atteinte au droit de propriété des actionnaires mais sanctionnait leur obligation de contribuer aux pertes sociales dans la*

<sup>698</sup> Cass. com., 17 mai 1994, aff. Usinor, *Rev. Sociétés*, 1994, p. 485, note Dana-Démaret (S.) ; Cass. com., 18 juin 2002, *JCP E*, 2002, p.1556, note Viandier (A.).

<sup>699</sup> Cass. com., 18 juin 2002, *JCP E*, 2002, 1556 note Viandier (A.); *Bull. Joly sociétés*, 2002, p. 1221, note Silvestre (S.) ; *Dr. Sociétés*, 2003, n° 72, obs. Legros (J. P.).

<sup>700</sup> Cohen (D.), « La validité du coup d'accordéon », *Dalloz*, 2003, p. 410.

<sup>701</sup> Cass. com., 25 janv. 2005, *RJDA* 5/2005, n°556 ; Cass. com., 15 juin 2010, n°09-10.961, *RJDA* 11/2010, n°1084.

<sup>702</sup> CA Paris, 23 oct. 2008, n°06/13901, *RJDA*, 5/09 n°444.

*mesure de leurs apports; que la cour d'appel a pu en déduire, par une décision motivée, que cette opération ne constituait pas une expropriation illégale* ». Les tribunaux s'assurent systématiquement que le coup d'accordéon ne s'accompagne pas d'un abus de majorité. Ensuite, ils vérifient que l'opération est strictement nécessaire au soutien de l'intérêt social et ne traduit pas simplement la volonté d'éliminer les minoritaires. Dans le cas contraire, la décision de réduction de capital sera annulée pour abus de majorité<sup>703</sup>. L'intervention du juge étant motivée par le souci de protection de l'intérêt social, il semble logique pour le juge africain saisi d'une telle question, d'adopter la même attitude que son homologue français. De même, il convient de renforcer les techniques de contrôle des décisions de transformation de la société.

## **2. La contrôle des décisions de transformation de la société**

**243. Opération par nature inégalitaire.** Prévues aux articles 181 et s. de l'AUDSCGIE, la transformation est l'opération juridique par laquelle les associés décident du changement de la forme juridique de la société en une autre forme. Elle répond à la pensée d'un auteur qui faisait remarquer que « *le droit des sociétés n'est pas statique, au contraire, il permet de répondre à l'évolution d'une entreprise et offre même les possibilités d'une véritable dynamique juridique* »<sup>704</sup>. Lorsque la transformation de la société est faite de façon régulière<sup>705</sup>, elle ne menace, en principe, ni le maintien de la personnalité morale<sup>706</sup>, ni les engagements ou les droits de la société ou des associés<sup>707</sup>. Cependant, cette opération reste une décision singulière car elle peut affecter la teneur de l'engagement initial, d'où sa nature illégale<sup>708</sup>. L'opération de transformation emporte les effets distincts sur les majoritaires et sur les

<sup>703</sup> TC de Paris, 20 juin 2006, *RJDA*, 3/2007, 273.

<sup>704</sup> Cf. Chaput (Y.), *Droit des sociétés*, PUF, coll. Dr. Fondamental, 1993, n° 633 et s.

<sup>705</sup> C'est-à-dire en considération des exigences légales.

<sup>706</sup> V. CA. Lomé, arrêt n°43/09 du 17 mars 2009, *Bia-Togo c/ Société NOSOCO-TOGO SARL* Ohadata J-10-169, disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté le 08/03/17. Les juges africains ont rappelé que « *la transformation régulière d'une société n'entraîne pas la création d'une personne morale. Elle ne constitue qu'une modification des statuts et est soumise aux mêmes conditions de fond et de délais que celle-ci* » ; TPI de Douala –Ndokotti, Ord. n° 231 du 12 mai 2005, *Affaire Sté SCEMAR SARL c/ NGUIMBOUS Jean Blaise Samuel Ename Nkwane*. Ohadata J-07-189, disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consultée le 08/03/17. Dans cette affaire, le tribunal a précisé que « *La transformation d'une société n'entraîne pas la création d'une personne juridique nouvelle de sorte que l'ancienne et la nouvelle société doivent être considérées comme une seule et même entité juridique* » ; Cass. com., 6 déc. 2005, *RTD com.*, 2006, p.128, obs. Champaud (C.) et Danet (D.).

<sup>707</sup> V. Le Cannu (P.) et Dondero (B.), *Droit des sociétés*, op. cit., p. 415, n°565.

<sup>708</sup> La transformation de la forme sociale d'une société est tout d'abord susceptible de constituer un abus de majorité dans l'hypothèse où la décision de transformer a été décidée à la majorité des associés et non à l'unanimité. cf. article 181 al.3 l'AUDSCGIE. *Addé*, Chapetier de Ribes-Justeau (A.L.), *les abus de majorité, de minorité et d'égalité. Etude comparative des droits français et américain des sociétés*, thèse Paris I, Dalloz, 2006, préface de Daigre (J.J.) p.87, n°119.

minoritaires, c'est le cas de la transformation d'une SA en une société en commandite<sup>709</sup>. Dès lors, le contrôle judiciaire porte sur le respect de la règle de l'unanimité.

**244. Le contrôle du respect du principe de l'unanimité.** Le principe de l'unanimité est consacré par le législateur de l'OHADA<sup>710</sup> en matière de transformation de la société. Ainsi, la décision de transformation d'une société dans laquelle la responsabilité des associés est limitée à leur apport vers une société dans laquelle la responsabilité des associés est illimitée requiert l'unanimité de tous les associés. C'est en conformité avec cette exigence que la Cour de cassation, saisie d'une demande en nullité d'une décision de fusion, a rejeté le pourvoi effectué par les parties dans un arrêt du 19 décembre 2006<sup>711</sup>. La Cour, après avoir rappelé la règle de l'unanimité exigée en matière de transformation dans la SAS prévue à l'article L. 227-3 du code de commerce<sup>712</sup>, a précisé que la décision de fusion-absorption d'une société par une société par actions simplifiées est également soumise à ce principe. La précision apportée par la Haute juridiction laisse clairement comprendre que les juges saisis de la contestation d'une décision de transformation doivent vérifier si tous les associés ont donné leur consentement à la décision de transformation. Evidemment, conformément aux règles qui s'appliquent au droit commun des contrats, le juge doit vérifier que ce consentement n'a pas été donné à la suite d'un vice<sup>713</sup>. Si tel est le cas, l'action du juge pourrait-elle aller au-delà de la simple recherche de l'existence du consentement et toucher la nature abusive de ce consentement ? Il y a plusieurs années de cela, les juges français avaient répondu à cette question par l'affirmative.

**245. La recherche de l'abus de droit dans l'arrêt du 21 mai 1963.** La recherche de l'abus dans les décisions de transformation contestée a été, jadis, effectuée par les juges en

---

<sup>709</sup> Les tribunaux ont sanctionné une telle transformation alors que la société-mère, gérante commanditée, comptait profiter d'avantages fiscaux et financiers dont étaient privés les minoritaires de la filiale, TC. Paris 29 juin 1981, SARL Agache Willot, *Gaz. Pal.* 1981. I. 687-692, note De Fontbressin ("P."); *Rev. Sociétés*, 1982, pp.791-804, note Guilbeteau (M.) (le tribunal de commerce de Paris a ainsi annulé pour abus la transformation de la filiale SA. Conforama en société en commandite simple, dont l'avenir pouvait être compromis en cas de désastre probable de la société-mère, commandité unique). Certaines décisions ont pu en outre laisser entendre que la transformation en société en commandite alourdissait systématiquement le fonctionnement et le coût d'exploitation d'une société, aussi est-elle généralement vue d'un mauvais œil par les futurs commanditaires. TC. Lyon 23 jan. 1995, Chomarar c/ société Chomarar, *Jurisdata* n°040001 ; *Dr. Sociétés*, 1995, n°102, pp.10-11, obs. Vidal (D.) ; *RTD Com.*, 1995. P.625, obs. Petit (B.) et Reinhard (Y.), La transformation de la SA en SCA n'avait d'autre dessein que de faire échec au droit des minoritaires de céder à un tiers.

<sup>710</sup> Cf. art. 181 al. 3 de l'AUDSCGIE.

<sup>711</sup> Cass. com., 19 déc. 2006, *RTD Com.* 2007, p.180, note Le Cannu (P.).

<sup>712</sup> Cet article dispose que la décision de fusion-absorption d'une société par une société par actions simplifiée est soumise aux mêmes exigences d'unanimité des associés qu'en matière de transformation d'une société en société par actions simplifiée est prise à l'unanimité des associés.

<sup>713</sup> V. à ce sujet les vices de consentement depuis la réforme du droit des obligations du 10 févr. 2016; Cf. art. 1130 du code civil français.

France. Dans un arrêt en date du 21 mai 1963<sup>714</sup>, la Cour de Rennes avait annulé la décision de transformation d'une SARL en une SA aux motifs que cette opération ne correspondait « à aucun intérêt social légitime ». La Cour relevait que la décision de transformation permettait au gérant majoritaire, se voyant assigner en révocation par son co-gérant pour faute de gestion, de détruire le contrat d'origine qui protégeait l'associé minoritaire et de l'évincer de la société. Les raisons avancées par la Cour dénotent un contrôle judiciaire approfondi amélioré de la conformité de la décision de transformation à l'intérêt social. Ce contrôle est à féliciter car il a permis de déterminer les conditions de l'abus dans la décision de transformation. Ces conditions reposaient sur la valorisation de l'intérêt personnel du gérant majoritaire au mépris de l'intérêt social. Toutefois, cette recherche approfondie n'a pas été suivie par les juges.

**246. La réserve de la Cour quant à la recherche de l'abus.** Le juge adopte une attitude très réservée lorsqu'il est question de contrôle de la décision conduisant à la transformation de la société. On en veut pour preuve les motifs évoqués dans l'affaire Six c/ Tapisseries de France, ayant donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation<sup>715</sup> du 15 juillet 1992. En effet, Madame Six, associée minoritaire, s'était opposée à la décision de transformation de la société à responsabilité limitée les Tapisseries, réalisée par l'assemblée générale extraordinaire le 16 juin 1986. Saisie de l'affaire, la Cour d'Appel avait considéré que cette opposition constituait un abus de minorité mais la Cour de cassation, quant à elle, considéra que l'existence d'abus de minorité n'était pas établie. Elle précisa donc que, la Cour aurait dû en effet définir en quoi « l'attitude de Madame Six avait été contraire à l'intérêt général de la société, en ce que Madame Six aurait interdit la réalisation d'une opération essentielle pour celle-ci et dans l'unique dessein de favoriser ses propres intérêts au détriment de l'ensemble des autres associés ». Le reproche de la Cour nous semble fondé. On constate que dans son désir de sanctionner l'opposition à la décision de transformation, la Cour d'appel n'a pas caractérisé tous les éléments de l'abus de minorité. Cette volonté des juges de la Cour de sanctionner des attitudes asociales peut se comprendre. Toutefois, il aurait été souhaitable que la Cour recherche avec plus de rigueur les éléments de l'abus de minorité afin de donner plus de crédibilité à sa décision. On peut certes comprendre l'empressement des juges à sanctionner des attitudes antisociales, mais il aurait été souhaitable que la Cour recherche avec plus de rigueur les éléments de l'abus de droit. Toujours est-il que cette décision témoigne, à fortiori, même de l'état d'esprit des tribunaux qui ne veulent pas admettre la validité, la légitimité des

<sup>714</sup> CA de Rennes, 21 mai 1963, *RTD Com.*, 1964, p. 577, obs. Rodière.

<sup>715</sup> Cass. com., 15 juillet 1992, *Bull. civ.* IV, n°279 ; *RTD Com* 1993, p.112, obs. Reinhard (Y.).



décisions prises en méconnaissance de l'intérêt social ou indifférentes à celui-ci et motivées par des intérêts exclusivement personnels. Au même titre que les décisions collectives, les actes des dirigeants sociaux font l'objet d'un contrôle judiciaire fondé sur la nature abusive de l'acte.

## §2. La recherche d'un fondement du contrôle judiciaire des actes du dirigeant social

**247. L'indépendance du dirigeant social.** Le dirigeant social est le « *représentant légal* » de la société<sup>716</sup>. Ainsi le juge, entendu comme l'arbitre des conflits sociaux, ne peut s'immiscer<sup>717</sup> dans la gestion de la société, bien qu'à certains moments la loi lui reconnaisse un pouvoir souverain<sup>718</sup> d'appréciation des actes du dirigeant social. En effet, les contours du pouvoir des dirigeants sociaux (A) limitent les fondements du contrôle que le juge exerce sur leurs actes (B),

### A. Les contours des pouvoirs des dirigeants sociaux

**248. Le fondement des pouvoirs.** Chargé d'assurer la gestion, la direction et l'administration de la société, la loi a donné au dirigeant social le pouvoir d'engager la société auprès des tiers. Ainsi, s'agissant des SNC, l'article 277 de l'AUDSCGIE dispose que « *dans les rapports entre associés et en l'absence de la détermination de ses pouvoirs par les statuts, le gérant peut accomplir tous les actes de gestion dans l'intérêt de la société* ». Cette disposition s'applique également à la SNC et à la SARL car rédigée en des termes identiques successivement par les articles 298 et 328 du même acte. Cependant, dans le cadre de la SARL, le législateur apporte une précision en ajoutant que : « *dans les rapports avec les tiers, le gérant est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société, sous réserve, (...). La société est engagée, même par les actes du gérant qui ne relèvent pas de l'objet social* ». Selon cet article, la société reste engagée par les actes du dirigeant social, même si celui-ci est allé au-delà de l'objet social. Cela suppose que dans ses rapports avec les

<sup>716</sup> Cf. Mestre (J.), Velardocchio (D.) et Mestre-chami (A.-S.), *Lamy sociétés commerciales*, éd. 2015, p. 260.

<sup>717</sup> V. Le Fur (A. V.), « Les nouvelles formes d'immixtion ou l'émergence d'une immixtion non fautive en droit des sociétés. Les concepts émergents en droit des affaires ». in *Les Concepts Emergents*, Le Dolley (E.) dir., LGDJ, 2010, p.302. L'auteur pense que celui qui s'immisce dépasse son rôle et empiète sur les pouvoirs d'autrui sans autorisation, il prend en fait la place de celui qu'il remplace.

<sup>718</sup> Arts. 242 et 244 AUDSCGIE; Pougoué (P.G), Encyclopédie de droit OHADA, Lamy 2011, p.653 : « *la qualité du dirigeant de fait n'est reconnue à une personne que par décision du juge. En effet, l'existence d'une direction de fait relève de l'appréciation souveraine du juge de fond qui le constate* ». p.654 en cas d'officialisation de la qualité de dirigeant de fait, « *autant le juge a un pouvoir souverain et exclusif d'appréciation, autant il est le seul qui a pouvoir de déclarer dans un acte ayant autorité* ».

tiers, le dirigeant est tenu par l'objet social et non plus par l'intérêt social tel que prévu par l'article 324. Cet article se rapproche des articles 435 al.1, 462 al.3, 498 al.3 de l'AUDSCGIE qui disposent, au sujet des SA, que le conseil d'administration, le président directeur général et l'administrateur général sont investis des pouvoirs les plus étendus qu'ils exercent dans les limites de l'objet social.

**249.** Dans le contexte français, avant l'adoption de la loi PACTE l'objet social et l'intérêt social ne constituaient pas automatiquement une limite à l'action du dirigeant social dans les sociétés à risque limité. C'est ainsi que dans ces sociétés, la nullité de l'acte du dirigeant ne pouvait systématiquement reposer ni sur l'inobservation de l'objet social, ni sur la contrariété de l'acte à l'intérêt social. Cette position avait été confirmée par les juges dans un arrêt du 19 septembre 2018<sup>719</sup>. Dans cet arrêt, il avait été clairement précisé que « *serait-elle établie, la contrariété de l'intérêt social ne constitue pas, par elle-même, une cause de nullité des engagements souscrits par le président d'une société par actions simplifiées* ». La loi PACTE semble avoir donné un nouveau visage à la mission du dirigeant social en faisant de l'intérêt social le but vers lequel doit tendre la gestion de la société. Ainsi, sous peine de voir ses actes annulés, le dirigeant social doit désormais agir dans l'intérêt de la société.

**250. Intérêt social et objet social.** D'un côté, c'est l'objet social qui définit les pouvoirs du dirigeant dans la société dans la mesure où, l'acte uniforme lui fait obligation d'accomplir seul les actes entrant dans cet objet social. De l'autre côté, l'intérêt social lui sert de boussole car le législateur lui exige de se conformer à cet intérêt qui doit orienter ses actes et décisions. Ces exigences permettent de s'interroger sur le rapport que l'intérêt social et l'objet social entretiennent. Ces deux notions renvoient-elles à la même réalité ? Nous ne le pensons pas. Un acte peut s'inscrire dans le cadre de ce qui relève de l'objet social indiqué dans les statuts mais être nul parce qu'il est contraire à l'intérêt social. Relativement à l'intervention judiciaire, il se pose la question du fondement du contrôle judiciaire en cas de contentieux relatif aux décisions du dirigeant social. L'acte contesté sera-t-il apprécié conformément à l'intérêt social ou à l'objet social ? La réponse à cette préoccupation a été donnée par le nouvel article 1833 du Code civil français issu de la loi PACTE qui prévoit désormais que toute société est gérée dans « *son intérêt social, en prenant en considération les*

---

<sup>719</sup> Cass. com, 19 sept. 2018, n°17-17.600, *BJS*, n°119c5, p.627; *Gaz. Pal.*, 18 déc. 2018, n°44, p.81, obs. Roussille (M.) ; *Dr. sociétés*, 2018, Comm. 207, note Heinich (J.).

*enjeux sociaux et environnementaux de son activité* ». Il ressort de cet article que le seul fondement du contrôle judiciaire des actes du dirigeant social est l'intérêt social.

### **B. L'intérêt social comme fondement possible du contrôle des actes du dirigeant social**

**251. La conception classique.** La conception classique pose le principe de l'intangibilité quasi-absolue de l'objet social. Ce principe qui fait primer l'objet social sur l'intérêt social, fait obligation au juge lorsqu'il est saisi, de contrôler la conformité de l'acte à l'objet social. De la sorte, lorsque l'acte est conforme à l'objet social, le juge ne devrait plus procéder à la recherche de la conformité de l'acte à l'intérêt social<sup>720</sup>, sauf dans des cas exceptionnels. Il peut s'agir des cas dans lesquels, l'acte a été pris en méconnaissance de l'ordre public ou des bonnes mœurs. A contrario, le juge devrait annuler un acte contraire à l'objet social bien que conforme à l'intérêt social. Les actes conformes à l'objet social bénéficient ainsi d'une présomption de régularité<sup>721</sup>. Toutefois, l'évolution jurisprudentielle a bouleversé la tendance.

**252. L'intérêt social, fondement du contrôle.** Parce qu'il est désormais admis que les dirigeants sociaux ne doivent pas poursuivre leurs intérêts propres en s'offrant des avantages<sup>722</sup>, leurs pouvoirs ne sont plus dominés par le seul objet social. L'intérêt social occupe de plus en plus une place importante dans la société et, les interventions judiciaires en France se sont multipliées afin d'imposer le respect de cet intérêt social en validant des actes qui, n'étant pas prévus par l'objet social, sont conformes à l'intérêt social<sup>723</sup>. L'intérêt social représente la communauté d'intérêt, il s'agit de nos jours de replacer le contrat dans son contexte juridique afin de respecter les intérêts divergents qui le composent par la recherche d'un équilibre. Elle permet de valider un acte en le rattachant indirectement à l'objet social en raison d'une identité d'intérêt qui unit la société à son bénéficiaire.

**253.** En réalité, il semble que le législateur de l'OHADA et le juge conçoivent mal qu'au nom de la recherche de l'équilibre des pouvoirs, un juge puisse se substituer à la volonté

<sup>720</sup> Vidalenc (G.), « Société en nom collectif et sociétés civiles. Cession des parts. Garanties sur actifs sociaux », *JCP N.*, 1995, p.375, n°40.

<sup>721</sup> Vidalenc (G.), Société en nom collectif et sociétés civiles. Cession des parts. Garanties sur actifs sociaux, *op. cit.* ; Cass. civ., 19 mai 1987, *Dalloz*, 1987, p.445, comm. Aynes (L.),

<sup>722</sup> Paillusseau (J.), « La modernisation du droit des sociétés commerciales. Une conception de droit des sociétés commerciales », *Dalloz*, 1996, p.287.

<sup>723</sup> Cass. com., 14 déc. 1993, *Rev. Sociétés*, 1994, p.778, note Pariente (M.).

des associés pour autoriser ce que ces derniers n'ont pas expressément prévu. Les juges restent prudents et évitent d'ignorer l'existence de l'objet social dans les cas où le législateur n'a rien prévu. C'est ce qui justifie qu'à ce jour le juge soit encore à la recherche des critères d'appréciation de certaines décisions sociales, notamment celles entraînant l'éviction des acteurs sociaux.

## **Section 2. Le cas des décisions entraînant l'éviction des acteurs sociaux**

**254. Les acteurs sociaux évincés.** L'AUDSCGIE reconnaît le droit à l'assemblée d'associés d'organiser la révocation de certains dirigeants et dans certaines hypothèses, par des clauses contractuelles, d'exproprier les associés. Dans l'un ou l'autre cas, la décision de révocation ou d'exclusion contestée peut être soumise à l'appréciation du juge. Si les critères d'appréciation judiciaire de la décision d'éviction des acteurs sociaux sont multiples, ils visent tous à rechercher l'existence d'un abus de droit. Ainsi, qu'il s'agisse des décisions mettant un terme au mandat social (§1) ou des décisions mettant un terme à l'appartenance sociale (§2), le juge fonde son intervention sur la nature abusive des décisions.

### **§1. Les décisions mettant un terme au mandat social**

**255. Le principe de la libre révocabilité.** Lors du contrôle de la décision de révocation du dirigeant social, les principes de libre administration et de libre révocabilité s'opposent à un ensemble de règles légales et de techniques jurisprudentielles afférentes à l'existence ou non d'une révocation régulière. Les nombreux éléments qui dans l'esprit du juge et de la doctrine encadrent le contrôle judiciaire contribuent à faire de l'expression de la révocation (A) un droit dont l'usage irrégulier est difficile à contrôler, du fait de l'instabilité des critères de son appréciation (B).

## A. L'expression de la révocation

**256. La cessation des fonctions du dirigeant social.** Comme toute activité humaine, « *celles qu'exercent les dirigeants des sociétés commerciales au sein de l'entreprise ne sont destinées à durer indéfiniment* »<sup>724</sup>. A cet effet, l'AUDSCGIE a prévu plusieurs circonstances dans lesquelles les fonctions du dirigeant social peuvent prendre fin. Dans certaines d'entre elles, la cessation des fonctions est causée par le dirigeant social lui-même. Il en est ainsi en cas de démission<sup>725</sup> ou de décès<sup>726</sup> de ce dernier. En revanche dans d'autres circonstances, les causes de la cessation des fonctions sont extérieures au dirigeant social. C'est notamment le cas lorsque son mandat a expiré<sup>727</sup> ou encore quand la société a été dissoute<sup>728</sup> ou enfin s'il a été révoqué<sup>729</sup>. Parlant de la révocation du dirigeant social, elle peut se faire soit par l'assemblée des associés, soit par le juge<sup>730</sup>. Dans le premier cas, le sort réservé aux fonctions du dirigeant social est soumis au pouvoir discrétionnaire de l'assemblée générale.

**257. Le pouvoir discrétionnaire de l'assemblée générale.** L'assemblée d'associés en tant qu'organe souverain<sup>731</sup> de la société reste le seul organe ayant le pouvoir de nommer, révoquer ou remplacer les personnes chargées d'assurer la direction de l'entreprise. La Cour d'appel d'Abidjan<sup>732</sup> a d'ailleurs rappelé à ce sujet que, conformément aux articles 546, 551 et 555 de l'AUDSCGIE, c'est l'assemblée générale qui est l'organe compétent pour révoquer un président directeur général et son équipe dirigeante. Les dirigeants sociaux sont « *des mandataires sociaux librement révocables* »<sup>733</sup>. Par conséquent, au sein de la SA les administrateurs<sup>734</sup>, le président directeur général<sup>735</sup> et le président du conseil d'administration

<sup>724</sup> V. Souleau (H.), « La démission des dirigeants des sociétés commerciales », *RTD Com.*, 1972, p. 21.

<sup>725</sup> Cf. art. 327 de l'AUDSCGIE qui organise les conditions de la démission du ou des gérants dans la SARL.

<sup>726</sup> Cf. art. 433 de l'AUDSCGIE qui fait du décès une cause prématurée de la cessation du mandat de l'administrateur.

<sup>727</sup> Cf. art. 476 de l'AUDSCGIE.

<sup>728</sup> Cf. art. 201 de l'AUDSCGIE sur les effets qu'entraîne la dissolution de la société commerciale.

<sup>729</sup> Cozian (M.), Viandier (A.) et Deboissy (Fl.), *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 168, n° 409.

<sup>730</sup> Guiramand (Fr.) et Héraud (A.), *Droit des sociétés*, Francis Lefebvre, coll. Manuel, 2018/2019, p.165 ; Sur la question, V. *infra* n° 54 et s.

<sup>731</sup> Meukeu (B. Y.), « Brèves réflexions sur la révocation des dirigeants sociaux dans l'espace OHADA », *Juridical Info*, n°7, mars-avr., 2010, p. 10 et s.

<sup>732</sup> CA Abidjan arrêt n°1161, du 24 oct. 2003, Sté ASH International c/ Maurice Kacou, *Ohadata* J-03-317 [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté le 20/02/15.

<sup>733</sup> Koné (M.), *Le nouveau droit commercial des pays de la zone Ohada. Comparaisons avec le droit français*, LGDJ, 2003, p.199, n° 316, préface de Saintourens (B.) ; Daigre (J.-J.), « Réflexions sur le statut individuel des dirigeants de sociétés anonymes », *Rev. Sociétés*, 1981, p. 497.

<sup>734</sup> Cf. art. 433 al. 2 de l'AUDSCGIE.

<sup>735</sup> Cf. art. 469 de l'AUDSCGIE.

peuvent être révoqués à tout moment par l'assemblée générale ordinaire<sup>736</sup> ou par le conseil d'administration. Toujours dans la SA, le directeur général<sup>737</sup> et le directeur général adjoint<sup>738</sup> sont, au même titre que les organes ci-dessus, révocables à tout moment, à condition cette fois, que les motifs de la révocation soient justes<sup>739</sup>. En revanche dans les SNC, les SCS et les SARL, les gérants peuvent être révoqués par les associés dans les conditions de quorum et de majorité prévues pour chaque forme sociale<sup>740</sup>. En pratique, le pouvoir discrétionnaire de l'assemblée générale fait naître un important débat relatif aux droits du dirigeant révoqué. En général, « *la personne morale cherche inlassablement à ne verser aucune indemnité au dirigeant évincé tandis que ce dernier essaie d'obtenir une compensation financière à son départ* »<sup>741</sup>. C'est ce qui explique les nombreux contentieux qui existent en cette matière. Toutefois, l'AUDSCGIE a, dans certains cas, encadré les pouvoirs discrétionnaires reconnus à l'assemblée générale en précisant que la révocation peut donner lieu à des dommages et intérêts si elle est faite « *sans juste motif* ».

**258. Le pouvoir discrétionnaire atténué.** Le législateur de l'OHADA donne la possibilité aux associés de sanctionner les dirigeants sociaux en toute liberté. Dans certains cas, la règle prônée est celle de la révocation *ad nutum*, et dans d'autres, celle de la révocation pour justes motifs. Qu'il s'agisse de l'une ou de l'autre de ces règles, l'associé détient un grand pouvoir discrétionnaire<sup>742</sup> même s'il faut reconnaître que ce pouvoir est totalement discrétionnaire dans le premier cas et l'est moins dans le second<sup>743</sup>. Il se pose alors la question

---

<sup>736</sup> L'attribution du pouvoir de révocation du dirigeant social à l'assemblée générale ordinaire interpelle sur la compétence de l'assemblée générale extraordinaire en cette matière. En effet, la décision de révocation du dirigeant social est une décision qui, en principe, a pour conséquence la modification des statuts. Or, les décisions modifiant les statuts sont prises par l'assemblée générale extraordinaire. En droit français, cette question a été résolue par un arrêt de la CA Paris, 15 mars 1990, Daigre (J.-J.), « Réflexions sur le statut individuel des dirigeants de sociétés anonymes », *Rev. Sociétés*, 1981, p. 497. Dans cette affaire, les juges ont donné à l'assemblée générale extraordinaire, la possibilité de décider de la révocation d'un dirigeant social sous la condition d'observer le quorum et la majorité prévus dans le cadre des assemblées générales ordinaires.

<sup>737</sup> Cf. art. 492 de l'AUDSCGIE.

<sup>738</sup> Cf. art. 475 de l'AUDSCGIE.

<sup>739</sup> Cette condition ne signifie pas qu'en l'absence de justes motifs le dirigeant ne peut pas être révoqué, il traduit simplement le droit au dommages et intérêts du dirigeant révoqué sans justes motifs.

<sup>740</sup> Au sein de la SARL, la révocation du gérant statutaire ou non est prise « *par décision des associés représentant plus de la moitié des parts sociales* », cf. art. 326 de l'AUDSCGIE. Or dans les SNC, le gérant associé, statutaire ou non ne peut être révoqué qu'à la suite d'une décision prise « *à l'unanimité des autres associés* », cf. art. 279 al. 1 de l'AUDSCGIE. Si le gérant, associé ou non, n'est pas nommé par les statuts, il peut être révoqué par la « *décision de la majorité en nombre et en capital des associés* », cf. art. 279 al. 2 du même acte.

<sup>741</sup> ADAMOU (M.), « la révocation des dirigeants sociaux dans les sociétés de capitaux en droit OHADA », disponible sur <https://www.actualitedudroit.fr>, consulté le 19/02/19.

<sup>742</sup> Cf. Baillod (R.), « Le « juste motif » de révocation des dirigeants sociaux », *RTD Com.*, 1983, pp. 396 et s. ;

<sup>743</sup> Les pouvoirs de l'assemblée d'associés sont totalement discrétionnaires dans le cas de la révocation *ad nutum* parce que l'AUDSCGIE ne soumet sa réalisation à aucune condition légale. *A contrario*, dans le cadre de la révocation pour justes motifs, la loi exige la présence de justes motifs.

de l'étendue des pouvoirs du juge face à ce pouvoir discrétionnaire et celle des fondements de son intervention. Face à l'incertitude des textes, le juge a, au fil du temps, créé de nombreux critères de contrôle de la décision de révocation qui, au bout du compte, rendent instables les fondements de la nature abusive de cette décision.

## **B. L'instabilité des critères d'appréciation de la décision de révocation**

**259. La recherche des critères d'appréciation judiciaire.** Le contentieux de la révocation du dirigeant social place le juge à la charnière de plusieurs catégories d'intérêts de prime abord difficilement conciliables. Il s'agit des intérêts de la collectivité des associés<sup>744</sup>, de l'intérêt du dirigeant<sup>745</sup> et de l'intérêt social. Le juge va apprécier tantôt l'abus de droit dans la décision de révocation, tantôt le juste motif de révocation. La jurisprudence abondante à laquelle la révocation contestée donne lieu conduit à faire constater qu'à ce jour, le juge est toujours à la recherche des critères d'appréciation de l'abus du droit et du juste motif. C'est ce qui justifie l'inconstance des fondements de l'abus de droit en cas de révocation *ad nutum* (1) et la variation des fondements du juste motif en cas de révocation pour juste motif (2).

### ***1. L'inconstance des fondements de l'abus de droit en cas de révocation ad nutum***

**260. Action judiciaire.** Dans le cadre du contrôle des décisions de l'assemblée des associés ou de celles du conseil d'administration en matière de révocation *ad nutum* des dirigeants sociaux, la jurisprudence a développé de nombreux critères sur lesquels se fonde le juge pour déterminer l'abus de droit (a). Au regard de l'insuffisance de ces critères, la consécration du principe de loyauté comme fondement du contrôle judiciaire de la décision de révocation (b) paraît nécessaire.

---

<sup>744</sup> La souveraineté de leurs intérêts commande qu'ils puissent se séparer d'un dirigeant qui ne leur convient plus.

<sup>745</sup> L'activité du dirigeant au service de la société lui confère le droit à une certaine forme de protection.

*a. Le fondement prétorien de l'abus de droit en cas de révocation ad nutum*

**261. La soumission du juge de l'OHADA à l'al. 2 de l'article 522 de l'AUDSCGIE.**

L'article 522 al. 2 de l'AUDSCGIE dispose que l'assemblée générale peut, « *en toutes circonstances* », révoquer un ou plusieurs membres du conseil d'administration. C'est-à-dire que la question de la révocation du dirigeant social peut être débattue en assemblée sans avoir fait l'objet d'une inscription préalable à l'ordre du jour de ladite assemblée<sup>746</sup>. Le juge de l'OHADA s'est longtemps soumis à cette obligation qui semble être un principe d'ordre public<sup>747</sup>. C'est ainsi qu'il a été jugé par la Cour d'appel d'Abidjan que : « *la révocation prononcée par le conseil d'administration dans le silence de l'ordre du jour n'est pas constitutive de l'abus de droit, générateur de dommages-intérêts* »<sup>748</sup>. Cette position jurisprudentielle a été largement critiquée par la doctrine qui estimait que la solution avait pour conséquence de restreindre la liberté des dirigeants sociaux concernés. En effet, l'absence de justification de la décision de révocation du dirigeant social laisse présager l'interdiction du contrôle judiciaire de ladite décision, puisque le conseil d'administration est souverain. Cet arrêt témoigne à suffisance des limites de l'action du juge quant à l'exercice des pouvoirs de l'assemblée d'associés en matière de gestion organique de la société. Toutefois, dans le même arrêt, les juges ont relevé que le conseil d'administration ne pouvait librement exercer son pouvoir souverain qu'en l'absence d'abus de droit et qu'il revenait aux juges d'apprécier l'abus de droit en question.

**262. L'appréciation judiciaire de la nature abusive.** Dans l'arrêt précédent, le juge, après avoir reconnu le pouvoir souverain du conseil d'administration en matière de révocation du dirigeant social, a apporté des éléments encadrant cette souveraineté. Ainsi, la Cour a décidé que les précautions prises par la société pour prévenir l'accès du directeur général révoqué à son bureau n'étaient pas assimilables à une voie de fait et donc ne permettaient pas d'établir un abus de droit. Pour la Cour, le dirigeant social révoqué n'a pas démontré que « *cette révocation*

---

<sup>746</sup> L'al. 2 de l'article 522 de l'AUDSCGIE est une dérogation à l'al. 1 du même article qui dispose que « *l'assemblée ne peut délibérer sur une question qui n'est pas inscrite à son ordre du jour* ». Cette obligation laisse penser que les questions relatives à la révocation du dirigeant social, puisqu'elles sont décidées en assemblée, devraient nécessairement être mentionnées à l'ordre du jour de l'assemblée qui en décide. C'est-à-dire faire l'objet d'une information antérieure.

<sup>747</sup> Le juge français l'a rappelé à plusieurs occasions. V. Cass. com. 21 juin 1988, *JCP E*, 1989, II, 15415, n°12 et 13, obs. Viandier (A.) et Caussain (J.-J.) ; Cass. com., 30 mars 1999, *Dr. Sociétés*, 1999, n°102.

<sup>748</sup> CA Abidjan, arrêt n° 1247, du 28 novembre 2003, Ohadata J-03-347, disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté le 25/01/18. V. également TRHC Dakar, jugement n°327 du 19 févr. 2003, Ohadata J-03-180, disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté le 19 févr. 2003. Dans cette affaire, le tribunal a décidé que le gérant de la SNC pouvait être révoqué et remplacé alors que la question n'était inscrite à l'ordre du jour de l'assemblée.



*soutenue par une publicité intempestive s'est accompagnée de propos diffamatoires ou calomnieux injustement véhiculés à son encontre* ». Dès lors, le comportement des dirigeants de la société ne constituait point une atteinte à la réputation ou à l'honorabilité du dirigeant révoqué. Cette précision a apporté une modification très importante à la mission de contrôle judiciaire des décisions de révocation des dirigeants sociaux. Désormais, il a la possibilité d'intervenir pour encadrer les pouvoirs de l'assemblée des associés en vérifiant que la décision contestée n'est pas de nature abusive.

**263.** C'est sans doute en raison de cette faculté que, quelques années plus tard, les juges dans un arrêt du 14 juin 2007<sup>749</sup>, ont décidé que : « *bien que la révocation du Directeur d'une société d'État ou d'une société commerciale obéissent à la règle de la révocation ad nutum, les conditions de cette révocation peuvent être contrôlées et la révocation annulée si le contrôle révèle qu'elle est entachée de graves et évidentes irrégularités la rendant assimilable à une voie de fait* »<sup>750</sup>. Le contrôle du juge ici est un contrôle subjectif qui porte sur la recherche de la nature abusive de la décision de révocation. C'est donc à la suite d'une analyse minutieuse des circonstances qui entourent la révocation que le juge définit si les conditions de la révocation ont été respectées ou non. L'intervention du juge, même si elle est restée très réduite, se veut moins formelle puisqu'il recherche s'il existe dans le comportement des membres du conseil d'administration des irrégularités assimilables à une voie de fait.

**264. Les irrégularités assimilables à une voie de fait.** Une voie de fait est définie comme un comportement qui s'écarte ouvertement des règles légales au point de justifier, de la part de celui qui en est victime, le recours immédiat à une procédure d'urgence afin de cesser le trouble qui en résulte<sup>751</sup>. Pour une jurisprudence française bien connue<sup>752</sup>, est constitutive de voie de fait, toute décision de révocation qui « *a été accompagnée de circonstances ou a été prise dans des conditions qui portent atteinte à sa réputation ou à son honneur* »<sup>753</sup>. Ainsi, la révocation d'un directeur général constitue une atteinte à sa réputation dès lors qu'il n'a été informé qu'à la suite de la parution dans la presse d'un article malveillant<sup>754</sup>, ou bien lorsque

<sup>749</sup> CS Côte d'Ivoire, chbre jud., arrêt n°351/07 du 14 juin 2007, Actualités Juridiques n°59, p.306, Ohadata J-09-307.

<sup>750</sup> CS de côte d'Ivoire, Ch. Jud., arrêt n° 351/07 du 14 juin 2007, poste de Côte d'Ivoire c/ ZEHI Sebastien Gbale, Actualités juridiques n° 59, p. 306.

<sup>751</sup> Cf. définition donnée par Cornu (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 1071, V° *voie de fait* n°1.

<sup>752</sup> Le juge a déclaré illicite toute décision qui porte atteinte au principe de libre révocabilité de l'administrateur d'une SA. V. *infra* n° 611 et s.

<sup>753</sup> Cass. com., 14 juin 2013, *Rev. sociétés*, 2013, p. 566, Saintourens (B.) ; *Bull. Joly*, 2013, p. 634, Gaudemet (A.).

<sup>754</sup> V. Merle (Ph.), « La révocation des mandataires sociaux », *RJ com.*, janv.-févr. 2017, n°1, p.7.

le procès-verbal qui constate la révocation du dirigeant est déposé *in extenso* au registre de commerce<sup>755</sup>. De plus en plus, le juge se sert de la notion d'abus de droit pour poser une limite au principe de la libre révocabilité<sup>756</sup>. Cet abus est admis dans plusieurs hypothèses. Il peut s'agir soit du cas dans lequel l'administrateur n'a pas été en position de préparer sa défense, soit de la situation où la révocation s'est accompagnée de propos désobligeants ou de mesures de publicité inspirées par la malveillance. À notre avis, ce mouvement jurisprudentiel n'a pas reçu l'approbation du législateur, puisque lors de la dernière révision de l'AUDSCGIE, il n'y a nullement fait allusion.

**265. L'ignorance de l'évolution jurisprudentielle.** En dépit des efforts jurisprudentiels visant à encadrer le principe de la libre révocabilité en droit des sociétés commerciales, le législateur a confirmé la position jadis adoptée par les juges dans l'arrêt du 28 novembre 2003<sup>757</sup>. Lors de la dernière révision de l'AUDSCGIE, il a retenu l'idée selon laquelle, l'assemblée peut décider de la révocation d'un dirigeant social lors d'une assemblée sans que cette question ne soit portée à l'ordre du jour de ladite assemblée<sup>758</sup>. La position du législateur est assez surprenante parce que, de façon implicite, il exclut la décision de révocation de tout contrôle judiciaire. Par la même occasion, il prive le dirigeant social révoqué de son droit de s'exprimer sur les motifs de sa révocation<sup>759</sup>. En dépit du silence de l'AUDSCGIE, il nous semble nécessaire de donner la possibilité au juge de faire recours au principe de loyauté pour compléter le critère d'appréciation lié aux irrégularités assimilables à la voie de fait.

---

<sup>755</sup> Cf. CA Paris, arrêt du 30 avr. 2014, *BRDA*, n°13-2014, p.3. Le juge a décidé dans cette affaire que l'obligation d'inscription au registre de commerce de toutes les modifications statutaires ne signifie pas que la publication de la décision de révocation du dirigeant social doit être faite intégralement.

<sup>756</sup> CCJA, arrêt n°032/2007 du 22 nov. 2007, Rec. CCJA, n°10, 2007, p. 19 ; GD-CCJA, p. 189, obs. Kenmogne Simo (A.).

<sup>757</sup> CA Abidjan, arrêt n° 1247, du 28 novembre 2003, *op.cit.*

<sup>758</sup> Notons toutefois que le législateur a apporté des modifications concernant la révocation du directeur général et du directeur général adjoint. V. art. 492 de l'AUDSCGIE.

<sup>759</sup> Il est important de noter que le droit de défense accordé au dirigeant révoqué a pour but de lui octroyer les dommages et intérêts en cas d'abus et non de le réintégrer au sein de la société.

*b. La nécessité du recours judiciaire au principe de loyauté.*

**266. Du respect du principe du contradictoire au devoir de loyauté au sein de la jurisprudence française.** L'administrateur<sup>760</sup> et le président du conseil d'administration<sup>761</sup> de la SA peuvent être révoqués *ad nutum*<sup>762</sup>. Cette liberté de révocation est l'objet de nombreuses critiques tant au sein de la doctrine que de la jurisprudence, car « *il fait planer sur les intéressés une très grande instabilité, (...)* »<sup>763</sup>. C'est dans l'objectif de mettre fin à cette instabilité que la jurisprudence s'est fondée sur la notion d'abus de droit pour encadrer le pouvoir souverain de l'assemblée d'associés. D'un côté, les juges considéraient qu'il y avait abus de droit chaque fois que la révocation portait atteinte à la réputation ou à l'honneur du dirigeant social<sup>764</sup>. De l'autre côté, les juges appréciaient l'abus de droit au regard du principe du contradictoire<sup>765</sup>. Conformément à ce principe, les juges accordaient les dommages et intérêts à tout dirigeant dont la procédure de révocation avait été faite au mépris du respect du principe du contradictoire<sup>766</sup>. Autrement dit, il fallait non seulement que le dirigeant révoqué ait eu connaissance des motifs de sa révocation, mais également, qu'il ait été mis en mesure de s'expliquer. De la sorte, le juge saisi devait vérifier que le dirigeant avait été en mesure de présenter ses observations et de débattre contradictoirement des motifs de son éviction<sup>767</sup>. Toutefois, l'évolution s'est très vite fait ressentir au sein de la jurisprudence française, puisque le juge s'est tourné vers un nouveau critère d'appréciation de l'abus de droit, celui du devoir de loyauté.

<sup>760</sup> Cf. art. L. 225-18 al. 2 du code de commerce français.

<sup>761</sup> Cf. art. L. 225-47 al. 3 du code de commerce français.

<sup>762</sup> V. Le Cannu (P.), « Le principe de contradictoire et la protection des dirigeants », *Bull. Joly. Sociétés* 1996, p.11 ; Daille-Duclos (B.), « L'application extensive du principe du contradictoire en droit des affaires », *JCP E*, 2000, pp.1990 et s.

<sup>763</sup> Merle (Ph.), « La révocation des mandataires sociaux », *op. cit.*, p.2.

<sup>764</sup> Cass. com., 14 mai 2013, *op. cit.*, ; CA Paris, arrêt du 9 mars, 2010, *RTD Com.*, 2010, p. 555, Champaud (Cl.) et Danet (D.).

<sup>765</sup> Cass. com., 3 janv. 1996, *Rev. sociétés*, 1996, p. 101. Les juges ont rappelé dans cette affaire que, si la révocation du dirigeant social peut intervenir à tout moment, cette révocation est abusive dès lors qu'elle porte atteinte à la réputation et à l'honneur du dirigeant révoqué et, en plus, si elle a été décidée « *brutalement sans respecter le principe du contradictoire* ».

<sup>766</sup> Le respect du principe du contradictoire en matière de révocation des dirigeants sociaux a fait l'objet de nombreux débats. V. A ce sujet Merle (Ph.), « La révocation des mandataires sociaux », *op. cit.*, pp.7 et s..

<sup>767</sup> Cass. com., 29 mars 2011, *RJDA*, 6/2011, n°538, *Rev. Sociétés*, 2011, p.563, note Barbièri (J.-F.). En l'espèce les juges avaient conclu que l'absence de débat contradictoire avait causé au directeur général révoqué, un préjudice moral du fait ; Cass. com., 14 mai 2013, *Bull. Joly Sociétés*, 2013, p.634, note Gaudemet (A.) ; *Dalloz*, 2013, p.2319, note Dondero (B.) ; *Dr. Sociétés*, 2014, n°157, obs. Roussille (M.) ; *Rev. Sociétés*, 2013, p. 566, note Saintourens (B). Dans cette affaire, la Haute Juridiction a cassé l'arrêt de la Cour d'appel en faisant prévaloir l'irrégularité de la décision de révocation du fait de l'absence du contradictoire ayant empêché l'administrateur de présenter ses observations.

**267. Le devoir de loyauté de la société.** Dans le cadre de l'exécution du contrat, la loyauté désigne la bonne foi contractuelle<sup>768</sup>. Ce principe, qui est désormais omniprésent dans la vie des affaires, s'entend comme « *une norme de comportement consistant à adopter une attitude, adaptée à chaque situation, générant de la confiance et conforme à la confiance légitime reçue dans le cadre de ladite situation* »<sup>769</sup>. Ainsi conçu, le principe de loyauté s'imposerait à toutes les parties au contrat et exigerait d'elles, des obligations réciproques<sup>770</sup>. Cela supposerait qu'au sein de la société commerciale, au même titre que le dirigeant social<sup>771</sup>, la société serait soumise au devoir de loyauté envers les dirigeants sociaux. C'est-à-dire qu'elle ne devrait pas profiter de sa position pour méconnaître les droits du dirigeant social, car ses décisions devraient toujours être prises dans l'intérêt social. Ce constat a d'ailleurs été fait par un arrêt en date du 3 octobre 2013<sup>772</sup>. Dans le cas d'espèce, les juges français ont rappelé que, « *le devoir de loyauté imposé au dirigeant a sa contrepartie dans une loyauté de l'entreprise à son égard, d'autant que la nature du contrat le liant à l'entreprise est un contrat (mandat) et est aussi fondée sur une base d'engagements réciproques et solidaires (...)* ». Dès lors, tout manquement au devoir de loyauté par la société devrait être sanctionné pour abus de droit et nécessiter un contrôle préalable de l'intention de l'auteur de l'acte. C'est à cela que s'attelle la jurisprudence française depuis quelques années.

**268. L'affirmation du devoir de loyauté au sein de la jurisprudence française.** De nos jours, les interventions judiciaires en matière de contrôle des décisions de révocation contestées permettent de constater que les juges recourent, de plus en plus, au devoir de loyauté. En effet, l'exigence du respect du principe de loyauté est venue supplanter le respect du principe du contradictoire puisqu'il sert désormais de fondement au contrôle judiciaire des conditions de la révocation du dirigeant social. C'est ainsi que les juges considèrent la révocation abusive chaque fois que la société a manqué à son devoir de loyauté envers le

<sup>768</sup> Cf. Cornu (G.), dir., *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 625, V° loyauté.

<sup>769</sup> Brunswick (Ph.), « Le devoir de loyauté, une norme générale de comportement oubliée puis retrouvée ? », *Dossier Ch. Drt. Entr.*, janv.-févr., 2016, p. 17. L'auteur fait constater qu'en dépit de son caractère général, flou et relatif, la loyauté est un facteur de sécurité juridique et d'efficacité économique.

<sup>770</sup> Cass. com., 29 mars 2011, n°10-17.667, *Rev. sociétés*, 2011, p.563, note Barbieri (J.F.). Les organes que les statuts ont mis en place se doivent des relations loyales parce que la bonne foi doit dominer ces relations à de pures fins de réalisation de l'objet social. *Addé*, CA Paris, 4 nov.1992, n° 90/018905, *Bull. Joly*, 1993, 110. §.24, note Baillod (R.).

<sup>771</sup> Sur le devoir de loyauté du dirigeant social envers la société d'une part et envers les associés d'autre part, V. *Infra* n° 612 et s.

<sup>772</sup> CA Paris, 3 oct. 2013, *RJDA*, n° 3-2014, n° 245, p. 221.

dirigeant social révoqué<sup>773</sup>, quel qu'en soit le motif de la révocation<sup>774</sup>. Par conséquent, la décision de révocation qui, en dépit de sa conformité au statut de la société, a été adoptée au détriment du respect des droits du dirigeant révoqué, est considérée comme abusive<sup>775</sup>. A *contrario*, dans plusieurs affaires, le juge n'a pas fait droit à la demande de dommages et intérêts du dirigeant révoqué parce que celui-ci s'était lui-même exclu des débats<sup>776</sup>. Allant dans le même sens, les juges ont décidé que la société n'a pas manqué à son devoir de loyauté dans l'exercice de son droit de révocation, « *dès lors que le président de la SAS, révocable ad nutum, a été mis en mesure de présenter ses observations* »<sup>777</sup>. En effet, une remarque peut être faite à travers ces récentes décisions. Dans la plupart des cas, le juge associe le devoir de loyauté au respect du principe du contradictoire. Si le devoir de loyauté est mis en avant par le juge dans la recherche de l'abus de droit, cela semble se justifier par la nature du contrôle qui se veut moins formel. C'est-à-dire que le juge ne se contente plus de rechercher s'il y a bien eu contradiction, mais il recherche ce qui a justifié l'absence de contradiction. En outre, la loyauté permet « *à la fois d'inclure et de dépasser les notions connues de respect du principe de contradiction et de sanction des manœuvres vexatoires, fondement de la jurisprudence de ces quinze dernières années* »<sup>778</sup>. Ce contrôle nous paraît satisfaisant dans la mesure où il met en avant l'intention de l'auteur de l'acte en rapport avec l'intérêt social.

## 269. Le nouveau fondement de la révocation abusive au sein de l'OHADA.

L'existence d'irrégularités assimilables à une voie de fait comme fondement du contrôle de la décision de révocation du dirigeant social semble insuffisante. À notre avis, ce critère devrait

<sup>773</sup> V. par ex. Cass. com., 10 févr. 2015, n°13-27.967 ; Cas. com., 11 mars 2014, n° 12-12.074.

<sup>774</sup> V. par ex. CA Lyon, 3 mars 2016, n° 14/05253, disponible sur [www.doctrine.fr](http://www.doctrine.fr), consulté le 26/02/19. Il a été décidé dans cette arrêt que, le manquement caractérisé du dirigeant social à ses obligations de mandataire social ne dispense pas l'actionnaire de faire preuve de loyauté à son égard.

<sup>775</sup> CA Paris, 26 mai 2016, *BRDA*, n° 13-2016, *Bull. Joly*, 2017, note Périn (P.-L.). En l'espèce, les juges ont décidé que le dirigeant révoqué devait être présent ou représenté à l'assemblée générale, en dépit des clauses statutaires qui prévoyaient que l'assemblée générale pouvait être convoquée « *le cas échéant dans l'heure* ».

<sup>776</sup> Cass. com., 10 juil. 2012, n°11-23.280, *Bull. Joly Sociétés*, 2013, § 2, p.29, note Barbière (J.-F.) ; *Rev. Sociétés*, 2013, p.294, note Tabourot-Hyest (C.) ; Cass. com., 14 avril 2015, n°14-15.869, *Rev. Sociétés* 2015. 674, note Saintourens (B.). En l'espèce, les juges ont décidé que « *dès lors que le président d'une SAS a manifesté sa volonté d'abandonner ses fonctions et s'en est entretenu avec les dirigeants du groupe auquel est rattaché la société, il en résulte que l'intéressé avait lui-même posé la question de la continuation de ses fonctions sociales et y avait apporté une réponse négative, de sorte que la SAS n'avait pas l'obligation d'ouvrir une discussion préalable à la décision de révocation, qui ne revêtait pas un caractère brutal* ».

<sup>777</sup> Cass. com., 8 avr. 2014, n°13-11-650, *Rev. sociétés* 2014, p. 725. A la question de savoir si la faute d'un dirigeant pouvait être considérée comme rendant impossible la poursuite de son mandat alors que le délai d'un mois s'était écoulé entre la révélation de la faute et la révocation de son mandat, la Cour de cassation répondit que « *les fautes commises n'étaient pas d'une gravité justifiante qu'il soit mis fin immédiatement au mandat* ». La Cour reprochait aux associés de n'avoir pas adressé immédiatement une demande d'explication au dirigeant ; et d'avoir laissé écouler un mois entre la commission de la dernière faute et le prononcé de la révocation.

<sup>778</sup> Périn (P.-L.), « L'affirmation du principe de loyauté dans la conduite de la révocation d'un dirigeant de SAS », *Rev. sociétés*, 2017, p. 215.

être complété par le non-respect du devoir de loyauté car il semble adapté au contexte sociétal au regard de la délicatesse qu'exige la révocation des dirigeants<sup>779</sup>. Le recours au principe de loyauté dans l'appréciation des motifs de la révocation permettrait de prendre en compte et de dépasser les irrégularités assimilables à une voie de fait. En référence à l'article 1104 du nouveau Code civil français, le juge retiendrait l'existence de la mauvaise foi dès l'instant où la société aurait fait un usage abusif de sa liberté de révocation. En outre, contrairement à la mauvaise foi, le principe de loyauté met l'accent sur les intentions des auteurs de la décision, d'une part, et les réalités sociétales, d'autre part. Par la même occasion, il permettrait au juge africain de dépasser le simple contrôle de la légitimité pour s'intéresser davantage au comportement de l'associé. Ainsi, la loyauté permettrait d'atténuer l'arbitraire engendré par la liberté de révocation et participerait ainsi à une meilleure sauvegarde des droits de l'administrateur général, du président directeur général et du président du conseil d'administration. Elle favoriserait la stabilité des critères d'appréciation judiciaire des décisions de révocation et d'éviter la variation des fondements jurisprudentiels du juste motif de révocation.

## ***2. La variation des fondements jurisprudentiels du juste motif de révocation***

**270. L'exigence de juste motif de révocation.** Le législateur de l'OHADA a prévu la révocation pour juste motif dans la plupart des cas de révocation des dirigeants sociaux. C'est notamment le cas des gérants de SARL, des gérants de la SCS et de ceux de la SNC. A ceux-ci se sont ajoutés lors de la révision de l'AUDSCGIE, d'autres dirigeants sociaux. Il s'agit du directeur général et du directeur général adjoint au sein de la SA. Si pour ces derniers, le principe reste celui de la libre révocation, la loi exige qu'elle soit décidée à la suite de juste motif. Cependant, l'absence de juste motif n'a pas pour conséquence la nullité de la décision de révocation ou la réintégration du dirigeant révoqué sans juste motif. Elle ne peut donner lieu qu'à l'obtention des dommages et intérêts. Néanmoins, le juge saisi d'un contentieux relatif à la révocation d'un dirigeant social doit apprécier le juste motif de la décision ayant conduit à ladite révocation<sup>780</sup>. En effet au cours des échanges, la société tentera de prouver qu'il y avait

<sup>779</sup> Périn (P.-L.), « L'affirmation du principe de loyauté dans la conduite de la révocation d'un dirigeant de SAS », *op. cit.*, p. 213.

<sup>780</sup> Un auteur a qualifié ce contrôle d'un « *contrôle à posteriori* ». V. Akam Akam (A.), « La cessation des fonctions des dirigeants des sociétés commerciales en droit Ohada », AFRILEX, Revue d'Études et de recherche sur le droit de l'administration dans les pays d'Afrique, disponible sur [www.efrilex.u-bordeau.fr](http://www.efrilex.u-bordeau.fr), consulté le 21/02/17.

juste motif, tandis que le dirigeant s'attellera à démontrer le contraire. Or, cette notion de juste motif ne va pas sans soulever de délicats problèmes pour le juge qui doit, non seulement constater l'existence du motif invoqué par le demandeur, mais aussi et surtout, apprécier si celui-ci est juste<sup>781</sup>. Cela pose le problème des critères d'appréciation judiciaire dans la mesure où le législateur ne s'y est pas prononcé. En effet, le juste motif est défini comme la raison de nature à justifier une décision<sup>782</sup>. L'adjectif « *juste* » paraît impliquer deux exigences essentielles dont le défaut de respect viderait de toute portée le dispositif protecteur institué par le législateur. Pour être juste, le motif mis en avant par les associés doit présenter un certain caractère de gravité compte tenu de l'importance de la mesure qu'il autorise. Il lui faut en outre satisfaire à une certaine objectivité<sup>783</sup>, c'est-à-dire reposer sur des faits précis, vérifiables par le juge<sup>784</sup>.

**271. Le critère objectif d'appréciation.** Le critère objectif d'appréciation permet au juge de rechercher le juste motif de révocation du dirigeant dans le comportement de ce dernier<sup>785</sup>. Ainsi, la faute du dirigeant dans l'accomplissement de ses fonctions est considérée par le juge comme un motif juste permettant la cessation involontaire des fonctions du dirigeant social. C'est à ce titre que les juges considèrent comme justes, les motifs de révocation liés au manquement par le dirigeant social à une obligation légale ou statutaire<sup>786</sup>. Le TGI du Mfoundi a, par jugement du 14 février 2005, décidé que le dirigeant qui « *depuis sa désignation n'a jamais personnellement posé aucun acte de sa fonction (...) se contentant de subdéléguer ses fonctions à des personnes inconnues de l'autre société* »<sup>787</sup>, a commis une faute justifiant sa révocation. De même, les dépenses injustifiées par le gérant<sup>788</sup>, le fait pour le gérant de faire une concurrence déloyale par société interposée à celle dont il a les intérêts en charge<sup>789</sup>, le refus persistant du gérant de convoquer l'assemblée générale annuelle<sup>790</sup>, sont autant d'actes

<sup>781</sup> Cf. Akam Akam (A.), « Sililoque sur un exemple d'incohérence en droit OHADA : la cessation des fonctions des dirigeants sociaux », *Harmattan*, 2009, p.125 et s.

<sup>782</sup> Cf. Cornu (G.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 589, V° *juste* n°2 motif.

<sup>783</sup> V. À ce sujet Baillod (R.), « Le « juste motif » de révocation des dirigeants sociaux », *RTD Com.*, *op. cit.*, p. 400. Selon cet auteur le double critère reconnu à la notion de juste motif est justifié dans la mesure où il permet au juge d'exclure de ce champ les raisons subjectives ou qui ne peuvent être contrôlées à l'instar de la perte de confiance avancée par les associés sans autre précision.

<sup>784</sup> V. Despax (M.) et Pelissier (J.), *La gestion du personnel ; Aspects juridiques*, Cujas, 2<sup>e</sup> éd., 1984, pp. 329 et s ; Javillier (J.C), *Droit du travail*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1981, n°341 et s.

<sup>785</sup> Meukeu (Y. B.), « Brèves réflexions sur la révocation des dirigeants sociaux dans l'espace Ohada », *op. cit.*, p.12 ; Merle (Ph.), « La révocation des mandataires sociaux », *op. cit.*, p. 11.

<sup>786</sup> CA, Poitiers, 29 août 2002, *Juris-Data* n°2002-187269 ; *Dr. Sociétés*, 2002, comm. 220, note Monnet (J.).

<sup>787</sup> TGI Mfoundi, jugement n° 274 du 14 févr. 2005, aff. WAGOUM ALAIN MARCEL C/ TCHEKOUNANG ACHILLE MARIE, Ohadata J-08-110, disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com). consulté le 30/09/1019.

<sup>788</sup> CA. Paris, 3<sup>e</sup> ch.com, 1 juil. 1995, n°93/23411, Rémi de Sarcicourt c/ SARL Ensinger France.

<sup>789</sup> CA Paris 6 nov. 1991, *Rev. sociétés*, 1992, p. 123, note Guyon (Y).

<sup>790</sup> CA Paris, 28 oct. 1980, *JCP G*, 1981, IV, P.393.

constituant des justes motifs de révocation. *A contrario*, les juges ont récemment décidé que l'interdiction de l'accès à l'entreprise sans raison légitime au gérant d'une SARL ne constituait pas un juste motif de révocation et ouvrait droit au paiement des dommages et intérêts<sup>791</sup>. Cependant, la jurisprudence ne s'est pas contentée de faire de la faute de gestion le seul motif de révocation du gérant, elle est allée plus loin en y associant dans certains cas, l'intérêt social.

**272. L'extension du critère d'appréciation du juste motif.** Par la conception extensive de l'appréciation du juste motif de révocation, le juge base son contrôle sur le seul intérêt social. C'est notamment le cas lorsque, « *la conjoncture économique, en provoquant la baisse d'activité de la société ou sa stagnation, oblige les associés à entreprendre la réorganisation de la société et pour ce faire à se séparer du dirigeant en place qui ne leur paraît plus être « l'homme de la situation »* »<sup>792</sup>. En effet, le mauvais fonctionnement de la société ou simplement le nouveau contexte sociétal ne permet plus de maintenir le dirigeant dans ses fonctions. Il peut s'agir de l'inaptitude de ce dernier à conduire la nouvelle politique sociale<sup>793</sup> ou du fait pour l'associé de dégrader l'image du groupe auprès des banques habituelles de ce dernier. De même, le juge admet comme juste motif, la mésentente entre le dirigeant social et l'actionnariat de nature à compromettre l'intérêt social et à mettre en danger la société<sup>794</sup>. Les juges rappellent que cette mésentente doit être d'une grande importance pour pouvoir justifier la révocation<sup>795</sup>. En réalité, lorsque la révocation est nécessaire pour la protection de l'intérêt social, les tribunaux la prononcent sans égard pour l'absence de faute.

**273. La critique de l'appréciation extensive du juste motif de révocation.** L'appréciation judiciaire du juste motif de révocation fondé sur l'intérêt social est très critiquée par la doctrine. Celle-ci fait valoir qu'en admettant ce critère de définition, la jurisprudence remet en cause la protection légale. Pour certains auteurs, il faut « *craindre qu'en faisant appel à un critère aussi subjectif, elle n'en vienne pas finalement à rendre la révocation des gérants de sociétés de*

<sup>791</sup> V. TR Niamey, ord. Référé du 22 oct. 2002, Ohadata J-04-80, disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté le 26/02/19.

<sup>792</sup> V. Akam Akam (A.), « La cessation des fonctions des dirigeants des sociétés commerciales en droit Ohada », *op. cit.*

<sup>793</sup> CA Paris, arrêt du 28 nov. 1998, *Dr. Sociétés*, 1999, comm. 42 ; plus récemment Cass. com., arrêt 3 mars 2015, *Rev. sociétés*, 2015, p. 518, note Reygrobelle. En l'espèce, la Cour a reconnu que le principe Peter peut être un juste motif de révocation du président, car « *tandis que la société, qui connaissait une forte croissance et une internationalisation liée à l'intégration de la société S., se devait de réorganiser sa structure, M. X...avait montré ses limites dans l'accompagnement de la croissance du nouvel ensemble...* ».

<sup>794</sup> CA Paris, 24 nov. 1998, *RJDA*, n° 7-1999, P. 641, n° 793 ; Cass. com., 10 févr. *op.cit.*

<sup>795</sup> Cass. com., 30 mai 1980, n° 78-15.032, *Bull. civ.*, IV, n°224.



*personnes ou de SARL discrétionnaire* »<sup>796</sup>. Cette critique ne semble pas retenir notre attention, c'est d'ailleurs pour cette raison que nous apprécions l'arrêt de la Cour d'appel de Paris rendu en date 13 novembre 2002<sup>797</sup>. En l'espèce, le juge a considéré comme juste motif, la révocation qui avait pour but « *de préserver les intérêts de la société dans les circonstances où la survie de celle-ci était en cause* », en dépit du non-respect des règles légales et statutaires de convocation de l'assemblée générale. En effet, c'est l'intérêt social qui oriente les décisions sociales, c'est ce même intérêt qui justifie l'intervention du juge dans la vie de la société commerciale. On ne comprend pas pourquoi, dans ce cas précis, le juge ne pourrait pas se fonder sur cet intérêt social pour apprécier la décision de révocation, car en cette matière, « *l'ordre prime la raison et ce qui compte, c'est que la chaîne de décision fonctionne* »<sup>798</sup>. A travers les nombreuses interventions judiciaires, on voit bien que la cause réelle de la révocation est l'atteinte à l'intérêt de la société, les fautes elles-mêmes étant retenues quand elles portent atteinte à l'intérêt social<sup>799</sup>. Même si l'on peut y voir une « *sorte de résolution pour inexécution* »<sup>800</sup>, il reste que la révocation est d'abord justifiée par l'intérêt social. Mais il est aussi important de préciser que l'intérêt social est méconnu par le comportement ou l'incapacité du gérant. La Cour de Cassation<sup>801</sup> prend position concrète dans l'arbitrage des relations entre les associés et les dirigeants d'une société. Elle juge en effet que l'arrêt est légalement justifié en ce que, ayant rappelé qu'il est du devoir d'un gérant de mettre en garde les associés contre les décisions qu'ils estiment devoir nuire à l'intérêt social, il a jugé que c'est ce à quoi s'était employé le gérant. Son attitude s'était traduite par des prises de position violentes. Loin de constituer une faute de gestion ou d'être de nature à compromettre l'intérêt social ou le fonctionnement de la société, elle montrait clairement que l'intéressé entendait préserver les intérêts de cette société contre les dérives de certains des associés qui poursuivaient un but personnel.

<sup>796</sup> V. Akam Akam (A.), « La cessation des fonctions des dirigeants des sociétés commerciales en droit Ohada », *op. cit.*, p. 17 ; Meukeu (Y. B.), « Brèves réflexions sur la révocation des dirigeants sociaux dans l'espace Ohada », *op. cit.*

<sup>797</sup> CA Paris, arrêt du 13 nov. 2002, *Dr. sociétés*, 2003, p. 24. Dans cette affaire, l'assemblée générale avait été convoquée par un associé non-gérant. En plus le délai de convocation de 15 jours de ladite assemblée n'avait pas été respecté.

<sup>798</sup> Cf. Pons (L.), « Point d'étape sur la révocation des dirigeants sociaux », *Dossier entreprise et expertise*, 10 juill. 2017, p.2.

<sup>799</sup> Cf. TGI Mfoundi, jugement du 14 févr. 2005, *op. cit.* Dans cette affaire, la révocation avait été implicitement décidée dans le but de protéger l'intérêt social, car le manquement du dirigeant social à ses obligations risquait d'entraîner de graves conséquences sur le fonctionnement normal de la société.

<sup>800</sup> Cf. Choukroum (C.), *Les droits des associés non-gérants dans la SARL*, thèse Paris, 1957, p. 189.

<sup>801</sup> Cass. com., 9 nov. 2010, n°09-71284 (FD) Scté un point Trois et a. c/ Mariotti.

**274.** Certes, il est possible que le comportement des dirigeants ait été, en l'espèce, assez proche d'un exercice abusif de leurs pouvoirs mais lorsqu'on connaît la prudence des juges appelés à trancher ce genre de litiges, la décision n'apparaît pas dépourvue d'intérêt. Les difficultés du contrôle judiciaire ne s'observent pas sur les seules causes de révocation des dirigeants. Le contrôle des décisions d'expropriation des droits sociaux des associés y est également concerné et fait l'objet de nombreuses limites.

## **§2. Les décisions mettant un terme à l'appartenance sociale**

**275. Le mutisme du droit de l'Ohada.** Il nous semble qu'aucune disposition dans l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales ne mentionne, expressément<sup>802</sup> la possibilité d'une expropriation forcée des droits sociaux<sup>803</sup>. Nous pensons qu'elle n'est pour autant pas interdite<sup>804</sup>, car le principe de la liberté des contrats<sup>805</sup> donne la possibilité aux associés de les prévoir statutairement. Le mutisme de la loi en France a été pendant longtemps source d'une controverse<sup>806</sup> en matière d'expropriation des associés. Face à cette controverse, la Cour de cassation, dans un arrêt<sup>807</sup> du 12 mars 1996, a pris position en proclamant l'interdiction de cette expropriation mais cette interdiction a été très vite remise en cause par la loi et par la jurisprudence<sup>808</sup>. Pour ces dernières, le droit de l'associé à demeurer dans la société n'est pas un droit absolu<sup>809</sup>. Les associés peuvent, de façon exceptionnelle, voire leurs droits expropriés

---

<sup>802</sup> L'AUDSCGIE prévoit implicitement l'exclusion d'un associé à l'art. 249 al. 1, 2 et 3. Il ressort de cet article que si l'associé dont le consentement a été vicié demande la nullité de la société, la société elle-même ou un autre associé peut demander auprès de la juridiction compétente le rachat des titres de cet associé.

<sup>803</sup> V. Njandeu (M.), « La figure polyvalente du « Squeeze out » : réflexion à partir du droit applicable dans l'espace Ohada », *RJO*, 2011, pp. 496 et s.

<sup>804</sup> La variabilité du capital admise à toutes les formes sociales par le législateur de l'Ohada nous semble être une porte ouverte à l'exclusion d'associés.

<sup>805</sup> La loi fait obligation aux associés de prévoir la clause de variabilité dans les statuts lors de la constitution de la société. V. Fénéon (A.), *Droit des sociétés en Afrique OHADA*, LGDJ, coll. Droits Africains, 2015, p.281, n° 745.

<sup>806</sup> V. Granotier (J.), « L'exclusion d'un associé : vers de nouveaux équilibres ? », *JCP G*, 2012, p. 653.

<sup>807</sup> Cass. com., 12 mars 1996, *Rev. Sociétés* 1996, p. 554. Dans cet arrêt la Cour de cassation a donné droit à la décision de la CA qui avait refusé l'exclusion judiciaire au motif qu'aucune « *disposition légale ne donne pouvoir à la juridiction saisie d'obliger l'associé qui demande la dissolution de la société (...) à céder ces parts à cette dernière et aux autres associés de les racheter* ».

<sup>808</sup> Au départ, l'exclusion des associés avait été admise implicitement par les juges. V. Cass. com., 13 déc. 1994, *JCP E*, 1995, p. 705, note Paclot (Y.). Ensuite de façon plus explicite, les juges ont reconnu aux associés la faculté de prévoir des clauses d'exclusion dans les statuts lors de la constitution de la société. V. Cass. com., 8 mars 2005, *Dalloz* 2005, p. 839, obs. Lienhard (A.)

<sup>809</sup> Cette idée est contraire à celle d'une partie de la doctrine qui pense que l'exclusion est contraire aux principes généraux de droit des associés et plus particulièrement au droit reconnu à tout associé de conserver cette qualité. Selon cette doctrine, : « *L'expropriation d'utilité privée ne paraît pas compatible avec les préoccupations extra-*

de la société dans les hypothèses légalement admises<sup>810</sup> ou alors par une clause statutaire<sup>811</sup>. Face à cette liberté contractuelle se pose la question de l'étendue du contrôle judiciaire. La référence à la jurisprudence française permet de constater que l'intervention du juge consiste à apprécier le caractère abusif de la décision d'exclusion des associés (A). Par ailleurs, cette intervention tend à affirmer le contrôle des spécificités de la clause d'éviction de l'associé (B).

### A. L'appréciation du caractère abusif de la décision d'exclusion des associés

**276. L'encadrement judiciaire de la force contractuelle.** L'exclusion est une mesure trop grave pour qu'elle puisse intervenir sans être motivée par un événement précis déterminé à l'avance ou bien être prononcée en dehors d'une procédure établie. Le contrôle judiciaire porte autant sur le fond que sur la forme<sup>812</sup> de la décision, car il s'agit d'un élément de moralisation indispensable. Ainsi, le juge contrôle aussi bien la réalité des motifs (1) invoqués par rapport aux prévisions de la clause que la régularité de la procédure (2).

#### 1. Le contrôle préalable du motif d'exclusion

**277. Le motif de l'exclusion.** L'exclusion d'associé ne peut être décidée par les associés que lorsqu'une clause d'exclusion existe dans les statuts<sup>813</sup>. *A priori*, les statuts doivent pouvoir comporter n'importe quel cas d'exclusion. Il peut s'agir des causes objectives telle que la perte de la qualité d'associé<sup>814</sup> ou des causes subjectives liées à la mésentente entre associés. Le principe de la liberté des conventions permet aux associés de prévoir l'exclusion dans toutes

---

*morales qui sont celles des sociétés et des associés* ». V. TC. Montpellier, 15 nov. 1991, *JCP* 1992, p.3651, note Viandier (A.) et Causain (J.J.).

<sup>810</sup> Dans les sociétés à capital variable par exemple, l'art. L231-6 du c.com., donne la possibilité aux anciens associés, lorsque de nouveaux associés entrent dans la société à la suite d'une variation de capital, de sortir volontairement par le retrait ou involontairement par l'exclusion. C'est le cas également lorsque l'incapacité ou le vice de consentement d'un associé risquent d'entraîner l'annulation de la société.

<sup>811</sup> Ceci n'est pas allé de soit pour la jurisprudence. Au départ, l'admission de la validité de telles clauses était implicite (Cass. com., 13 déc. 1994 *op. cit.*). Ce n'est que quelques mois plus tard qu'elles ont été expressément admises (cass. com., 8 mars 2005, *op. cit.* ; *JCP E* 2005, 1046, n°9, Obs. Caussain (J.J.), Deboissy (Fl.) et Wicker (G.) ; Cass. com., 20 mars 2012, n°11-10.855, *BRDA* 7/ 2012, n°1 ; *Dr. Sociétés*, 2012, n°77, obs. Hovasse (H.) ; *JCPE* 2012, 1310, note Mortier (R.).

<sup>812</sup> V. Cozian (M.), Viandier (A.), Deboissy (Fl.), *Droit des sociétés, op cit.*, p. 233 et s., n°534 et s.; Tommaso (C.), « Exclusion d'un associé : actualité jurisprudentielle et rappel du régime applicable », *Dr. des sociétés et association/fiscalité*, disponible sur <https://www.parabellum.pro>, consulté le 04/0/18.

<sup>813</sup> La clause d'exclusion peut être prévue par une convention extrastatutaire. Toutefois, pour qu'elle soit valable, les statuts doivent y faire une référence expresse et indiquer sa force obligatoire pour les associés.

<sup>814</sup> Cass. com., 29 sept. 2015, n°14-17.343, *RDJA*, 2/2016, n°127, *Rev. Sociétés*, 2016, note Ansault (J.J.) ; Cass. com., 9 mars 2017, n° 15-14.416, *BJS*, 2017, p. 374, note Ansault (J.J.).

les hypothèses qu'ils désirent. Mais cette liberté ne risque-t-elle pas d'aboutir à des abus ? L'exclusion trouvera-t-elle sa justification dans la seule convention, dans le seul fait que les associés l'auront prévue dans tel cas ? Rien n'empêcherait alors que les statuts stipulent l'exclusion même dans les hypothèses futiles où elle n'aurait aucune utilité. Si la convention est reine, si l'exclusion doit être juste seulement parce qu'elle est contractuelle, tous les excès seront permis. La clause d'exclusion consacrerait l'arbitraire en posant le principe de la souveraineté de l'autorité d'exclusion<sup>815</sup>. Alors, les tribunaux peuvent-ils se faire juges de la légitimité du cas d'exclusion ? Peuvent-ils procéder à la révision de la décision qui leur est soumise ? Il est clair que la détermination dans les statuts des événements qui ouvrent droit au rachat forcé des droits sociaux permet d'éviter les exclusions *ad nutum* ou « l'exclusion de pure convenance »<sup>816</sup>. C'est également le moyen d'éviter les décisions arbitraires, motivées par le seul désir d'écartier un associé gênant<sup>817</sup>, tandis qu'il doit être « utile mais surtout nécessaire »<sup>818</sup>. Cette précision dans les statuts des motifs de l'éviction est protectrice du consentement des associés et permet ainsi de valider la clause d'exclusion. Il appartient donc au juge de vérifier que l'exclusion n'est pas abusive. Le juge a ainsi cassé pour violation de la loi, un arrêt des juges du fond qui avaient refusé de se livrer à un contrôle de la gravité des motifs invoqués pour justifier l'exclusion et avaient donné effet à une clause statutaire écartant de façon explicite tout contrôle judiciaire sur le fond<sup>819</sup>.

**278. Le contrôle judiciaire des cas d'exclusion.** Pour être licite, l'exclusion statutaire doit être fondée sur des motifs objectifs dont la réalité ne doit prêter à aucune discussion. Il peut s'agir de la faute, le manquement de l'associé à ses obligations. La vie sociale impose une discipline qui implique une participation de tous allant dans un sens qui ne soit pas celui des intérêts égoïstes de chacun mais il est certain que le motif d'exclusion gagnera en légitimité s'il est fait référence à une obligation contenue expressément dans les statuts, cela évitant d'avoir à en faire la preuve. En effet, si l'on veut réduire les risques de contentieux et faire jouer pleinement le mécanisme de la liberté contractuelle, il convient non seulement que les motifs de l'exclusion soient prévus statutairement, mais encore que les obligations auxquelles

---

<sup>815</sup> La clause d'exclusion doit préciser l'organe compétent pour prononcer l'exclusion. V. Cass. Com., 20 mars 2012, n°11-10.855, *PB BDRA*, 7/2012, n°1, *Dr sociétés*, 2012, n°77, obs. Hovasse (H.).

<sup>816</sup> Cf. Michaluskas, « Les remèdes statutaires aux crises de la démocratie dans les associations », *Rev. sociétés*, 2001, p. 760 et s.

<sup>817</sup> CA Lyon 23 mai 1990, *Bull. Joly*, p. 662.

<sup>818</sup> Cf. Njandeu (M.), « La figure polyvalente du « Squeeze out » : réflexion à partir du droit applicable dans l'espace OHADA », *op. cit.*, p. 498

<sup>819</sup> Cass. com., 21 oct. 1997, *Bull. Joly sociétés*, 1998, p.40, note Le Cannu (P.) ; *Rév. Sociétés*, 1998, p. 99, obs. Saintourens (B.).

ils font référence soient elles aussi nettement définies. Plus le motif de l'exclusion sera vague, plus la mesure sera contestable. L'exclusion peut aussi être prononcée « *contre tout associé qui contrevient aux statuts ou aux conventions conclues entre lui et la société ou encore aux règlements intérieurs, contre celui qui se rend coupable d'un acte susceptible de nuire aux intérêts généraux des membres de la société* »<sup>820</sup>.

**279. Le contrôle judiciaire de la légitimité de l'exclusion.** Le contrôle judiciaire de la légitimité de l'exclusion n'est pas allé de soi. Au départ, les tribunaux refusaient toute intervention en limitant leur contrôle à la concordance entre les faits ou la situation invoquée et le cas d'exclusion prévu aux statuts et invoqué par la société. Les juges justifiaient cette prudence par le fait que la société jugeait souverainement l'intérêt que présente l'exclusion pour elle. Ils précisait également que la société n'avait pas à motiver sa décision. L'insuffisance d'un tel contrôle ne tarda pas à apparaître. Les tribunaux accrurent donc leur rôle mais de façon progressive. Ils admirent, tout d'abord, la nécessité de vérifier l'exactitude et la réalité des faits ou circonstances invoqués à l'appui de la décision d'exclusion, mais les tribunaux n'osaient pas pousser leur contrôle.

**280.** La timidité de la jurisprudence ne pouvait donc se justifier et c'est pourquoi, au fil des années, les juges se sont engagés vers la recherche de la nature abusive de la décision de révocation<sup>821</sup>. Pour les juges, le dispositif d'exclusion ne doit pas être attentatoire aux droits et libertés individuels. Et s'il ne l'est pas dans son principe, il peut l'être dans sa mise en œuvre. Lorsque la validité de la stipulation ne peut être contestée, c'est sur le terrain de l'abus que la décision d'exclusion pourra être sanctionnée. L'abus est alors le standard qui permet de contrôler les motifs de l'exclusion, contrôle que les juges de Cassation exigent des juges du fond<sup>822</sup>. Il doit être fondé sur l'intérêt social et l'ordre public.

**281. Un contrôle guidé par l'intérêt social et l'ordre public.** Le fondement du contrôle judiciaire n'est pas sans lien avec le contrat, bien évidemment, mais en réalité, c'est l'intérêt de la société et le préjudice éventuel dont elle aurait souffert ou risquerait de souffrir qui sont pris en considération par le juge. C'est donc la méconnaissance de l'intérêt social qui, dans l'esprit du juge, doit motiver l'exclusion. Si le rôle du juge n'est pas trop difficile quand la société justifie l'exclusion par un comportement préjudiciable de l'exclu, l'intervention

<sup>820</sup> CA Orléans, 26 sept. 1989, *Dr. Sociétés* 1990, n° 163, p.4

<sup>821</sup> CA Nîmes, 2<sup>e</sup> ch., sect. B, 4 mars 2010, SAS Cabinet Hudault c/ Hudault, JurisData n° 2010-015183.

<sup>822</sup> Cass. com., 21 oct. 1997, n°95613.891, SARL Wallerich Sports c/ SA La Hutte : jurisData n°1997-004136 ; *Bull. Joly Sociétés* 1998, p.40.

judiciaire se révèle plus délicate en présence de l'exclusion « *technique* »<sup>823</sup>. Le contrôle judiciaire par « *substitution* » est alors difficile à admettre. La décision d'exclusion étant une décision purement financière et technique, un contrôle judiciaire serait un contrôle d'opportunité de la mesure de la gestion. Toutefois, l'admission de cette difficulté n'empêche pas le juge d'exercer un contrôle sur les conditions procédurales de l'exclusion.

## ***2. Le contrôle judiciaire du respect des conditions procédurales de l'exclusion***

### **282. Les questions relatives à la protection judiciaire des droits de l'associé exclu.**

La protection judiciaire des droits de l'associé exclu fait couler beaucoup d'encre. Deux questions préalables méritent d'être posées. La première est celle de savoir si l'associé exclu doit participer au vote lors de l'adoption de la décision de son exclusion. La seconde, quant à elle, consiste à savoir si les associés doivent absolument notifier les motifs d'exclusion à l'associé exclu, et par ricochet, lui permettre de présenter ses moyens de défense. Relativement à l'intervention du juge, on pourrait se demander si ce dernier peut contrôler la conformité de la décision d'exclusion au principe lié à la protection des droits de l'associé exclu. Mieux encore, quelle sera son attitude face à une décision d'exclusion qui n'aurait pas respecté les conditions procédurales, mais qui serait conforme à l'intérêt de la société. Les développements suivants nous permettront d'avoir des axes de réponse.

**283. Le respect du principe du contradictoire.** Le contradictoire est un principe que les associés doivent respecter en cas d'exclusion d'associé. C'est-à-dire qu'ils doivent mettre l'associé exclu en mesure de se défendre. Le juge saisi doit vérifier que la procédure d'exclusion n'a pas été menée de façon abusive<sup>824</sup>. Cela lui impose de vérifier que l'associé exclu a été non seulement averti, mais également, mis en mesure de présenter ses observations sur les faits qui lui sont reprochés. Pour les juges, les moyens utilisés pour informer l'associé ne nécessitent aucune forme particulière, l'essentiel étant que l'associé ait la possibilité de se défendre. Les juges<sup>825</sup> ont rappelé dans une affaire que le non-respect du principe du contradictoire ne doit pas être retenu lorsque la mise en œuvre de la procédure prévue par une

<sup>823</sup> Le juge devra dans ce cas examiner les raisons financières et techniques ayant justifié l'exclusion avant de les écarter.

<sup>824</sup> Cass. com., 7 juillet 1992, *Rev. Sociétés*, 1993, p. 109. La cour confirma la décision de la Cour d'appel en précisant que : « *la décision litigieuse a été prise sans que la société Groupe léna ait été mise en mesure d'obtenir de l'assemblée des membres du groupement l'information à laquelle elle avait droit et de s'exprimer, c'est-à-dire dans les conditions abusives* ».

<sup>825</sup> Cass. com., 20 mars 2012, *Bull. Joly Sociétés*, 2012, § 311, p.538, note Lucas (F.-X.).

lettre qui précisait le motif de l'exclusion envisagée, ainsi que ses modalités, et qui l'invitait à présenter ses observations sur ces points, ont été notifiés à l'associé exclu.

**284. Le respect du droit de vote de l'associé exclu.** Réagissant à la question relative au droit de vote de l'associé exclu, la Cour de cassation dans un arrêt du 23 octobre 2007<sup>826</sup> et récemment dans un arrêt du 06 mai 2014<sup>827</sup>, a insisté sur le caractère d'ordre public du droit de vote de l'associé. Toutefois, la fin de l'année 2018 a été marquée par une nouvelle conception du droit de vote de l'associé exclu par la jurisprudence française<sup>828</sup>. Dans le premier cas, la Cour a rejeté la décision de la Cour d'appel en précisant que, s'il est vrai que les statuts d'une SAS peuvent prévoir qu'un associé peut être tenu de céder ces actions, « *ce texte n'autorise pas les statuts, lorsqu'ils subordonnent cette mesure à une décision collective des associés, à priver l'associé dont l'exclusion est proposée de son droit de participer à cette décision et de voter sur la proposition* ». Dans le second cas, la Cour de cassation a relevé que, la clause statutaire, qui prévoit que « *l'associé objet de la procédure d'exclusion ne peut prendre part au vote de la résolution relative à son exclusion et les calculs de (quorum) et de majorité sont faits sans tenir compte des voix dont il dispose* », est une clause réputée non écrite. Les juges fondent leur action sur l'article 1844-10, al. 2 du Code civil français qui dispose que « *toute clause statutaire contraire à une disposition impérative du présent titre, dont la violation n'est pas sanctionnée par la nullité de la société, est réputée non écrite* ». Cet article pose une règle impérative que l'on retrouve également dans l'AUDSCGIE. En effet, à l'article 53-4 le législateur prévoit le droit de chaque associé de participer au vote des décisions collectives, à moins que l'Acte uniforme n'en dispose autrement. En plus, l'article 54 al. 2 du même acte, considère réputée non écrite toute disposition contraire aux dispositions de l'article précédent. Ainsi, la clause écartant le droit de l'associé exclu à participer à la décision sociale objet de son exclusion, remettant en cause une loi impérative, est réputée non écrite. On comprend dès lors, l'intérêt que portent les juges au respect du droit de vote de l'associé exclu. Ainsi en présence de telles clauses, les juges de la Cour de cassation invitent ceux de la Cour d'appel à opérer un contrôle formel, celui de la conformité de la procédure d'exclusion à la loi. Toutefois, la position adoptée par les juges à ce sujet ne retient pas notre attention dans la mesure où elle ne tient pas en compte l'intérêt social.

<sup>826</sup> Cass. com., 23 octobre 2007, *Rev. Sociétés*, 2007, p. 814, note Le Cannu (P.).

<sup>827</sup> Cass. Com. 6 mai 2014, *Dalloz*, 2014, p. 1485, note Dondero (B.).

<sup>828</sup> Cf. Cass. com. 24 mars 2018, n°17-26.402. Selon cette conception, le droit de vote de l'associé est respecté dès lors que l'associé a été convoqué à l'assemblée générale et y a participé, même si sa voix n'a contribué à l'adoption de la décision qui l'a exclu.

**285. L'intérêt social méconnu.** Le contrôle judiciaire a pour conséquence d'assurer la protection des droits de l'associé au détriment de ceux de la société. L'intervention du juge ne tient pas compte de l'intérêt social qui devrait, selon nous, orienter le contrôle judiciaire et permettre au juge d'approuver telle ou telle procédure en fonction de l'intérêt social. Allant dans le même sens que la Cour d'appel, nous pensons que le droit des associés de participer aux décisions collectives n'est pas un principe absolu. Pour cette raison, il peut être remis en cause lorsque le comportement de l'associé ne justifie pas que son droit de vote soit exercé, ou encore lorsque l'intérêt de la société est menacé. Par conséquent, et au regard de la liberté contractuelle qui caractérise les SAS, il peut être reconnu aux associés de prévoir que « *l'associé susceptible d'être exclu ne participe pas au vote sur cette décision* ». Car, l'article 1844-10, al. 2° du Code civil français peut avoir pour conséquence d'empêcher que l'associé majoritaire ne puisse jamais être exclu. Ainsi, le juge pourrait être chargé d'apprécier la clause statutaire et vérifier qu'effectivement le principe du contradictoire a été respecté. À notre avis, l'associé exclu peut participer à l'assemblée sans exercer son droit de vote. C'est en effet ce que retient de plus en plus les juges en France. Dans une affaire du 24 mars 2018<sup>829</sup>, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par un associé exclu en relevant dans sa décision l'absence de contradiction entre la clause statutaire qui prévoyait l'exclusion de l'associé et les articles 1844 et 1844-10 du Code civil français. En effet, la Haute Juridiction souligne que l'absence de comptabilisation des voix de l'associé pour le vote de la décision de son exclusion ne constitue pas une violation de son droit de vote puisque l'associé dont il est question a été convoqué à l'assemblée générale et a pris part au vote. Dans le cadre de l'exclusion d'associé, le juge intervient pour rechercher le caractère abusif de la décision, tant dans ses motifs que dans sa procédure. Sa mission consistant à protéger l'intérêt social n'est pas toujours atteinte car la protection des intérêts des associés prend généralement le dessus. Toutefois, l'intervention judiciaire progresse vers l'affirmation du contrôle de la spécificité des clauses d'éviction de l'associé.

---

<sup>829</sup> Cass. com., 24 mars 2018, n°17-26.402.



## B. L'affirmation progressive du contrôle de la spécificité des clauses d'éviction de l'associé

**286. La différence entre l'exclusion et l'éviction de l'associé.** Si l'exclusion et l'éviction résultent toutes les deux d'une clause statutaire clairement agréée par les associés<sup>830</sup>, ces notions voisines ne renvoient pas à la même réalité. La doctrine, aidée en cela par les juges qui admettent implicitement l'éviction des associés<sup>831</sup>, a établi une différence entre la véritable exclusion et la simple éviction d'associé. Il ressort de ce travail que l'exclusion résulte de l'appréciation de comportements fautifs de l'associé tel l'exercice d'une activité concurrente<sup>832</sup>. En revanche, l'éviction quant à elle, repose sur des raisons objectives dont la survenance peut être préjudiciable à la société ou aux autres associés. Il peut s'agir de la perte de la qualité de salarié de l'associé exclu. Dans un arrêt du 29 septembre 2015<sup>833</sup>, la Cour d'appel approuvée par la Cour de cassation, a jugé que l'éviction qui présente un caractère automatique ne peut être confondue avec la clause d'exclusion telle qu'elle est prévue par les statuts. En l'espèce, la clause contenue à l'article 15-1 des statuts de la société Socotec prévoyait que la qualité d'actionnaire était liée à celle de salarié. Par conséquent, la fin du contrat de travail d'un associé entraînait sa sortie automatique de la société. Mr X. Salarié de cette société, à qui fut opposée cette clause à la suite de sa retraite, considéra qu'il s'agissait d'une exclusion. Il justifia sa position par le fait que son éviction avait été précédée d'une lettre de la société lui demandant s'il souhaitait conserver sa qualité d'actionnaire après la cessation de son activité professionnelle. Mais, ladite lettre précisait que ce souhait ne pouvait produire ses effets qu'à la suite de l'autorisation du conseil d'administration. La Cour de cassation saisie de cette affaire, rejeta la demande de Mr. X aux mêmes motifs que ceux évoqués par la Cour d'appel à savoir « *qu'après avoir constaté qu'il résulte de l'article 15-1 des statuts de la société Socotec que tout actionnaire qui cesse d'être salarié de celle-ci perd dès ce moment sa qualité d'actionnaire, (...) Mr. X ne pouvait ignorer la précarité de sa qualité d'actionnaire et avait, en conséquence, accepté le principe de son éviction à son départ de la société* ». Les arguments évoqués par la Cour témoignent d'une absence de contrôle des motifs de l'éviction, et des

---

<sup>830</sup> V. Cass. com., 29 sept. 2015, *Rev. Sociétés* 2016, p. 228, note Ansault (J.-J.). L'auteur relève les points de similitudes entre l'éviction et l'exclusion en précisant que : « *certes, à l'instar d'une clause d'exclusion, l'efficacité d'une disposition statutaire d'éviction suppose non seulement que son objet soit rédigé de manière suffisamment précise (...) mais aussi qu'elle ait été acceptée par le sujet de droit concerné* ».

<sup>831</sup> Cf. Ansault (J.J), « Vers la reconnaissance affirmée des spécificités de la clause d'éviction », *Bull. Joly Sociétés*, 2017, n°6, p. 374 ; Ansault (J.J), « La consécration discrète de la clause statutaire d'éviction », *Rev. Sociétés*, 2016, p.228.

<sup>832</sup> V. Cass. com., 13 juill. 2013, *Bull. Joly Sociétés*, 2013, p.636, note Poracchia (D.).

<sup>833</sup> Cass. com., 29 sept. 2015, *Bull. Joly sociétés* 2015, n°2, p.629, note Dondero (B.).

éléments de sa procédure tels que prévus dans le cadre de l'exclusion. En principe, la perte de la qualité de salarié est un élément objectif, aisément contrôlable, d'où le refus de toute appréciation judiciaire, et l'absence d'abus<sup>834</sup> dans la décision du conseil d'administration<sup>835</sup>. A la suite du constat de la réalisation de cet élément objectif, la clause d'éviction a vocation à produire des effets de droits qui trouvent leur justification dans la nature contractuelle de la société.

**287. Le respect de la clause d'éviction.** Selon cet arrêt, lorsque l'expropriation des droits d'associé se font par éviction, le juge se limite au contrôle de la conformité de la décision d'éviction à la clause statutaire<sup>836</sup>. Cette limite est clairement précisée dans un attendu de l'arrêt en ces termes « *cette éviction, qui présente un caractère automatique, ne peut être confondue avec la clause d'exclusion* ». Ainsi, les juges reconnaissent le caractère contraignant de certaines clauses statutaires notamment celles relatives à l'éviction des associés. Il s'agit pour le juge de respecter la volonté exprimée par les associés et surtout de permettre son application. La position des juges dans cette affaire vient remettre en cause la solution adoptée quelques années en arrière par la Cour d'appel de Nîmes dans un arrêt du 4 mars 2010<sup>837</sup>. En l'espèce, les juges avaient qualifié d'abusive la décision d'exclusion d'un associé au motif que les clauses statutaires d'exclusion portaient atteinte aux droits et libertés des associés. Si la mesure adoptée par les juges le 2 septembre 2015 participe de la sauvegarde des clauses contractuelles, elle n'est pas dénuée de tout risque.

**288. Un risque pour la société.** L'amointrissement des pouvoirs de contrôle judiciaire en matière d'éviction suscite quelques interrogations. Quelle sera l'attitude du juge face à une décision d'éviction contestée, à raison de la provocation par un associé de la réalisation de l'événement objectif, cause de l'éviction ? De même, le juge pourra-t-il contrôler l'abus de la

---

<sup>834</sup> L'absence de reconnaissance judiciaire d'abus dans la décision du conseil d'administration vient remettre en cause la position adoptée par la Cour dans un arrêt. Cette Cour soutenait que même en présence d'une clause d'éviction, le principe du contradictoire devrait être respecté. Dans l'arrêt, elle justifiait la réalisation de cette procédure par le fait qu'une lettre qui précisait le motif de l'exclusion, ainsi que ses modalités avait été notifiée à l'associé exclu. En plus, cette lettre invitait ce dernier à présenter ses observations sur ces points. Cass. com., 20 mars 2012, *Bull. Joly Sociétés*, 2012, p. 538, note Lucas (F.-X.)

<sup>835</sup> Le conseil d'administration n'a fait qu'appliquer les clauses statutaires en organisant la sortie de Mr. X de la société.

<sup>836</sup> Cass. com., 29 septembre 2015, *op. cit.*, l'auteur relève cette fois que « *la phase contentieuse offre au juge la possibilité d'apprécier la réalité du fondement qui conduira l'associé à quitter la structure, l'intensité de son contrôle différera selon qu'il qualifiera « d'éviction » ou « d'exclusion » la clause soumise à son examen* ».

<sup>837</sup> Roussille (M.), « Exclusion d'un associé », *Dr. Sociétés*, 2010, p. 27, note CA de Nîme, 2<sup>e</sup> chre sect. B, 4 mars 2010.

décision d'éviction si celle-ci s'avère préjudiciable pour la société<sup>838</sup> ? Le contrôle formel de la clause d'éviction représente un danger pour la société car de nombreux abus ne risquent pas d'être sanctionnés. Ainsi, constitue un abus, le refus du conseil d'administration, d'accéder à la demande de l'associé de demeurer dans la société alors même que son absence dans la société est préjudiciable au bon fonctionnement de celle-ci. C'est pour empêcher de prendre ce risque qu'un auteur a pensé que « *la clause litigieuse soit qualifiée de clause d'exclusion ou de clause d'éviction, le juge pourrait être amené à contrôler le caractère licite de celle-ci tant au regard de l'intérêt social qu'à l'aune de l'existence d'une contrepartie pécuniaire réelle à la cession forcée des titres* ». L'intérêt social étant la boussole du contrôle judiciaire, il serait judicieux que le contrôle du juge porte sur la conformité de la décision d'éviction à cet intérêt social. L'abus pourrait servir de fondement à son intervention. Ainsi, le juge pourrait rechercher dans la décision d'éviction l'existence d'un abus, au regard de l'intérêt social<sup>839</sup>.

---

<sup>838</sup> Cf. CA Paris, 7 sept. 2010, *Bull. Joly*, 2011, p. 125, note Lucas (F. X.). Dans le cas d'espèce, la clause statutaire adoptée par les associés prévoyait la cession comme conséquence de la rupture du contrat de travail, le juge saisi du contentieux lié à la mise en œuvre de cette clause décida que « *la situation juridique est susceptible de se présenter sous un tout autre jour si le licenciement est jugé sans cause réelle et sérieuse* ».

<sup>839</sup> Cf. Ansault (J.-J.), « Les clauses statutaires d'exclusion à l'aune de la liberté contractuelle », *Journ. Sociétés*, 2012, n° 104, p. 33 et s.

## Conclusion du chapitre 1

**289.** En droit des sociétés commerciales, le contrôle judiciaire des actes sociaux est limité à la recherche de la nature abusive des actes contestés. C'est ainsi que le législateur, aidé en cela par le juge, a créé de nombreuses hypothèses d'abus de droit en droit des sociétés. Il s'agit notamment de l'abus de droit de vote, de l'abus de droit dans le cadre de la révocation des acteurs sociaux. Concernant certaines décisions collectives par exemple et conformément à l'article 130 al.1 de l'AUDSCGIE, les juges annulent les délibérations qui ont méconnu les droits légitimes des associés minoritaires ou lorsqu'elles ont été prises dans le seul intérêt des associés majoritaires. Il en est de même pour les actes des dirigeants sociaux où le rôle du juge consiste à rechercher si l'acte du dirigeant social contesté a été pris dans son intérêt personnel. Par ailleurs, lorsque le contrôle judiciaire porte sur une décision entraînant l'éviction des acteurs sociaux, le juge se limite à vérifier l'existence d'irrégularités procédurales. Il cherche à établir le non-respect des conditions de mise en œuvre de la décision contestée et l'atteinte aux droits et libertés des acteurs évincés dont elle serait l'objet. Or, ce contrôle relève plus d'un contrôle d'ordre subjectif que d'un contrôle d'ordre objectif qui protégerait en priorité l'intérêt social et serait mieux adapté à l'environnement sociétaire. Une telle intervention judiciaire cantonne le pouvoir d'appréciation du juge à la légalité de l'acte contesté.

## Chapitre 2. Un contrôle cantonné à la légalité des actes sociaux

**290. Le contrôle classique des actes sociaux.** De manière générale, lorsque le juge est saisi d'un contentieux né des actes sociaux, il a l'obligation de trancher le litige en appliquant le droit<sup>840</sup> et de censurer les actes qui sont irréguliers pour manque de base légale. En droit des sociétés, le donné économique comme objet du contrôle judiciaire a changé ces idées simples en renforçant la nature du contrôle que le juge exerce sur les actes sociaux. Cependant, le renforcement de la nature du contrôle judiciaire ne s'éloigne pas du contrôle de la légalité car, en réalité dans ce cas, le juge recherche les intentions et les mobiles de son auteur. Il en est ainsi par exemple lorsque le contrôle judiciaire porte sur une délibération contestée pour abus de majorité, de minorité ou d'égalité. Le juge va vérifier si la délibération attaquée a été prise dans le seul intérêt de l'auteur de l'acte et contrairement à l'intérêt social. En l'espèce, autant l'établissement ou non du caractère irrégulier de l'acte que l'appréciation de la conformité de l'acte à l'intérêt social participent du contrôle de la légalité<sup>841</sup>. C'est le même mécanisme qui joue lorsque le juge est appelé à apprécier l'intérêt de la famille ou l'intérêt de l'enfant. Le contrôle des motifs n'étant pas incompatible avec un simple contrôle de la légalité<sup>842</sup>, il ne peut être question d'un contrôle d'opportunité. Cela semble se justifier par le fait que l'opportunité des actes sociaux ne peut être connue par l'autorité judiciaire puisqu'à *priori*, le juge n'a pas le pouvoir de rechercher s'il existe une disproportion excessive entre les faits et l'acte pris. En effet, le contrôle de légalité est le propre de la fonction de dire le droit<sup>843</sup>, ce qui suppose un « *recol* », une « *neutralité* » de la part du juge<sup>844</sup>. Or, cette technique d'intervention judiciaire ne tient pas compte de la spécificité de l'environnement sociétaire. C'est un contrôle d'ordre subjectif qui ne cadre pas avec l'« *objectivisation* » croissante de la gestion sociale. Ce contrôle de la légalité des actes sociaux, dont il convient de présenter les contours (Section 1), est

---

<sup>840</sup> Cette obligation est née d'une vieille tradition romaine. V. Carbasse (J.M.), « Le juge entre la loi et la justice : approches médiévales », in *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Carbasse (J.-M.) et Depambour-Tarride (L.), dir., PUF, 1999, p. 76.

<sup>841</sup> En usant de la technique de contrôle de la conformité de l'acte à la loi, le juge satisfait une obligation légale. En revanche, en recourant à la technique de contrôle de la conformité de l'acte à l'intérêt social, il s'emploie à rendre effective une démarche prétorienne.

<sup>842</sup> Cf. Azencot (M.), *L'intervention du juge dans la gestion des sociétés commerciales*, thèse Paris II, p. 50.

<sup>843</sup> Cf. COLSON (R.), *La fonction de juger. Etude historique et positive*, thèse d'Auvergne, PUCF-LGDJ, coll. Fondation Varenne, 2006, préface de Cadiet (L), p. 67 et s. n° 142 et s. Préface de Cadiet (L.).

<sup>844</sup> Le législateur de l'OHADA n'a pas l'ambition de faire du juge un organe qui va s'impliquer dans la gestion de la société.

inadapté au droit des sociétés et nécessite d'être renforcé par un contrôle de l'opportunité des actes sociaux (Section 2).

## Section 1. Les contours du contrôle judiciaire de la légalité

**291. La soumission du juge aux textes.** Le contrôle de la légalité peut être défini comme un mécanisme permettant de vérifier la conformité d'une décision, d'une situation ou d'un comportement à une norme<sup>845</sup>. Cette technique de contrôle est clairement posée par le législateur au sein de la communauté. Ainsi, une lecture attentive de certaines dispositions<sup>846</sup> de l'AUDSCGIE permet de constater que le juge, saisi d'un contentieux opposant les organes sociaux, doit avoir conscience des exigences impératives des textes qu'il doit scrupuleusement respecter<sup>847</sup>. En effet, le contrôle de la légalité des actes sociaux est l'occasion pour le juge de vérifier que les mobiles qui soutiennent ces actes ont respecté les règles qui s'imposent à eux, c'est-à-dire qu'ils ont été adoptés sur la base des textes. Ainsi l'acte, bien qu'inopportun pour la stabilité de l'environnement social, sera inattaquable dès lors que le motif invoqué par son auteur sera exempt de toute intention frauduleuse ou malveillante. En plus, les dispositions de ces textes qui s'imposent à la connaissance du juge sont nombreuses et très souvent constituées de règles abondantes, diverses et pour certaines complexes, instables et évolutives<sup>848</sup>, ce qui rend la tâche du juge ardue. La présentation du contenu de la technique légale de contrôle des actes sociaux (§1) nous permettra de déceler les difficultés de sa mise en œuvre en droit des sociétés (§2).

---

<sup>845</sup> Cornu (G.), dir., *Vocabulaire juridique, Vocabulaire juridique*, Ass. Henri Capitant, PUF, 13<sup>e</sup> 2020, p. 263, V<sup>o</sup> *contrôle*. En droit administratif, c'est une procédure par laquelle le représentant de l'État s'assure de la conformité à la loi des actes pris par les collectivités territoriales décentralisées et certains établissements publics.

<sup>846</sup> Il s'agit notamment de l'obligation liée à l'information les associés sur la tenue des assemblées dans les SA (cf. art. 516 et s.), sur la gestion et la situation financière de l'entreprise (cf. art. 137 et s.). Il peut être également question de l'obligation de communiquer les documents sociaux dans les SA (art. 525 et s.).

<sup>847</sup> Cf. *infra* n° 520.

<sup>848</sup> C'est le cas de l'Acte uniforme OHADA portant droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique qui, à peine entré en vigueur en 1997, a fait l'objet de révision cinq années plus tard.

## §1. Le contenu de la technique légale de contrôle des actes sociaux

**292. La dualité des techniques de contrôle de la légalité.** Le contrôle judiciaire de la légalité des actes sociaux exige que le juge s'assure du respect des règles de droit applicables aux sociétés commerciales en droit de l'OHADA<sup>849</sup>. Ainsi, lorsqu'il intervient au sein des sociétés commerciales, il ne peut arbitrer les intérêts divergents des acteurs sociaux contenus dans les actes sociaux que, principalement, sur la base de l'AUDSCGIE : il s'agit de l'obligation judiciaire de dire le droit (A). En outre, lorsque les dispositions de cet acte uniforme sont obscures ou incomplètes, la loi lui donne la possibilité de procéder à leur clarification ou de les compléter. Ainsi dans sa mission de contrôle de la légalité des actes sociaux contestés, le juge fixe le droit par vocation (B) puisqu'il est appelé à exercer une mission particulière.

### A. L'obligation judiciaire de dire le droit

**293. Spécificité.** L'obligation judiciaire de dire le droit est une technique légale de contrôle des actes tirée du droit commun des contrats (1). La spécificité de cette technique légale de contrôle réside dans le fait qu'elle est soumise à la floraison de nombreuses interdictions propres au droit des sociétés commerciales en droit de l'OHADA (2).

#### *1. Une technique de contrôle tirée du droit commun des contrats*

**294. L'origine du principe.** Au sein des sociétés commerciales, le juge doit juger les contentieux dont il est saisi selon la loi. Ce principe date de la naissance du droit Romain au milieu du moyen âge<sup>850</sup>. A cette époque, l'obligation du juge était déjà définie en des termes très clairs. Le juge devait régler les litiges selon les lois, autrement dit, conformément au droit existant<sup>851</sup>. En plus, cette contrainte mettait à sa charge une obligation supplémentaire qui

---

<sup>849</sup> Cette obligation participe de sa mission qui consiste à l'application effective et uniforme des Actes uniformes. Cf. art. 10 du Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique révisé le 17 octobre 2008 et entré en vigueur le 21 mars 2010.

<sup>850</sup> Les juges étaient considérés comme « *la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni le force ni la rigueur* ». V. Montesquieu (C.-L.), *De l'esprit des lois*, Paris, 1748, Gallimard, 1970, note 22, XI, 6, p. 182.

<sup>851</sup> Carbasse (J.-M.), « Le juge entre la loi et la justice : approches médiévales », *op. cit.* p. 78.

voulait que les jugements soient « *legibus fundata* »<sup>852</sup>. L'obligation judiciaire de dire le droit est un principe qui a connu un grand succès puisqu'il a été repris non seulement par de nombreuses législations mais également par la jurisprudence. Le nouveau code de procédure civile français, par exemple, proclame que le juge doit trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables<sup>853</sup>. Par ailleurs, la Cour Européenne des droits de l'homme a pris soin de rappeler dans une affaire, qu'un Tribunal dans son rôle juridictionnel, doit « *trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence* »<sup>854</sup>. La constitution de la République du Cameroun<sup>855</sup>, quant à elle, précise que les fonctions juridictionnelles des magistrats du siège ne relèvent que de la loi et de leur conscience<sup>856</sup>.

**295. La requalification judiciaire des faits.** En droit des sociétés commerciales, le rôle du juge n'a pas fondamentalement changé. Il doit appliquer la règle de droit applicable au contentieux<sup>857</sup>. Le contrôle judiciaire de la légalité des actes contestés peut être une occasion pour le juge de requalifier les prétentions des parties puisque sa mission consiste à « *donner ou restituer leur exacte qualification (...) aux actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties lui ont proposée* »<sup>858</sup>. En effet, cette obligation empêche le juge d'être contraint par la qualification apportée par les parties<sup>859</sup>, exception faite des cas dans lesquels les parties ont expressément lié le juge par « *les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat* »<sup>860</sup>. C'est également le cas lorsque celles-ci veulent que le juge statue en amiable compositeur<sup>861</sup>. La requalification de l'objet du litige ne doit pas porter atteinte à l'objet économique et social recherché par les parties. Son but est de déterminer le souhait mal exprimé de l'auteur de la demande. Toutefois, en dépit de l'intérêt que présente cette démarche judiciaire, sa réalisation pourrait entraîner de nombreuses conséquences sur le plan pratique.

<sup>852</sup> V. Ourliac (P.), « L'office du juge dans le droit canonique classique », in *mélanges offerts à Hébraud (P.)*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 635.

<sup>853</sup> Cf. art. 12 al. 1<sup>er</sup> nouveau code de procédure civil français.

<sup>854</sup> V. CEDH, 29 avril 1988, aff. Belillos, rec§64.27 août 1991 ; Aff. Demicoll, rec§39.

<sup>855</sup> Cf. art. 37 al.2 de la constitution Camerounaise entrée en vigueur le 18 janvier 1996.

<sup>856</sup> Cette disposition est conforme à l'article 5 du décret n°95/048 du 08 mars 1995 portant statut de la magistrature qui énonce : « *Les magistrats du siège ne relèvent dans leurs fonctions juridictionnelles que de la seule loi et de leur conscience* ».

<sup>857</sup> Cadiet (L.), Normand (J.) et Amrani-Mekki (S.), *Théorie générale du procès*, PUF, 2<sup>e</sup> éd, coll. Themis droit, 2013, *op. cit.*

<sup>858</sup> Friceron (N.) et Julien (P.), *Procédure civile*, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd., coll. Manuel, 2014, p. 121, n°

<sup>859</sup> En France, la Haute juridiction a donné droit à la décision des juges de fonds qui avaient substitué une demande d'annulation d'un contrat en une résolution. La Cour a relevé que ladite substitution ne modifiait pas l'objet du litige. V. Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 16 avr. 1991, *RTD civ.*, 1992, p. 175, obs. Normand (J.).

<sup>860</sup> Cf. art. 12 al. 3 du nouveau code de procédure civil français.

<sup>861</sup> Cf. art. 12 al. 4 du nouveau code de procédure civil français.



Elle pourrait, par exemple, empêcher les parties de mettre en œuvre un nouveau procès en faisant prévaloir pour la première fois un fondement juridique. Allant dans le même sens qu'un auteur, il s'agit simplement d'« *une loterie avec un risque d'atteinte à l'égalité qui a été dénoncé* »<sup>862</sup> qui pourrait trouver une solution grâce à l'interdiction faite au juge de soulever d'office les moyens de droit.

**296. L'interdiction de soulever d'office les moyens de droit.** Si le juge peut requalifier les faits, il ne peut pas soulever d'office un moyen de droit<sup>863</sup>, exception faite des cas dans lesquels la loi les lui autorise expressément<sup>864</sup>. En effet, c'est aux parties qu'il revient de présenter les moyens<sup>865</sup> qu'elles font valoir au soutien de leurs prétentions. *A contrario*, lorsque les parties n'ont pas rempli cette obligation, le juge doit « *relever d'office les moyens de droit qui lui paraissent applicables au litige, que ces moyens soient d'ordre public ou qu'ils ne le soient pas* »<sup>866</sup>. Pour ce faire, le juge doit inviter les parties au litige à en discuter au cours d'un débat contradictoire. C'est notamment le cas en matière de révocation du dirigeant social où le juge impose aux organes ayant pris la décision de révoquer leur dirigeant social d'observer le *principe du contradictoire*<sup>867</sup>. En dépit de la contestation de cette position jurisprudentielle par une partie de la doctrine<sup>868</sup>, cette obligation nous paraît logique dans la mesure où, la mission du juge est d'appliquer le droit qu'il doit aux parties. Même s'il lui est permis dans certaines hypothèses de relever d'office les moyens de droit, il ne peut le faire en recourant à des moyens de droit nouveaux<sup>869</sup>. Le respect de cette obligation témoigne de la référence exclusive du juge au droit.

<sup>862</sup> Croze (H.), « Le juge doit-il dire le droit ? », in *Mélanges Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 230, n°15.

<sup>863</sup> Cette interdiction a été rappelée aux juges dans une affaire en ces termes : « *si, parmi les principes directeurs du procès, l'article 12 du nouveau code de procédure oblige le juge à donner ou à restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes* ».

<sup>864</sup> Il s'agit notamment des cas dans lesquels le moyen relevé est de pur droit, ou lorsque la règle soulevée d'office est une règle d'ordre public. Dans ce dernier cas V. Cass. civ. Ch. mixte, arrêt n°1525651 du 7 juill. 2017, disponible sur <https://www.dictionnaire-juridique.com>, consulté le 13/02/19. « *Sauf règles particulières, si le juge n'a pas, l'obligation de changer de fondement juridique des demandes dont il est saisi, il est tenu, lorsque les faits le justifient, de faire application des règles d'ordre public issues du droit de l'Union européenne, telle la responsabilité du fait des produits défectueux, même si le demandeur ne les a pas invoquée* ».

<sup>865</sup> Cette mesure est obligatoire en matière d'assignation.

<sup>866</sup> Cadiet (L.) et Jeuland (E.), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 8<sup>e</sup> éd., coll. Manuel, 2013, p. 435, n° 548.

<sup>867</sup> Cass. com., 26 avr. 1994, *Rev. sociétés*, 1994, 725, note Cohen (D.) ; Gordon (L.), « Le président de SAS en instance de révocation est-il protégé par le principe du contradictoire ? », note sous Versailles, 5 juin 2003, *Rév. Sociétés*, 2004, p. 108.

<sup>868</sup> La partie de la doctrine qui conteste le respect du principe du contradictoire justifie sa position par le fait que ce principe est contraire à la loi puisqu'il remet en cause le droit de révocation *ad nutum*. Cf. *Infra* n°.....chapitre 2 sur le contrôle judiciaire des décisions de révocation des dirigeants sociaux

<sup>869</sup> Croze (H.), « Le juge doit-il dire le droit ? », *op. cit.*, p. 230, n°12.

**297. La référence exclusive au droit.** La référence exclusive soumet le juge à deux obligations parfois contradictoires. D'un côté, il lui est permis de requalifier les faits invoqués par les parties. De l'autre côté, il lui est interdit de relever d'office un moyen de droit. Or, cela paraît illogique, que dans sa mission de requalification des faits, le juge ne soit pas tenté de recourir à de nouveaux moyens de droit. Alors, « *la voie semble désormais ouverte à l'arbitraire du juge, à qui loisir est laissé de changer ou non de fondement juridique à la demande, de soulever ou non d'office une règle de droit* »<sup>870</sup>.

**298. L'obligation judiciaire de motiver sa décision.** L'obligation de juger conformément à la loi s'accompagne de l'exigence pour le juge de motiver sa décision. Cette obligation résulte de l'article 6 §1 de la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Celle-ci a été reprise par la loi n°2006/15 du 29 décembre 2006 portant organisation judiciaire au Cameroun<sup>871</sup>. La motivation de la décision est une condition de forme, essentielle de la légalité de la décision, car elle « *exprime une fonction essentielle du procès* »<sup>872</sup>. Il s'agit pour le juge de présenter dans sa décision l'ensemble des raisons de fait ou de droit sur lesquelles celle-ci est fondée. L'apparence de motivation<sup>873</sup> ou l'existence de motif « *surabondant* »<sup>874</sup> peut faire peser un doute sur l'impartialité de la juridiction. Dans une affaire du 23 mars 2010, la Cour de cassation a rejeté la décision de la Cour d'appel au motif que cette dernière avait violé l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés et les articles 455 et 458 du code de procédure civile. En effet, « *l'arrêt se borne au titre de sa motivation à reproduire sur tous les points en litige les conclusions d'appel de la société Synea* ». Cet arrêt témoigne par là le manque d'objectivité du juge dont la conséquence est la remise en cause de son pouvoir de contrôle. Or, les parties se tournent vers lui parce qu'elles croient en son impartialité<sup>875</sup> ainsi qu'au caractère objectif de ses décisions qui lui sont imposées non seulement par le droit

<sup>870</sup> Croze (H.), « Le juge doit-il dire le droit ? », *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural au légalisme processuel. In Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, Dalloz, 2010, p. 230, n°12.

<sup>871</sup> V. l'art. 7 de cette loi qui dispose que « toute disposition judiciaire est motivée en fait et en droit. L'inobservation de la présente disposition entraîne nullité d'ordre public de la décision ».

<sup>872</sup> V. Alonso (C.), « La motivation des décisions juridictionnelles : exigence (s) du droit au procès équitable », *in Actes du colloque de l'IFR, sur le Regards sur le droit au procès équitable*, Benjamin (L.) et Mezaguer (M.) dir., LGDJ, 2012, p. 137.

<sup>873</sup> V. Cass. com., 23 mars 2010, disponible sur <https://www.dictionnaire-juridique.com>, consulté le 13/02/19.

<sup>874</sup> Un motif est « *surabondant* » lorsque, « *les raisons déjà évoquées par le Tribunal ou par la Cour pour étayer leur décision étaient suffisantes et que ce motif n'ajoute rien au raisonnement aboutissant à cette décision* ». Cf. Cass. civ., 22 janv. 2003, BICC n°578 du 1<sup>er</sup> juin 2003.

<sup>875</sup> Sur l'impartialité du juge V. Némotz-Rajot (Q.), *Les interventions judiciaires spécifiques au droit des sociétés in bonis*, thèse Lyon III, 2015, p. 21, n°10.

commun des contrats mais également les nombreuses interdictions propres au droit des sociétés commerciales.

## *2. Une technique soumise à la floraison d'interdictions*

**299. La spécificité des dispositions en droit des sociétés de l'OHADA.** Le droit des sociétés commerciales de l'OHADA est assorti de nombreuses interdictions<sup>876</sup>. A titre d'exemple, l'article 2 de l'AUDSCGIE précise que le caractère d'ordre public est, en grande partie, attaché aux dispositions dudit acte à l'exception des cas où la loi prévoit expressément des dispositions contraires<sup>877</sup>. Les dispositions contraires dont il s'agit, en l'occurrence, sont les cas dans lesquels la loi autorise les associés à substituer les clauses statutaires aux dispositions du présent acte ou à les compléter par des clauses statutaires<sup>878</sup>. Celles-ci, au même titre que les dispositions d'ordre public<sup>879</sup>, s'imposent à tous les acteurs sociaux et concernent toutes les formes sociales<sup>880</sup> puisqu'elles sont des règles sociétaires. Par ailleurs, ces dispositions encadrent le pouvoir d'intervention du juge au sein des sociétés commerciales dans l'objectif de rendre effectif l'application uniforme du droit des sociétés. Ainsi, le juge est soumis non seulement aux contraintes de l'ordre public sociétaire (a) mais aussi à celles de l'ordre public contractuel (b).

---

<sup>876</sup> Aux côtés des dispositions d'ordre public prévues par l'article 2 de l'AUDSCGIE, l'article 9 al. 1<sup>er</sup> du même acte pose le principe général de l'abrogation des dispositions contraires à celles de cet acte uniforme.

<sup>877</sup> Cf. art. 2 al. 1 *in fine* de l'AUDSCGIE.

<sup>878</sup> Avant la révision de l'AUDSCGIE de 2014, un auteur soutenait que cette solution n'était pas très conforme à la récente évolution du droit des sociétés. Car disait-il « *Dans notre monde moderne, sous la pression des nécessités économiques, l'accord est assez général pour donner aux associés la liberté d'aménager eux-mêmes, par le contrat, le fonctionnement de leur société, au moins sur la plan interne* ». V. Paillusseau (J.), « L'Acte uniforme sur le droit des sociétés », Communication à la journée de l'association Henri Capitant du 22 nov. 2002, Petites Affiches, Le quotidien Juridique, n°205, p. 25, Ohadata D-04-17, disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté le 11/02/19.

<sup>879</sup> L'article 6 du C. civ. français précise que nul ne peut déroger aux dispositions qui intéressent l'ordre public ni par voie d'usage, ni par des conventions particulières. Cf. C. civ. français annoté, *op. cit.*, p. 65.

<sup>880</sup> Dans de nombreux avis, la CCJA a eu l'occasion de rappeler que : « *les dispositions de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique étant d'ordre public et s'appliquant à toutes les sociétés commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, régissent les sociétés soumises à un régime particulier entrant dans le cadre juridique ainsi défini* ». V. CCJA, Avis n°001/2001/Ep du 30 avr. 2001, 4<sup>e</sup> question, 4<sup>e</sup> branche, Recueil de jurisprudence CCJA, n° spéc., janv. 2003, p. 74.

### a. Les contraintes de l'ordre public sociétaire

**300. Définition des dispositions d'ordre public sociétaire.** L'ordre public est généralement défini comme une « *norme impérative dont les individus ne peuvent s'écarter ni dans leur comportement, ni dans leurs conventions* »<sup>881</sup>. C'est une notion qui peut avoir plusieurs sens puisqu'elle emprunte des contours différents en fonction des matières envisagées<sup>882</sup>. En droit des sociétés commerciales, elle est considérée comme essentielle au fonctionnement de la société et régulatrice de la vie sociale. Elle a pour objectif l'encadrement de l'unité d'interprétation<sup>883</sup> des dispositions de l'AUDSCGIE. Une partie de la doctrine<sup>884</sup> considère qu'une disposition d'ordre public est toute disposition inspirée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi. Il ressort de cette définition que l'ordre public permet non seulement une bonne protection des associés et de la société, mais aussi une bonne direction de celle-ci. Elle rejoint l'idée exprimée par certains auteurs au sujet de l'importance de l'ordre public dans le contexte du droit des affaires. Pour ces derniers, l'intérêt social « *est aujourd'hui plus grand en droit des affaires qu'en droit civil parce que les lois impératives ont surtout pour objet la réglementation des intérêts économiques* »<sup>885</sup>. En effet, en droit des sociétés, l'intérêt social tire sa force des lois impératives qui ont un caractère contraignant à l'égard de tous les acteurs sociaux<sup>886</sup>. De même, ce caractère impératif reconnu à l'ordre public sociétaire restreint la liberté du juge lorsqu'il intervient dans la vie de la société commerciale.

**301. Le caractère impératif des dispositions de l'AUDSCGIE.** L'ordre public sociétaire, qui tend aussi bien à protéger l'ensemble des acteurs sociaux que la société, tient son caractère impératif<sup>887</sup> des dispositions de l'acte uniforme dont le principe de

<sup>881</sup> Cf. Cornu (G.), dir., *Vocabulaire juridique*, p. 712, V° *ordre* (sens donné en droit privé) et *public* n°3 et 4.

<sup>882</sup> Franco (O.), *L'ordre public, obstacle à l'harmonisation ou trait d'union entre les droits ? l'exemple du droit des sociétés et des procédures d'insolvabilité*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, T.5, 2016, p. 4, n° 6, préface de Claudel (E.).

<sup>883</sup> C'est cet objectif qui justifie la limitation des pouvoirs judiciaires par l'ordre public au sein de l'OHADA. V. Pougoué (P.) et Kalieu Elongo (Y.-R.), *Introduction critique à l'OHADA*, PUA, 2008, p.64, n°50.

<sup>884</sup> Cf. Carbonier (J.), *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 8<sup>e</sup> éd., 1995, p. 314. Cet auteur voit en la notion d'ordre public, « *une police des contrats dans l'intérêt de la chose publique* ».

<sup>885</sup> V. Ripert (G.) et Roblot (R.), *Traité de droit des affaires*, T. 1, vol. 1, Du droit commercial au droit économique, par Vogel (L.), 19<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2010, p. 61, n°70.

<sup>886</sup> L'article 6 du Code civil français précise que nul ne peut déroger aux dispositions qui intéressent l'ordre public ni par voie d'usage, ni par des conventions particulières. Cf. code civil français annoté, *op. cit.*, p. 65.

<sup>887</sup> Sur la question de savoir s'il existe une différence entre un règle impérative et une règle d'ordre public. V. Nguinhe Kante (P.), « Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique », *RTD Com.* 2010, p.9, n°27. A la question de savoir si l'ordre public sociétaire se confond avec les lois impératives ; ou alors si les deux notions peuvent être employées l'une pour l'autre, ou que toutes les lois impératives sont d'ordre public sociétaire, l'auteur répond qu'« *en droit des sociétés commerciales, le principe d'ordre public attaché aux*

supranationalité est aujourd'hui bien établi<sup>888</sup>. En effet, son caractère impératif limite la marge de manœuvre du juge, puisque « *l'imagination judiciaire* »<sup>889</sup> n'y trouve aucun fondement. C'est notamment le cas dans le cadre du contrôle judiciaire d'un acte dont la contestation est fondée sur le non-respect d'une disposition impérative<sup>890</sup> ou d'une disposition expresse de l'acte uniforme<sup>891</sup> ou encore d'un texte régissant les contrats en général et du contrat des sociétés en particulier. En l'espèce, la mission du juge consiste simplement à vérifier la nature<sup>892</sup> de l'acte contesté et à prononcer la nullité si les conditions prévues par les textes sont remplies. L'encadrement excessif des missions du juge a pour objectif de parfaire le processus d'uniformisation du droit des sociétés commerciales grâce à l'unité d'interprétation<sup>893</sup>. Ainsi, il est interdit au juge d'interpréter les dispositions claires de l'AUDSCGIE ou d'adopter toute mesure contraire aux dispositions régissant les sociétés commerciales. De même, il est tenu de ne jamais appliquer des dispositions de droit interne qui ôteraient aux Actes uniformes leur valeur contraignante. Cette soumission judiciaire s'observe également lorsque le juge fait face aux exigences de l'ordre public contractuel.

### *b. Les exigences de l'ordre public contractuel*

**302. Définition de l'ordre public contractuel.** L'ordre public contractuel est formé de l'ensemble des mesures adoptées par les associés dans l'objectif d'assouplir les règles d'organisation et de fonctionnement de la société qui ne conviennent pas à leurs objectifs. Ces mesures ont un caractère contraignant dès lors qu'elles ont été adoptées conformément au cadre légal. Une illustration de ces mesures est fournie en matière de transmission des actions. En cette matière, le principe est celui de la libre transmissibilité des actions<sup>894</sup>. Toutefois, par le biais des clauses statutaires, les actionnaires peuvent limiter la transmission des actions dans

---

*dispositions de l'Acte uniforme a pour seule fin de préciser le caractère impératif de ce texte considéré comme le régime de droit commun en la matière (...). Dans ce cas, l'impérativité se confond à l'ordre public sociétaire ».*

<sup>888</sup> Sawadogo (F.-M.), « Les Actes uniformes de l'Ohada : aspects techniques généraux », *Rev. Burkinabé de droit*, n°39-40, n° spéc., 2001, p.45 ; Meyer (P.), « La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace Ohada », *Penant* 2006, p. 158 et s., n° 855.

<sup>889</sup> V. Jeantin (M.), « Le rôle du juge en droit des sociétés », *in nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? mélanges en l'honneur de Perrot (R.)*, Dalloz, 1996, p. 151.

<sup>890</sup> Cf. art. 244 de l'AUDSCGIE.

<sup>891</sup> Cf. art. art. 243 de l'AUDSCGIE.

<sup>892</sup> Le juge doit vérifier s'il s'agit d'un acte qui modifie les statuts ou non, parce que les critères de nullité varient en fonction de la nature de l'acte contesté.

<sup>893</sup> Pougoué (P.-G.) et Kalieu Elongo (Y.-R.), *Introduction critique à l'Ohada*, op. cit., n°50, p.64.

<sup>894</sup> Cf. art. 764 de l'AUDSCGIE.

les conditions prévues par l'AUDSCGIE<sup>895</sup>. L'ordre public trouve sa justification dans le principe de la liberté contractuelle en droit des sociétés.

**303. Domaine de l'ordre public contractuel.** Si la loi est la source certaine et efficace de l'ordre public, elle n'en est pas pour autant la seule<sup>896</sup>. Les principes généraux de droit, écrits ou non écrits constituent des fondements jurisprudentiels d'appréciation du caractère d'ordre public d'une disposition. Ainsi, le juge peut, en l'absence de toute disposition légale expresse, annuler une décision ou une délibération contraire aux usages. On conclut avec certains auteurs, qu'à côté d'un « *ordre public textuel* », se trouve « *un ordre public virtuel* »<sup>897</sup> auquel le juge est soumis. Le droit des sociétés commerciales est aujourd'hui dominé par le principe de la « *contractualisation* »<sup>898</sup>. En effet, le souci du législateur d'accorder une importance à la liberté contractuelle « *est la conséquence de la pression des entreprises* »<sup>899</sup>. Elle est justifiée par le fait que dans une situation d'économie de marché, les associés considérés comme les principaux acteurs doivent avoir un certain nombre de droits. Pour ne pas rester en marge de cette dynamique<sup>900</sup>, le législateur de l'OHADA a donné une place importante aux associés dans le processus de réalisation de la société commerciale<sup>901</sup>. Ainsi, ce dernier a reconnu d'abord aux associés la possibilité d'assouplir les règles de création, d'organisation, de fonctionnement et de dissolution des sociétés qui ne répondent pas à leurs objectifs<sup>902</sup>. Il l'a fait tout en précisant que cette liberté est assortie de l'obligation de respecter le cadre légal de la société commerciale. Ensuite, dans certains cas, la loi a laissé aux associés la possibilité de compléter

<sup>895</sup> Cf. art. 765 al. 1 et 2 de l'AUDSCGIE.

<sup>896</sup> V. Romain (J.-F.), Grégoire (M.), Simonart (V.) et *ali*, *L'ordre public concept et applications, les conférences du centre de droit privé et de droit économique*, Bruylant, coll. de la Faculté de Droit, Vol. III, 1995, p. 12, n°5 ; Ghestin (J.), « L'ordre public, notion à contenu variable, en droit français », in *les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, 1984, p.81.

<sup>897</sup> Fauvarque-Cosson (B.), *L'ordre public*, in *1804-2004, Le code civil, un présent, un passé, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 484 et s. n°17 et s. ; Lohoues-Oble (J.), « L'autonomie des parties- Le caractère supplétif des dispositions du futur Acte uniforme sur le droit des contrats », Rapport au Colloque de Ouagadougou (Burkina-Faso) sur l'harmonisation du droit Ohada des contrats, 15-17 nov. 2007, p. 2, <http://www.unidroit.org> ; Ghestin (J.), « L'ordre public, notion à contenu variable, en droit français », *op. cit.*, p.79.

<sup>898</sup> V. Frison Roche (M.-A.) et Bonfils (S.), *Les grandes questions du droit économique. Introduction et documents*, PUF, 2005, p.144 ; Randoux (D.), « Le droit des sociétés à la recherche d'un nécessaire équilibre », *Rev. Sociétés*, 2000, p.105.

<sup>899</sup> V. Paillusseau (J.), « L'influence de la mondialisation sur le droit des activités économiques », conférence du 04 févr. 2008 en la Grand'Chambre de la Cour de cassation, p. 6, n°18, *Ohadata* D-08-07, disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté le 11/02/19.

<sup>900</sup> Ce point de vue n'est pas partagé par un auteur qui, selon lui, le droit de l'OHADA est un droit original parce qu'il va dans le sens contraire de la « *contractualisation* », au regard de la place trop importante que le législateur a accordé aux dispositions d'ordre public. V. à ce sujet Nguihe Kante (P.), « Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique », *op. cit.*, p.1, introduction.

<sup>901</sup> Cf. art. 2 de l'AUDSCGIE.

<sup>902</sup> Cf. art. 764 de l'AUDSCGIE qui pose le principe selon lequel les actions sont librement transmissibles dans les SA.

les dispositions légales par les dispositions facultatives<sup>903</sup>. Enfin, le législateur a permis aux statuts d'être davantage ouverts à l'autonomie de la volonté. De plus en plus, le contrat ne se limite plus aux seuls statuts. Le législateur autorise les associés à les compléter par des dispositions particulières ayant soit une origine statutaire, soit une origine contractuelle. En France, la préservation de la liberté contractuelle a été davantage exprimée avec la réforme du droit des obligations intervenue le 10 février 2016. Cette réforme a une grande incidence sur le droit des sociétés, car elle cadre « *avec les nouveaux besoins du droit des sociétés : un droit sur mesure adaptable et flexible* »<sup>904</sup>. Face à cette liberté contractuelle, le juge adopte une attitude très prudente.

**304. La prudence judiciaire.** Les dispositions d'ordre public contractuel se retrouvent essentiellement dans le cadre statutaire d'une part et dans le domaine extrastatutaire d'autre part. Le cadre statutaire est celui dans lequel tous les associés organisent unanimement, par le biais des statuts<sup>905</sup>, le fonctionnement de la société. En revanche, le domaine extracontractuel, quant à lui, est celui qui permet aux associés qui ont des intérêts communs sur des questions diverses de prendre, entre eux, des résolutions concernant l'organisation ou la gestion de la société. Dans l'un ou l'autre cas, le juge saisi d'un contentieux relatif aux actes sociaux fait preuve de beaucoup de prudence. En général, il respecte la volonté des parties et s'abstient d'attaquer de front les actes dans lesquels cette volonté a été manifestée. Il fait une application très stricte de la nature contractuelle de la société<sup>906</sup>. Un auteur a pu relever que face à un litige mettant en jeu la loi contractuelle, le juge n'applique que « *le contrat, rien que le contrat, mais tout le contrat* »<sup>907</sup>. L'explication de l'abstention judiciaire paraît se trouver dans la nature des droits fondamentaux détenus par les associés et des conséquences liées à la suspension ou à la suppression de ces droits par les juges. En outre, l'attitude du juge peut se justifier par le souci de donner la possibilité aux « *opérateurs économiques d'adapter leurs entreprises aux bouleversements économiques et sociaux qui affectent le monde actuel* »<sup>908</sup>. La réalisation de

<sup>903</sup> Dans la SA, le conseil d'administration a la faculté de nommer le directeur général adjoint sur proposition du président directeur général. Cf. art. 470 al. 1 de l'AUDSCGIE. Toutefois, les textes ne précisent pas si l'exercice de cette liberté exige l'existence d'une clause statutaire.

<sup>904</sup> Cf. Mekki (M.), « Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ? », *Rev. Sociétés*, 2016, p.563, n°4.

<sup>905</sup> L'établissement des statuts requiert l'observation de certaines conditions par les associés, notamment l'établissement par un acte notarié. Cf. art. 10 de l'AUDSCGIE.

<sup>906</sup> Cette prudence se justifie par le principe de non-immixtion du juge dans la vie sociale posé en droit des sociétés. V. Jeantin (M.), « Le rôle du juge en droit des sociétés », *op. cit.*, p.159.

<sup>907</sup> V. Jeantin (M.), « Le rôle du juge en droit des sociétés », *op. cit.*, p.159.

<sup>908</sup> V. Nguihe Kante (P.), « Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique », *op. cit.*, p.16, n° 45.

cet objectif ne pourrait être atteint qu'avec le plus grand respect de l'ordre public contractuel par les juges, lorsque son contrôle conduit à une confrontation avec ce dernier.

**305.** Le juge saisi d'un contentieux ne peut arbitrer entre des intérêts divergents contenus dans les actes sociaux que sur la base des textes. Toute décision non conforme à celle-ci doit être censurée pour manque de base légale ou violation de la loi. Toutefois, il paraît évident que les actes uniformes ne peuvent pas tout prévoir, ou encore, peuvent prévoir des dispositions dont le contenu est imprécis<sup>909</sup>. Dès lors, la loi donne le pouvoir au juge, sous peine d'être poursuivi comme coupable de déni de justice<sup>910</sup>, d'intervenir pour faire parler la loi silencieuse<sup>911</sup>, en exposer la lumière en cas d'obscurité, ou les compléments en cas d'insuffisance<sup>912</sup>.

## B. La vocation judiciaire de fixer le droit

**306. La conséquence de la limite législative.** La mission du juge serait simple et limitée à dire le droit si son contenu était clair, précis et complet. Le juge « *pourrait alors se comporter dans l'application de la loi comme le ferait une machine* »<sup>913</sup>. Or, l'édiction des normes en droit des sociétés commerciales est imparfaite et a pour conséquence, l'existence de nombreuses règles équivoques, confuses ou incomplètes. Dès lors qu'il est acquis que la loi est imparfaite, il faut bien admettre que le juge se retrouve dans un rapport différent avec la loi. Il ne saurait plus s'arrêter au seul « *dicton* »<sup>914</sup>. Il se voit investi d'une mission d'interprétation qui a pour but de fixer le droit<sup>915</sup>. Interpréter la loi, « *c'est décrypter le message de la loi, en dissiper l'ambiguïté, de manière à choisir, entre les divers sens possibles d'un texte, celui qui doit prévaloir* »<sup>916</sup>. Le juge intervient alors pour expliquer la règle, pour la disséquer et lui faire dire ce qu'elle dit ou ce qu'on veut lui faire dire. Cet objectif exclu toute possibilité

<sup>909</sup> Cf. Dubouchet (V. P.), « Théorie normative du droit et le langage du juge », *RRJ*, Droit prospectif, 1994-2, p. 660.

<sup>910</sup> Cette sanction est prévue par l'article 4 du Code civil français annoté, Dalloz, 116<sup>ème</sup> éd., 2017, p. 59.

<sup>911</sup> V. Harnay (S.) et Marciano (A.), « Le juge, le philosophe et le scientifique », Commentaire sur *The Problematics of Moral and Legal Theory* de Richard Posner (A.), *RIDE* 01/2001, p.101.

<sup>912</sup> Daigre (J.-J.) et Martin (D. R.), « La lettre tue et l'esprit revivifie », *Dalloz*, Chron., pp. 238 et ss.

<sup>913</sup> V. Akam Akam (A.), « Le juge entre la loi et sa conscience », *CJEP-Rev. FSJPUN*, 2010, p. 20, n° 21.

<sup>914</sup> Celui qui fait du juge « *la bouche de la loi* », V. Montesquieu (C.-L.), *De l'esprit des lois*, op. Cit., note 22, XI, 6, p. 182.

<sup>915</sup> Cornu (G.) *Droit civil, introduction au droit*, Montchrestien, 13<sup>e</sup> éd., coll. Domat droit privé, 2007, p.253, précise que l'interprétation consiste à chercher le sens véritable d'une règle de droit, à établir le sens qui doit prévaloir quand il y'a dans un texte un doute à ce sujet du fait de son obscurité, de ses lacunes, de son ambiguïté.

<sup>916</sup> Cornu (G.), *Droit civil, introduction au droit*, op cit. p.386.



d'interprétation lorsque les textes sont clairs<sup>917</sup>. Mais la question est spécifique en droit des sociétés car elle porte sur le rapport du juge avec le nouveau droit de l'OHADA<sup>918</sup> où se sont développés de nombreux standards.

**307. Le développement des standards.** L'ampleur de l'office du juge en matière d'interprétation dépend du choix par le législateur de son origine, notamment en ce qui concerne les moyens d'expression de la loi. Il en est ainsi lorsque le législateur opte pour l'édiction de règles souples. Cette méthode se traduit par le développement des standards<sup>919</sup>, c'est-à-dire de normes souples, déterminées en fonction de critères intentionnellement indéterminés. Concrètement, il s'agit de l'utilisation dans la loi de notion à « *contenu variable* » ou de « *concepts mous* ». Il en est ainsi des notions telles que les bonnes mœurs, la bonne foi, l'intérêt social, les justes motifs, la faute de gestion, les motifs légitimes, etc... En employant de telles notions, la loi se contente de poser des directives et laisse au juge le soin de vérifier que la situation ou la conduite est conforme au standard qui constitue une sorte de « *modèle-type* ». Ce faisant, elle reconnaît une liberté importante au juge. Un auteur constate avec une certaine amertume, qu'« *avec ces concepts mous, la norme devient simple directive, et la règle de droit un vulgaire élastique grâce auquel, (...), le juge retrouve sa liberté d'appréciation* »<sup>920</sup>. Ainsi, c'est au juge qu'incombe la charge de dire « *ce qui se trouve* » dans les standards ou le soin de « *remplir* » les notions-cadres, et les activer au gré des espèces ou en fonction des circonstances. Cette responsabilité transforme nécessairement l'office du juge et confirme son rôle dans la fixation du droit, preuve de son dynamisme.

**308. Le dynamisme du juge.** Dans l'acte de juger, le juge doit se soumettre à la loi certes, mais c'est à lui qu'il revient de donner le sens véritable de la loi. Un auteur note à ce sujet que « *la jurisprudence détermine ainsi le contenu concret de la loi, elle en donne le visage vivant* »<sup>921</sup>. Le rôle du juge dans la création des normes en droit des sociétés est très significatif,

<sup>917</sup> V. Bergel (J.-L.), *théorie générale du droit*, Dalloz, 5<sup>e</sup> éd, coll. Méthodes du droit, 2012, p.277, n°219.

<sup>918</sup> V. sur la question Gatsi (J.), « La jurisprudence, source du droit Ohada », *juriscope*, 2012, p.1 et s.

<sup>919</sup> Jestaz (Ph.), « Les standards dans les divers systèmes juridiques », rapport de synthèse, *RRJ*, 1988, p.1182 et s ; texte également reproduit in Auteur du droit civil Ecrits dispersés, idées convergentes, Paris, Dalloz, 2005. P.19-29.

<sup>920</sup> Cf. Akam Akam (A.), « La loi et la conscience dans l'office du juge », *Revue de l'ERSUMA, Droit des Affaires-Pratiques Professionnelles*, n°1, janv. 2012, disponible sur <https://revue.ersuma.org>, consulté le 30/09/2018.

<sup>921</sup> Malaurie (P.), *Droit civil, introduction générale*, Paris, Cujas, 1991, note 5, n°854, p.246.

il est « *d'une extraordinaire vitalité* »<sup>922</sup> mais aussi « *d'une inquiétante imprévisibilité* »<sup>923</sup>. La jurisprudence joue un rôle important dans l'amélioration et la consolidation du droit de l'OHADA. A cet effet, la CCJA a eu à donner des avis sur de nombreuses affaires qui lui ont été soumises au sujet de l'interprétation des dispositions de l'AUDSCGIE<sup>924</sup>. L'exemple nous est donné par le régime des nullités pour lequel les querelles étaient légion dans les milieux judiciaires. La question était de savoir si, avant d'annuler un acte social irrégulier, les juges avaient l'obligation d'observer la distinction entre formalités substantielles et formalités non substantielles. Dans un avis du 07 juillet 1999<sup>925</sup>, la Haute Cour a répondu en précisant que la liberté d'appréciation n'est laissée aux juges que dans le cas des nullités non textuelles, puisque les nullités textuelles ont un caractère absolu<sup>926</sup>. Par ailleurs, le dynamisme des juges a conduit à la création de certains concepts en droit des sociétés commerciales qui ont fait parler d'un « *gouvernement des juges* »<sup>927</sup>. Parmi ces notions figurent en droite ligne, les notions de dirigeant de fait, d'intérêt social<sup>928</sup>, certaines d'entre elles ont été créées en dehors des textes.

**309. L'intervention en dehors des textes.** Le juge n'a pas hésité depuis quelques années à nommer des experts de gestion, des contrôleurs, des observateurs de gestion, et il y a quelques années encore, l'administrateur provisoire<sup>929</sup>, etc... Le point de départ de cette attitude novatrice se trouve en France dans un arrêt de la chambre commerciale du 10 janvier 1972<sup>930</sup>. En l'espèce, un ancien actionnaire avait vendu ses titres sous condition de la pérennité de la société. Pour cela, les juges avaient accepté de nommer un contrôleur de gestion dont la mission consistait à empêcher que la gestion des cessionnaires ne provoque la liquidation de la société avant qu'il ne soit statué sur la résolution de la cession. L'intervention du juge ici s'était

<sup>922</sup> V. Parachkévova (I.), « Droit des sociétés et responsabilité civile. Perspectives et évolution récentes », *actes pratiques et ingénierie sociétaire, Revue Bimestrielle LexisNexis Jurisclasseur*, Janv-févr 2013, p.4. L'auteur présente les évolutions jurisprudentielles en ces termes : « *A n'en pas douter, c'est là le signe d'une vitalité extraordinaire de la jurisprudence et du rôle dynamisant du juge* ».

<sup>923</sup> Parachkévova (I.), « Droit des sociétés et responsabilité civile. Perspectives et évolution récentes, actes pratiques et ingénierie sociétaire », *op. cit.*, p.3.

<sup>924</sup> Cf. CCJA, arrêt n°016/2007, 26 avr. 2007, *Ohadata* J-08-214 ; CCJA, arrêt n°007/2010 ? 4 F2RV. 2010, *Ohadata* J-12-18 ; CCJA, arrêt, n°051,2012, 7 juin 2012, *Ohadata* J-14-78.

<sup>925</sup> V. Avis n° 001/99/JN du 07 juillet 1999, note Agboybor (P. K.), *RDAI*, 2000, n° 7, pp. 914-917 ; 1999, n° 8, pp. 924-926.

<sup>926</sup> Cf. *infra* n° 513.

<sup>927</sup> Ces termes ont été utilisés pour la première fois aux États-Unis dans l'affaire *Marbury v. Madison*. V. à ce sujet Henninger (J.), *Marbury v. Madison*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2006 ; Lambert (J.) « Les origines du contrôle de constitutionnalité des lois fédérales aux États-Unis. *Marbury v. Madison* », *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, t. 48, 38<sup>ème</sup> année, 1931, pp. 1.

<sup>928</sup> V. à ce sujet les développements *infra* n° 231..

<sup>929</sup> L'administration provisoire est une technique d'intervention judiciaire qui a été consacrée au sein de l'Acte uniforme précisément lors de la dernière révision. Cependant, avant cette consécration, le juge y faisait recours lorsque le fonctionnement normal de la société était menacé. V. *supra* n° 181 et s.

<sup>930</sup> Mestre (J.), « Ethique et droit des sociétés », *mélanges Honorat (A.)*, éd. Frison-Roche, 2000, p. 91.

effectuée sans aucun recours au texte, puisqu'aucun texte ne prévoyait une telle mission. Une autre intervention judiciaire en dehors de tout texte se retrouve en matière de responsabilité civile du dirigeant social dans le cadre de la vie sociale<sup>931</sup>. Il s'agit de la notion de « *faute détachable* »<sup>932</sup> des fonctions. Le juge a réalisé autour de cette notion une « *véritable construction prétorienne* »<sup>933</sup> à travers la multiplicité de définitions qu'elle a connues. En effet, de nombreuses autres règles en droit des sociétés sont l'œuvre de constructions prétorienne qui ont été élaborées en marge des prévisions légales. Dans la fixation du droit, le juge met en œuvre son pouvoir d'interprétation, soit pour conforter la lettre de la loi, soit pour en rechercher l'esprit à l'aide des méthodes ou techniques d'interprétation<sup>934</sup>. Il s'agit de restituer le sens exact du texte en conformité à la volonté du législateur telle qu'elle s'est littéralement exprimée dans la lettre de la loi. Aussi, le droit de l'OHADA étant un droit nouveau, des conflits d'interprétations ont très vite vu le jour. Les juges sont venus au secours du système en apportant quelques éclairages sur les points objets de discorde. Toutefois, la fonction d'interprète n'a pas toujours été une mission aisée, car si le juge doit mettre un terme à une situation litigieuse en disant le droit, il ne peut le faire que parce qu'il est censé connaître les règles de droit susceptibles de s'appliquer. En dehors de cette lacune, le juge fait face à de nombreuses difficultés lors de la mise en œuvre de la technique légale de contrôle des actes sociaux.

---

<sup>931</sup> Cass. com., 10 févr. 2009, n°07-20.445: jurisData n°2009-047001; *Bull. Civ.* 2009, IV, n°21; *Dalloz*, 2009, p.559, obs. Lienhard (A.). Les juges ont été invité à chercher si « *les décisions litigieuses ne constituaient pas de la part de leurs auteurs, même agissant dans les limites de leurs attributions, des fautes intentionnelles d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal de leurs fonctions sociales* ». Cass. com., 18 mai 2010, n°09-66. 172 ; JurisData n°2010-006638 ; *Rev. Sociétés* 2010, p. 303, obs. Lienhard (A.), les juges rappellent que : « *L'appréciation de la faute du dirigeant doit se faire aussi à l'aune du dépassement de l'objet social statutaire* ».

<sup>932</sup> Pour plus de précision sur la question, V. *Infra* n° 594 et s.

<sup>933</sup> Teller (M.), « *Droit des sociétés et responsabilité civile. Perspectives et évolutions récentes* », *actes pratiques et ingénierie sociétaire, Revue Trimestrielle LexisNexis Jurisclasseur*, Janv-févr 2013, p.5.

<sup>934</sup> Sur les méthodes d'interprétation, V. Gény (F.), *Méthodes d'interprétation et source en droit privé positif. Essai critique*, LGDJ, coll. Anthropologie du droit, t.2, 1919 ; Bergel (J.-L.), *théorie générale du droit, op. cit.*, p.277 et s., n°219 et s.

## §2. Les difficultés de mise en œuvre de la technique légale de contrôle des actes sociaux

**310. Origine.** Dans sa mission de contrôle de la légalité, le juge fait souvent face à de nombreuses difficultés<sup>935</sup> émanant soit de l'incohérence des textes (A), soit des faiblesses qui lui sont propres (B).

### A. L'incohérence des textes

**311. L'incohérence des textes.** Il y a incohérence des textes dès lors que deux sources contradictoires régissent la même situation. C'est notamment le cas lorsque le législateur consacre une autorisation ou une interdiction dans l'AUDSCGIE, sans qu'il en soit ainsi dans les autres textes aptes à s'appliquer aux mêmes faits. Face à la situation, le juge doit choisir le texte à même de lui permettre d'exercer son contrôle. Sans la prétention d'exhaustivité<sup>936</sup>, l'accent sera mis sur les conflits nés de la cohabitation des dispositions de l'AUDSCGIE et des statuts de la société notamment sur les clauses statutaires limitant les pouvoirs des dirigeants sociaux.

**312. Les clauses statutaires limitant les pouvoirs des dirigeants sociaux.** Dans les limites légales, les dirigeants sociaux ont tout pouvoir pour engager la société à l'égard des tiers, sans avoir à justifier d'un mandat spécial<sup>937</sup>. Cette liberté est reconnue aux dirigeants dans toutes les formes sociales<sup>938</sup>. Dès lors, le gérant<sup>939</sup>, l'administrateur général<sup>940</sup>, le président directeur général<sup>941</sup> et le directeur général<sup>942</sup> sont investis des pouvoirs les plus étendus pour engager la société dans la limite de l'objet social. Toutefois, les associés ont le droit de

<sup>935</sup> Ces difficultés ne sont pas propres à la mission de contrôle des actes sociaux. Elles s'étendent de manière générale à son rôle au sein des sociétés commerciales.

<sup>936</sup> En droit des sociétés, le contrôle difficile de la légalité peut avoir pour origine le recours judiciaire aux principes fondamentaux relevant du droit des obligations à l'instar de ceux souligné par Jeantin (M.), « Le rôle du juge en droit des sociétés », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Perrot (R.)*, Dalloz, 1996, p.161 et s. V. également Nguie Kante (P.), « Le domaine d'application du nouveau droit des sociétés commerciales de l'OHADA », *Annales de la Faculté de droit de Dschang*, 2002, p.77. L'auteur souligne la question de la cohabitation entre le droit des sociétés de l'OHADA et le droit national. A ce sujet, il note que cette cohabitation est pacifique d'une part, et conflictuelle, d'autre part.

<sup>937</sup> Guyon (Y.), « Liberté contractuelle et droit des sociétés », *RJ com*, 2003, p. 147.

<sup>938</sup> Cf. art. 121 de l'AUDSCGIE et art. L. 225-56 al. 1 du code de commerce français annoté, RONTCHEVSKY (N.) dir., Dalloz, 112<sup>e</sup> éd., 2016.

<sup>939</sup> Cf. art. 277-1 al. 1 pour les gérants de la SNC ; et art. 329 al. 1 et 2 pour les gérants de la SARL.

<sup>940</sup> Cf. art. 498 al. 3 dans les SA avec administrateur général.

<sup>941</sup> Cf. art. art. 465 al. 4 dans les SA avec conseil d'administration et pour mode de direction le président directeur général.

<sup>942</sup> Cf. art. 487 al. 2 dans les SA avec conseil d'administration et pour choix de direction le directeur général.

restreindre les pouvoirs de ces organes légaux par le biais des statuts<sup>943</sup>, puisque l'Acte uniforme dispose que « *dans les rapports entre associés et sous réserve des dispositions légales spécifiques à chaque forme de société, les statuts peuvent limiter les pouvoirs des organes de gestion, de direction et d'administration* »<sup>944</sup>. L'assemblée des associés peut soumettre à autorisation préalable des actions précises, telle la vente d'un immeuble, la double signature pour des engagements dépassant un montant déterminé ou une action en justice<sup>945</sup>. En pratique, ces clauses sont régulièrement mises en œuvre par l'assemblée des associés. Le mouvement s'observe beaucoup plus dans les sociétés à responsabilité limitée, particulièrement la SA. Cette fréquence peut être due, sans doute, à la complexité de leur organisation qui exige une réglementation plus poussée. Cependant, la grande marge de liberté reconnue aux associés quant à l'organisation des pouvoirs des dirigeants sociaux peut très vite être remise en cause. En effet, les clauses statutaires limitant les pouvoirs des dirigeants sociaux n'ont aucune force obligatoire à l'égard des tiers car elles lui sont inopposables.

**313. L'inopposabilité des clauses statutaires.** Conformément aux dispositions de l'AUDSCGIE<sup>946</sup> et du Code de commerce<sup>947</sup> français, les clauses statutaires limitant les pouvoirs des gérants<sup>948</sup>, de l'administrateur général<sup>949</sup>, du président directeur général<sup>950</sup> et du directeur général<sup>951</sup>, ne peuvent être opposées aux tiers. Contrairement au droit français, le droit de l'OHADA exige que le tiers soit de bonne foi. Cela dit, toute limitation de pouvoir d'un dirigeant social est inopposable aux tiers. Si cette mesure permet au législateur de protéger les tiers contre les manquements des dirigeants sociaux<sup>952</sup>, elle constitue un frein quant à la mission du juge qui consiste à vérifier la légalité des actes de ces derniers. En effet, leur pouvoir « *n'échappe pas au contrôle du juge qui le réduit là où la loi l'étend ou l'étend là où la loi le réduit* »<sup>953</sup>. Du fait de la présence de dispositions impératives réduisant la liberté de

<sup>943</sup> Rouaud (A.-C.), « Les limitations des statuts au pouvoir d'agir en justice du représentant légal de la société », *Rev. Sociétés*, 2014, p. 415.

<sup>944</sup> V. art. 123 al. 1 de l'AUDSCGIE.

<sup>945</sup> Dans un arrêt du 20 décembre 2012, affaire opposant la société LEV-CI-SA à Mr. Nathan PELED, disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté le 15/02/19, la 2<sup>ème</sup> chbre de la CCJA a clairement précisé que « *LEV-CI-SA ayant opté, de par ses statuts, pour la formule de société anonyme avec conseil d'administration, c'est le Directeur général qui a la qualité de représentant légal ou statutaire et a donc de ce fait qualité pour agir en justice* ».

<sup>946</sup> Cf. art. 123 al. 3 de l'AUDSCGIE.

<sup>947</sup> Cf. art. L. 225-56 al.3 du code de Commerce *op. cit.*, et art. 1849 al. Code civil français.

<sup>948</sup> Cf. arts. 277-1 al.3 et 329 al. 3 de l'AUDSCGIE.

<sup>949</sup> Cf. art. 498 al. 5 de l'AUDSCGIE.

<sup>950+</sup> Cf. art. 465 al. 6 de l'AUDSCGIE.

<sup>951</sup> Cf. art 488 al. 2 de l'AUDSCGIE.

<sup>952</sup> V. Cozian (M.), Viandier (A.) et Deboissy (Fl.), *Droit des sociétés*, LexisNexis, 32<sup>e</sup> éd., coll. Manuel, 2019 p.173, n° 336.

<sup>953</sup> V. Kuassi Deckom (F.), « Les pouvoirs du dirigeant de société commerciale en droit uniforme de l'OHADA », *Rev. sociétés*, 2013, p. 467.

l'assemblée d'associés, la question de la force obligatoire des clauses statutaires suscite la réaction du juge. Par analogie<sup>954</sup>, les juges rejettent l'idée d'une force obligatoire des clauses statutaires. Selon eux, ces clauses pourraient dénaturer et violer l'objet même de la mise en harmonie recherchée au sein de la communauté. Toutefois, si cette position est critiquée par certains auteurs, elle est partiellement approuvée par d'autres.

**314. Une position partiellement critiquée.** Le courant en faveur du rejet partiel des clauses statutaires pense que la force obligatoire des clauses statutaires ne doit pas être reconnue lorsqu'il est question des rapports de la société avec les tiers mais qu'en revanche, sur un plan purement interne, la force obligatoire de ces clauses pourrait être admise<sup>955</sup>. La solution paraît judicieuse dans la mesure où, la clause dont il s'agit, n'est permise que lorsqu'il y va de l'intérêt de la société. Si cette idée brille par son objectivité, elle ne permet pas au juge de résoudre la question de la force obligatoire de la clause statutaire, parce qu'après son adoption elle sera inopposable aux tiers. A notre connaissance, la CCJA ne s'est pas encore prononcée sur cette question. Il y a quelques années, elle a rappelé, en invoquant les articles 465, 480, et 487 de l'AUDSCGIE, que seul le président directeur général ou le directeur général avait qualité pour former pourvoi en cassation au nom de la société<sup>956</sup>. La position de la CCJA a été celle retenue par la Cour de cassation française en date du 14 février 2018<sup>957</sup>. Il s'agissait dans cette affaire, de questions d'ordre processuel qui ne rendaient valablement pas compte de la position du juge au sujet de la force exécutoire des clauses statutaires. Le recours à la jurisprudence française sera certainement l'occasion de déterminer cette position eu égard à la bonne foi du tiers.

**315. La bonne foi du tiers.** La question de l'inopposabilité des clauses statutaires a, maintes fois, été soulevée en France. A cet effet, les juges ont retenu le principe de

---

<sup>954</sup> Cf. CCJA, avis n° 02/2000/EP, 26 avril 2000, Ohadata J-02-03, disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté le 14/02/19. Dans cette affaire, les juges avaient été saisis à l'effet de savoir si, conformément aux dispositions de l'AUDSCGIE, l'assemblée d'associés pouvait instituer un poste de vice-président dans les organes dirigeants de la SA, notamment les banques et établissements financiers. La Haute Cour, s'appuyant sur l'article 909 de l'AUDSCGIE qui dispose que : « *la mise en harmonie a pour objet d'abroger, de modifier et de remplacer, le cas échéant, les dispositions statutaires contraires aux dispositions impératives du présent Acte uniforme et de leur apporter les compléments que le présent Acte uniforme rend obligatoire* », a donné une réponse négative à la demande.

<sup>955</sup> CCJA, avis n° 02/2000/EP, 26 avril 2000, *Recueil de jurisprudence de la CCJA*, n° spécial, janv. 2003, p. 73, obs. Issa-Sayegh (J.).

<sup>956</sup> CCJA, arrêt du 20 décembre 2012, *op. cit.* Dans cette affaire, le président du conseil d'administration d'une SA saisi la CCJA alors que les statuts ont opté pour la formule de SA avec conseil d'administration. La CCJA a rejeté la demande pour défaut de qualité du demandeur.

<sup>957</sup> Cass. com., 14 févr. 2018, *BJS*, 2018, p. 269, note Couret (A.). En l'espèce, les juges rappelle qu'« *un tiers peut se prévaloir des statuts d'une personne morale pour justifier du défaut de pouvoir d'une personne pour représenter la société en justice* ».

l'inopposabilité des clauses statutaires aux tiers<sup>958</sup>. Par ailleurs, la condition relative à la bonne foi du tiers exigée par le droit de l'OHADA n'est pas reconnue en droit français<sup>959</sup>. En réalité, la condition de la bonne foi posée par le législateur de l'OHADA vient davantage complexifier la tâche du juge car il doit rechercher les éléments de preuve qui montrent que, bien qu'étant informé, le tiers a ignoré que l'acte statutaire était hors du cadre assigné par l'objet social. La publication des statuts au RCCM constitue un bon moyen de faire ce dont dispose le juge. Par ailleurs, la Haute juridiction a décidé que désormais les tiers peuvent se prévaloir d'une clause statutaire pour contester un acte social<sup>960</sup>. Cette position vient soutenir le caractère opposable de la clause lorsque l'intérêt du tiers est menacé<sup>961</sup>. En décidant ainsi, la Cour de cassation a créé un autre débat autour des pouvoirs du tiers. La protection accrue du tiers ne sera-t-elle pas, dans les jours à venir, un moyen pour le tiers de se soustraire à ses obligations ? La solution pourrait être simplement trouvée lors de la rédaction des statuts, en y excluant « *expressément la faculté pour les tiers de s'en prévaloir* »<sup>962</sup> et en recourant au juge en cas d'inexécution par le tiers de ses obligations<sup>963</sup>. En dehors des difficultés nées de la cohérence des textes, le juge est lui aussi objet de faiblesses.

## B. Les faiblesses propres à l'organe judiciaire

**316. Le pouvoir judiciaire d'appréciation.** En règle générale, lorsque les textes sont indéterminés, le juge fait recours à son pouvoir d'appréciation afin d'apporter le véritable sens des textes obscurs ou de dégager la volonté ou l'intention des parties. Ce principe propre au droit privé est admis en droit des sociétés. Toutefois, la spécificité du droit des sociétés et, surtout, les imperfections liées à l'office du juge constituent des limites du pouvoir judiciaire

<sup>958</sup> Cass. civ 3<sup>e</sup> chbre, 25 mai 2005, *BJS*, 2005, § 250, p. 1133, note Le cannu (P.).

<sup>959</sup> Cette condition n'est exigée que dans le cadre du dépassement de l'objet social par le dirigeant. Et elle varie en fonction du caractère limité ou illimité de la responsabilité de la société. Dans le premier cas, la bonne foi du tiers peut être exigé. *A contrario* dans le second, le tiers doit rester prudent. V. Cozian (M.), Viandier (A.) et Deboissy (Fl.), *Droit des sociétés, op. cit.*, p.173, n° 417.

<sup>960</sup> Cass. com., 14 févr. 2018, *op. cit.* Il ressort de cet arrêt que « un tiers peut se prévaloir des statuts d'une personne morale pour justifier du défaut de pouvoir d'une personne à figurer dans un litige comme le représentant de celle-ci ».

<sup>961</sup> V. Mortier (R.), « La généralisation de l'opposabilité par les tiers des restrictions de pouvoirs des dirigeants », *Dr. des sociétés*, n° 10, oct. 2018.

<sup>962</sup> Rocha (C.), « Un tiers peut-il se prévaloir des clauses statutaires limitant les pouvoirs des dirigeants », *Option Droit & Affaires, déc.* 2018, n° 426. Également disponible sur <https://www.optionfinance.fr>, consulté le 14/02/19.

<sup>963</sup> La Haute Juridiction a, dans une affaire, rejeté la décision de la Cour d'appel qui avait donné droit au tiers qui voulait bénéficier d'une clause limitant les pouvoirs alors que cette clause lui interdisait de s'en prévaloir. Cf. Cass. com., 13 nov. 2013, n° 12-25.675, inédit.

d'appréciation (1). Pour mettre fin à ces imperfections, il convient de proposer quelques solutions (2).

### ***1. Les limites du pouvoir judiciaire d'appréciation***

**317. Les exigences légales.** L'obligation suivant laquelle le juge doit juger selon la loi le contraint à avoir une connaissance parfaite du droit existant. Selon un principe bien établi, la réalisation de la justice dépend du savoir. Par conséquent, le juge ne peut dire le droit que parce qu'il le connaît<sup>964</sup>. Il apparaît ainsi que la maxime « *nul n'est censé ignorer la loi* »<sup>965</sup> s'impose prioritairement au juge. Les parties sont donc dans une attente légitime du droit de la part du juge. Un auteur rappelle que « *le juge connaît les lois qu'il a apprises et qu'il pratique, comme tout technicien, mais l'interprétation de la loi impose une connaissance du droit, fondement même de la décision du juge* »<sup>966</sup>. Il se pose alors en droit des sociétés commerciales la question de l'étendue de ses connaissances. Il va de soi que l'on ne demande pas au juge d'avoir une connaissance totale du droit des sociétés<sup>967</sup>. Cela est au-dessus de ses forces et ses capacités. Ce qui lui est exigé, c'est en revanche d'avoir un certain savoir juridique nécessaire à l'exercice de sa mission face à la spécificité des contentieux qui lui sont présentés.

**318. Présentation des contentieux sociaux.** Les litiges économiques ou de gestion sociale dans lesquels l'intervention du juge est sollicitée se présentent sous deux aspects. Parfois, il est demandé au juge d'apprécier un élément économique ou de gestion qui constitue la condition de l'application d'une disposition légale<sup>968</sup>. A titre d'exemple, la solution du problème économique ou alors l'appréciation d'un acte de gestion est le critère ou l'un des critères de l'abus de droit ou du détournement du pouvoir. Elle est donc la condition de l'application d'une règle de droit et l'annulation d'une décision de la société. Parfois, en revanche, la difficulté économique, l'appréciation d'un acte de gestion, ne sont plus considérées comme conditions de l'application d'une règle de droit, et elles constituent au contraire l'objet même de l'intervention du juge. C'est ainsi que dans l'affaire du 12 novembre

<sup>964</sup> Cf. art. 2 C. pénal camerounais.

<sup>965</sup> Akam Akam (A.), « Le juge entre la loi et sa conscience », *op. cit.*, p.30 et s.

<sup>966</sup> Blanchot (A.), « Le droit et le bon sens », mélanges Decoq (A.), *LITEC*, 2004, p. 25 et s.

<sup>967</sup> Le recours aux experts ou aux mandataires permet au juge de faire face à ces lacunes.

<sup>968</sup> Il en est notamment ainsi dans le contentieux de l'annulation des décisions sociales pour détournement de pouvoirs ou abus de droit etc.



2015<sup>969</sup>, les juges avaient été appelés à se prononcer sur la nécessité pour la société d'affecter une partie de ses bénéfices aux réserves.

**319.** Dans l'un ou l'autre cas, les juges sont amenés à se livrer à des appréciations ou à rendre une décision par rapport à l'idée qu'ils se font de la situation économique et financière de l'entreprise. De ce fait, ils se livrent à une interprétation des données de l'entreprise. De même, il est constant que les procès-verbaux d'expertise<sup>970</sup>, les documents comptables et autres documents qui leurs sont soumis et qui sont destinés à emporter leur conviction dans le choix des décisions à prendre soient des documents purement techniques, requérant pour une meilleure compréhension, des connaissances particulières. Ce travail requiert de leur part non seulement des connaissances juridiques, mais également des notions d'économies, de comptabilité et de gestion. Or, dans la plupart des cas, nos juges ne possèdent que de simples connaissances juridiques. Il se pose donc un véritable problème de professionnalisme des juges.

**320. Le problème du professionnalisme des juges africains.** Le problème du professionnalisme des juges africains est une question récurrente qui se pose dans de nombreux contentieux. L'exemple nous est donné dans une affaire dans laquelle le juge des référés<sup>971</sup> avait apprécié la décision de révocation d'un gérant de SARL alors que le litige soulevait une contestation au fond. Le contrôle revenait au juge du fond qui devait préalablement se prononcer sur la question de savoir si l'associé qui avait pris la décision représentait plus de la moitié des parts sociales. Ces difficultés ne sont pas toujours liées à la personne du juge. Elles peuvent trouver leur origine dans la société dans laquelle il vit.

**321. Le caractère essentiellement relationnel de la société africaine.** Ce problème n'est pas nouveau, il est régulièrement soulevé par la doctrine<sup>972</sup>. Nous le reprenons malgré tout, dans une approche, certes classique, mais plus concrète par rapport à celle déjà utilisée. Le juge, dans sa vie quotidienne, subit des pressions liées aux réalités de la société africaine<sup>973</sup> :

<sup>969</sup> CCJA, 2<sup>e</sup> chre, arrêt n°134, 12 déc. 2015, Ohadata J-16-127, disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté le 07/05/2019.

<sup>970</sup> Un auteur considère le recours à l'expertise comme « *un palliatif naturel* » à l'incompétence du juge, parce que « *les experts de gestion pour ne parler que d'eux examinent les incompatibilités...compte tenu de la conjoncture générale ou sectoriel* ». V. Azencot (M.), *L'intervention du juge dans la gestion des sociétés commerciales*, thèse dact. Paris II, 1979, p. 37.

<sup>971</sup> CCJA, arrêt n°032/2007, 22 nov. 2007, Wielezynski c/ Cofipa Investement Bank Côte d'Ivoire SA. Ohadata J-08-242.

<sup>972</sup> Fall (A. B.), « Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique », *AFRILEX, Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique*, n°3, 2003, p.2 et s.

<sup>973</sup> Nul doute que les autres sociétés notamment celle occidentale vivent également ces pressions. Cependant, les manifestations sont moins perceptibles qu'en Afrique.

politiques, matérielles, économiques, financières, religieuses et sociales. Il reçoit des pressions aux niveaux : national, ethnique et même de sa hiérarchie qui influence de manière directe ou non l'exercice de ses missions. Ces pressions sont, dans certains cas, source de dépendances dans lesquelles les décisions peuvent être rendues et auxquelles des solutions pourraient être envisagées.

## *2. Solutions envisageables*

**322. Le renforcement de l'organe judiciaire.** Avec l'importance constatée du rôle du juge dans la nouvelle réglementation, il est opportun d'envisager des réformes sérieuses, aussi bien au niveau de l'organisation des tribunaux que de la formation professionnelle des juges<sup>974</sup>.

Dans le sens d'une réorganisation des tribunaux, des juridictions consulaires<sup>975</sup> pourront être créées, avec des règles d'organisation et de fonctionnement propres ou encore faire siéger en cas de contentieux d'annulation d'une décision sociale, des juges professionnels avec des personnes qualifiées dans la pratique des opérations commerciales et, enfin, procéder à la publicité de toutes les décisions rendues par les juges pour permettre aux citoyens de les connaître.

**323.** Relativement au recrutement et à la formation des juges, il doit être organisé des concours, non plus par chaque État, mais dans l'ensemble de l'espace OHADA, avec un minimum de quotas nationaux. Ce juge siègera dans tout l'espace, sauf dans son pays d'origine et pourra être évincé du système lorsque sa responsabilité sera établie. En plus, il doit être organisé avec une fréquence plus accrue des stages de recyclage et de perfectionnement, question d'adapter leurs connaissances au contexte économique qui est toujours en constante évolution. Dire le droit est donc la fonction et la vocation première du juge. Ce n'est qu'à certaines occasions qu'il peut être amené à créer le droit. En effet, en droit des sociétés commerciales, le juge n'apparaît pas seulement comme un organe au service de la loi et dont

---

<sup>974</sup> La redéfinition de l'office du juge a été soulignée par de nombreux auteurs à l'instar de Kamga (J.), « Réflexions concrètes sur les aspects judiciaires de l'attractivité économique du système juridique de l'OHADA », disponible sur <http://www.daldewolf.com>, consulté le 18/05/16 ; Armand-Prévoist (M.), « Quel profil pour un juge économique en France ? », *in le juge et le droit de l'économie*, Mélanges en l'honneur de Bézard (P.), Montchrestien, 2002, p. 37 et s., préface Badinter (R.) ; Lacabrats (A.), « Articulation du règlement des différends par le régulateur et par le juge du contrôle », *in les risques de régulation*, Frison-Roche (M.-A.) dir., Presses de Sciences Po et Dalloz, 2005, p.255 ets.

<sup>975</sup> Ce sont des tribunaux de commerce. En France par exemple, les procédures collectives concernant les commerçants relèvent de ces juridictions qui sont dirigées par les commerçants élus par leurs pairs.

il comble les lacunes traditionnelles. Investi par la loi d'une sorte de délégation, il est beaucoup plus qu'un interprète, l'agent sur lequel autant la loi que les acteurs sociaux comptent pour protéger l'intérêt social. Pour cela, le recours au contrôle de l'opportunité des actes sociaux nous semble nécessaire en droit des sociétés.

## **Section 2. La nécessité d'un contrôle de l'opportunité en droit des sociétés**

**324. Définition du contrôle de l'opportunité.** Par opposition à la légalité, l'opportunité s'entend de « *l'ensemble des considérations d'intérêts, d'utilité et de justice amenant une autorité à faire tel acte ou à donner telle solution à une affaire dont elle est saisie* »<sup>976</sup>. Dans le cadre des contentieux mettant en jeu la régularité d'un acte social, le critère de contrôle de l'acte social contesté repose non plus sur le caractère illicite de l'acte, mais sur le résultat qu'il produit sur le fonctionnement de la société. Cette technique de contrôle des actes sociaux est critiquée en droit de l'OHADA parce qu'elle pourrait conduire le juge à porter atteinte à la souveraineté des titulaires du pouvoir. La critique ne nous semble pas justifiée dans la mesure où la protection judiciaire de l'environnement sociétaire passe par l'appréciation de la gestion de la société. Le juge devrait pouvoir, à notre avis, établir un lien entre la disproportionnalité des moyens de l'auteur de l'acte et le but à atteindre par l'acte. Dans cette partie, nous reviendrons sur les débats qui existent autour de la question du contrôle judiciaire de l'opportunité des actes sociaux (§1), avant de présenter l'intérêt social comme fondement du recours judiciaire à ce moyen de contrôle en droit des sociétés commerciales de l'OHADA (§2).

### **§1. Les débats autour du contrôle judiciaire de l'opportunité des actes sociaux**

**325. Des critiques dévalorisées.** Le contrôle judiciaire de l'opportunité des actes sociaux contestés est une technique de contrôle qui fait l'objet de nombreuses critiques (A) au sein de la doctrine. Pourtant, le recours à cette technique de contrôle par le juge pourrait parfaitement se justifier (B) car il s'agit en effet d'un excellent instrument de régulation judiciaire des rapports sociaux.

---

<sup>976</sup> Cornu (G.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p.706, V° opportunité.

## A. Les critiques au contrôle de l'opportunité de l'acte contesté

**326. Le juge n'est pas un organe social.** Le contrôle judiciaire de l'opportunité des actes sociaux contestés préoccupe parce qu'il touche au pouvoir souverain de l'auteur de l'acte. Un auteur a fait remarquer qu'en droit des sociétés, la jurisprudence « *est devenue explicitement ou implicitement la clef de décodage des solutions par lesquelles les juges tentent de lire la loi à la lumière des besoins, des sensibilités et des tendances contemporaines* »<sup>977</sup>. Cette observation, qui pourrait également être faite dans le contexte de l'OHADA, n'emporte pas l'approbation des adeptes de la nature contractuelle de la société. Pour eux, le juge n'est pas un organe social, par conséquent, il n'est pas apte à connaître des actes sociaux. Ainsi, la prétendue incompétence du juge pour apprécier le bien-fondé des décisions économiques est très souvent mise en exergue. En effet, le juge n'est lui-même ni chef d'entreprise, ni technicien de l'économie ou de gestion financière. Cela implique son ignorance quant à la situation exacte des sociétés soumises à son contrôle. C'est pour éviter un contrôle excessif de sa part, que les pouvoirs qui lui sont attribués dans le cadre de la réalisation de l'ordre public sociétaire sont encadrés.

**327. Les craintes d'un contrôle judiciaire excessif.** Le contrôle judiciaire de l'opportunité de l'acte social contesté conduit le juge à examiner la pertinence de l'objectif de la décision prise. Il doit rechercher le fondement de l'acte et sa qualité intrinsèque par rapport au contexte social. C'est à cet effet que certains auteurs repoussent l'intervention du juge dans ce domaine, car contrôler l'opportunité de l'acte c'est rentrer dans des considérations d'ordre politique qui conduiraient à un interventionnisme judiciaire. Plusieurs arguments sont généralement avancés pour justifier cette position. Il s'agit notamment de la crainte d'une inhibition économique de la société commerciale par un contrôle excessif, de l'incompatibilité entre le régime politico-économique et l'interventionnisme judiciaire ou simplement de la présence excessive d'un pouvoir<sup>978</sup> judiciaire au sein des sociétés commerciales. Un auteur<sup>979</sup>

<sup>977</sup> Champaud (Cl.), « Le droit français des sociétés à l'aube du XXIème siècle », *Rev. sociétés*, 2000, p. 78.

<sup>978</sup> Dans le langage courant, le pouvoir désigne une puissance, une maîtrise de fait, une autorité, une domination. C'est la possibilité d'agir sur quelqu'un ou d'agir sur quelque chose. En droit privé, la diversité des sens donnée à la définition de cette notion, a engendré une grande confusion qui n'a été éclaircie que récemment. Classiquement, le droit était assimilé aux droits subjectifs et de représentation. En ce sens, l'a défini comme « *le pouvoir d'agir d'une personne individuelle ou collective en vue de réaliser un intérêt dans les limites de la loi* ». V. Ionescu (O.), *la notion de droit subjectif dans le droit privé*, Bruylant, 2<sup>e</sup> éd., 1978, p.128, n°75, préface de Ripert (G.).

Dans un sens plus récent, la notion de pouvoir a été définie comme « *la prérogative qui permet à son titulaire d'exprimer un intérêt au moins partiellement distinct du sien, par l'émission d'actes juridiques unilatéraux contraignants pour autrui* », V. Gaillard (E.), *Le pouvoir en droit privé*, Economica, coll. Droit civil, 1985, p.232.

<sup>979</sup> V. Berle (A.) *Le capitalisme américain et la conscience du Roi*, A. Colin, 1957, p.47.

affirme avec conviction « *qu'aucun tribunal extérieur, aucune juridiction, aucun groupe de profanes et même parfois d'hommes d'affaires, n'a la compétence nécessaire pour décider qu'une décision donnée est sage ou folle, fondée ou due au hasard, techniquement justifiée ou prise à la légère* »<sup>980</sup>. En effet, les cas dans lesquels cet éminent auteur américain voit la possibilité d'une intercession judiciaire sont rares, il les expose de la façon imagée suivante : « *lorsque la sagesse frôle la folie évidente, lorsque la confiance dans le hasard est poussée jusqu'à la témérité, lorsque les considérations techniques sont négligées jusqu'à l'absurde ou que les décisions sont altérées par la corruption, alors seulement les personnes étrangères peuvent se faire une opinion* »<sup>981</sup>. Doit-on devant cet assaut d'éloquence rejeter le principe d'un contrôle judiciaire de l'opportunité des actes sociaux attaqués, alors même que ce contrôle semble trouver une justification ?

## B. La justification d'un contrôle de l'opportunité en droit des sociétés de l'OHADA

**328. Le rétablissement des équilibres.** Sur le plan économique, il n'est pas douteux que le législateur ait de plus en plus recours au juge. Il l'invite à entrer dans des méthodes d'opportunisme<sup>982</sup>, d'adaptation à la conjoncture, substituant aux nullités et aux peines, des mesures rétablissant des équilibres. Il s'agit de mensurations dont le législateur est évidemment incapable autrement que par délégation<sup>983</sup>. Certes, dans cette opinion, on admet que le contrôle judiciaire ne s'en tienne pas aux apparences de la régularité formelle et qu'il puisse procéder à une recherche d'intention. Mais le but de cette recherche d'intention est de découvrir l'existence dans le comportement majoritaire d'une faute, de nature à justifier la qualification d'abus de droit<sup>984</sup>. Cette notion étant alors tenue pour une simple application de la théorie de la responsabilité civile, à l'exclusion de toute référence à « *l'utilité sociale* »<sup>985</sup>. Mais la

<sup>980</sup> Berle précise que : « *L'institution entière de la société et la structure du pouvoir ne pourraient que se « désintégrer » si l'exercice de (l'autorité) est partagé : l'organe de contrôle, (tribunal, commission d'investigation, autorité administrative, etc...) substituerait son jugement commercial au jugement « commercial de la direction », ce qui serait économiquement mauvais parce que « l'exercice du pouvoir, dans le domaine où il lui est permis de s'exercer est l'affaire d'une seule personne » et que « celui seul qui détient l'autorité est suffisamment informé d'une situation, de ses conséquences, et de ses périls... ».* v. Berle (A.), *Le capitalisme américain ou la conscience du Roi*, op. cit.

<sup>981</sup> *Ibidem*.

<sup>982</sup> V. Azencot (M.), *L'intervention du juge dans la gestion des sociétés commerciales*, op. cit., p.37 ; V. également l'art 130 AUDSCGIE sur l'abus de majorité et art.131 sur les abus de minorité et d'égalité. Le législateur invite le juge à apprécier la conformité de la décision à l'intérêt de la société.

<sup>983</sup> Savatier (R.), *Le juge dans la cité française*, Dalloz, 1967, chron XXII, P.198 et s.

<sup>984</sup> Voir la notion d'abus de droit infra

<sup>985</sup> L'« *utilité sociale* » est une catégorie rejetée par une partie de la doctrine. V. Mazeaud (M.), *Leçons de Droit civil*, 2<sup>e</sup> éd, Montchretien, t.2, 23<sup>e</sup> leçon, n° 458. L'auteur s'exprime en ces termes : à raison du danger d'intrusion

jurisprudence montre que l'abus de droit est entendu de façon plus large en droit des sociétés<sup>986</sup>. Ce qui devrait avoir pour effet d'étendre considérablement les pouvoirs du juge et de modifier efficacement la nature même de son contrôle.

**329. Contrôle de légalité et contrôle d'opportunité.** Même dans un contentieux de l'annulation, la distinction entre le contrôle de légalité et le contrôle d'opportunité ne conduit qu'à se payer de mots car tout dépend, en effet, des limites du contrôle de légalité. Dans le cas des nullités facultatives, le législateur invite le juge à opérer un contrôle d'opportunité. Le juge doit nécessairement passer, au minimum, par le contrôle des motifs de la décision prise. Il en est ainsi même en dehors du droit des sociétés car le contrôle des motifs est partie intégrante du régime des institutions collectives. Certes, on ne manquera pas d'objecter que le contrôle des motifs n'est pas incompatible avec un simple contrôle de légalité, ainsi dira-t-on, si la décision contestée est fondée sur l'intention de nuire, elle doit être annulée comme « *illégal* » ou « *illicite* » et il ne s'agira pas pour autant d'un contrôle d'opportunité. Mais, en cette matière, l'intention de nuire n'est pas indispensable pour que la nullité soit prononcée et les tribunaux adoptent un fondement qui, au moins dans une de ses composantes implique un contrôle touchant à l'opportunité. Et dès lors que l'on a déterminé un des éléments, la méconnaissance de l'intérêt social permettant d'apprécier une décision sociale, le contrôle judiciaire se trouve nécessairement élargi du fait du choix de ce critère.

## §2. L'intérêt social, fondement du contrôle de l'opportunité

**330. Un standard juridique.** L'intérêt social est une notion contenue dans quelques dispositions de l'acte uniforme<sup>987</sup>. A l'instar de tous les standards juridiques, elle n'a fait l'objet d'aucune définition par le législateur de l'OHADA. Tous les efforts doctrinaux entrepris dans ce sens n'ont abouti qu'à des définitions controversées<sup>988</sup> (A) de la notion. Dès lors que l'intérêt

---

du juge qui, « *contraint de déterminer le but social de chacun de nos droits, n'évitera pas de glisser du domaine juridique dans le domaine politique, par exemple quand il devra découvrir la finalité du droit de propriété et limiter ce droit en considération de sa finalité* ».

<sup>986</sup> Cf. *Infra* n°550.

<sup>987</sup> Il s'agit notamment des articles 130 et 131 de l'AUSDSCGIE sur les abus de majorité et de minorité, les articles 277 concernant les SNC, 328 les SARL du même acte.

<sup>988</sup> Cf. Constantin (A.), « L'intérêt social : quel intérêt ? », in *mélanges Mercadal B.*, éd. Francis Lefebvre, 2002, p. 315 ; Goffaux-Callebaut (G.), « La définition de l'intérêt social : retour sur la notion après les évolutions législatives récentes », », *RTD com.*, 2004, p.34.

social a fait l'objet d'une violation, le juge a les moyens d'intervenir<sup>989</sup> dans la vie de la société afin d'en préciser les contours puisque son utilité<sup>990</sup> est incontestable pour le bon fonctionnement de la société (B).

### A. Les controverses autour de la notion d'intérêt social

**331. Le référent des actes sociaux.** Tous les auteurs sont unanimes sur l'idée selon laquelle l'intérêt social est le pôle vers lequel doivent tendre les actes et décisions des organes sociaux et ceux de l'assemblée d'associés<sup>991</sup>. Cependant, la question se pose de savoir où se trouve ce pôle puisque cette notion a un « *contenu variable* »<sup>992</sup>. Certains auteurs, faisant référence au caractère institutionnel de la société, pensent que l'intérêt social c'est l'intérêt de l'entreprise (1). Pour d'autres, en revanche, la société étant un contrat, son assimilation à l'intérêt des associés paraît évidente (2). En France, cette controverse semble avoir trouvé une solution grâce à l'élargissement de la notion d'intérêt social par la loi PACTE (3).

#### 1. L'approche institutionnelle de l'intérêt social

**332. La place de la jurisprudence.** La jurisprudence fait recours à la notion d'intérêt social dans de nombreux cas, notamment lorsqu'elle sanctionne ou non les abus de majorité, de minorité et d'égalité<sup>993</sup>. La référence à l'intérêt social est également faite lorsque le conflit a pour origine un coup d'accordéon<sup>994</sup>. Généralement, la jurisprudence assimile l'intérêt social à l'intérêt patrimonial de la société. L'appréciation par le juge de la rupture d'égalité entre les associés ou de l'acte contesté se fait à l'aune de la possibilité de pérennité de la société. Un

<sup>989</sup> V. Jeantin (M.), « Le rôle du juge en droit des sociétés », *op. cit.*, p. 149.

<sup>990</sup> Mestre (J.), « Éthique et droit des sociétés », *op. cit.*, p.291 ; M. Cauzian (M.), Viandier (A.), Deboissy (Fl.), *Droit des sociétés, op. cit.*, p.253, n°557 à 565. Ces auteurs conçoivent l'intérêt social « *comme un guide qui impose d'agir dans le respect des éléments fondamentaux de la société, un impératif de conduite ou une boussole qui indique la marche à suivre* ».

<sup>991</sup> V. le rapport du groupe de travail français CNPF-AFEP ; éd. ETP, Paris, juill. 2005, p. 9.

<sup>992</sup> V. sur la question Mouthieu Njandeu (M. A.), *L'intérêt social en droit des sociétés*, l'Harmattan, coll. Etudes Africaines, 2009, préface de Pougoué (P. G.) p.25 et s., n°11 et s.

<sup>993</sup> V. TR Niamey, jugement civil n° 96 du 26 mars 2003, Ohadata J-04-78, disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté le 10/04/2018. Dans cette affaire, les juges ont rejeté la demande d'annulation d'une délibération pour abus de majorité en justifiant leur position par le mauvais état de santé économique et financier de la société. De même dans un arrêt du 3 juin 2003, les juges de la Cour de cassation ont cassé l'arrêt de la Cour d'appel qui avait retenu l'abus de majorité au motif que la délibération adoptée permettait à la société de faire de très gros investissements. Cf. Cass. com., 3 juin 2003, n°00-14386, *Bull. Joly sociétés*, 2003, p. 1049, note Gordon (L.).

<sup>994</sup> Cass. com., 18 juin 2002, *Dalloz Affaires*, 2002, p. 3264, obs. Hallouin J.-Cl.

exemple nous est donné par l'arrêt rendu le 18 juin 2002<sup>995</sup>. La chambre commerciale de la Cour de cassation a clairement précisé qu'en dépit des critères retenus pour définir l'intérêt des associés, celui-ci n'est pas supérieur à l'intérêt social. Cet arrêt a permis à la Cour de montrer son adhésion au caractère institutionnel de l'intérêt social qui se distingue fondamentalement de l'intérêt des associés. Ainsi conçu, l'intérêt social rejoint l'idée d'une partie de la doctrine<sup>996</sup> qui pense, qu'en dépit de son caractère fictif, l'intérêt social est celui de la personne morale. Il se pose alors la question de la place réservée aux intérêts des acteurs sociaux ayant un lien direct ou indirect avec la société tels les créanciers, les travailleurs, les clients.

**333. Un intérêt supérieur à celui des organes sociaux.** L'intérêt social est un intérêt qui transcende les intérêts catégoriels<sup>997</sup>. Pour emprunter les mots d'un auteur, c'est « *l'intérêt de l'entreprise qui ne se confond pas avec celui des associés ou des dirigeants, n'est pas non plus réductible aux intérêts des autres participants. Il n'est pas davantage leur somme ou leur synthèse* »<sup>998</sup>. On pourrait affirmer sans aucun doute que l'intérêt des associés n'est que le contenu de l'intérêt social<sup>999</sup> qui sert également d'intérêt de toute la collectivité. Dès lors, en cas de conflit, le juge cherchera à protéger prioritairement l'intérêt de l'entreprise. On comprend donc que l'intérêt de l'entreprise regroupe non seulement les intérêts catégoriels, mais aussi l'intérêt de la société par sa pérennité et la stabilité dans son fonctionnement.

<sup>995</sup> Cass. com., 18 juin 2002, *op. cit.*

<sup>996</sup> Verdier (J.-M.), « L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme », in Monsallier (M.-C.), LGDJ 1998, P. 318, n° 762. L'auteur concevait la société comme « *une personne morale indépendante de la masse des personnes physique qui la composent* » ; Constantin (A.), « l'intérêt social, quel intérêt ? », *op. cit.*, 317 ; CA Paris, 19 sept. 2001, *Bull. Joly*, 2001, note du même auteur, p. 1131.

<sup>997</sup> De Cordt (Y.), *L'égalité entre actionnaires*, Louvain 2004, p. 434, n° 282. La position de l'auteur était contraire à la partie de la doctrine qui pense que le droit positif retient non pas un droit transcendant un intérêt social supérieur, mais de même nature que l'intérêt des associés. v. à ce sujet Mathey (N.), *Recherche sur la personnalité morale en droit privé*, thèse dactyl. Paris II, 2001, p. 246, n° 556.

<sup>998</sup> Champetier de Ribes-Justeau (A.-L.), *Les abus de majorité, de minorité de d'égalité. Etude comparative des droits français et américain des sociétés*, Champetier de Ribes-Justeau (A.-L.), *Les abus de majorité, de minorité et d'égalité. Etude comparative des droits français et américain des sociétés*, thèse Paris I, 2006., p. 227, n° 313.

<sup>999</sup> Paillusseau (J.), *La société anonyme technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, 1967, p. 200 ; du même auteur, « L'efficacité de l'entreprise et la légitimité du pouvoir », *Petites Affiches*, 19 juin 1996, p. 23, n°74. L'auteur, voyant en la société un instrument privilégié de l'organisation des entreprises, assimilait l'intérêt social à un « *intérêt propre d'une entité autonome et indépendante* ». Car, disait-il, qu'en effet, « *l'intérêt de l'entreprise est le meilleur garant de la protection de l'ensemble des intérêts catégoriels. Il est évident que si l'entreprise est la cause de l'existence de tous ces intérêts, sa prospérité est aussi le dénominateur commun de leur protection. C'est dans la perspective de son expansion et de sa rentabilité que des associés lui ont apporté des fonds, que des tiers lui ont accordé du crédit, que des dirigeants la conduisent, que des salariés et des cadres y travaillent, que des partenaires l'admettent dans une centrale d'achats, (...)* ».



**334. Intérêt de l'entreprise ou intérêt de la personne morale ?** Les auteurs<sup>1000</sup>, dont la pensée fut attribuée à l'école de « *Rennes* », estiment que l'entreprise se distingue fondamentalement de la société. L'entreprise<sup>1001</sup> est une organisation économique et humaine. C'est un ensemble de moyen en capital et en travail destiné à assurer la protection de biens et de services. Tandis que la société est une notion purement juridique, elle est « *la structure d'accueil de l'entreprise* »<sup>1002</sup>. Malgré toutes ces distinctions, l'analyse fonctionnelle prend en considération, pour l'organisation de l'entreprise, autant les données contractuelles que celles institutionnelles<sup>1003</sup>. Le législateur de l'OHADA n'a pas dérogé à cette règle. D'un côté, il a retenu le caractère contractuel de l'entreprise, c'est-à-dire réalisé par la volonté des parties<sup>1004</sup>. De l'autre côté, il a insisté sur le caractère institutionnel de celle-ci par le biais des dispositions de l'AUDSCGIE. Cette approche n'est concevable que parce qu'elle prend en considération l'intérêt des associés tel que voulu par l'approche contractuelle de l'intérêt social.

## 2. L'approche contractuelle de l'intérêt social

**335. Les arguments contre l'approche institutionnelle.** La partie de la doctrine<sup>1005</sup> qui milite pour l'approche contractuelle de l'intérêt social estime que « *la conception institutionnelle de la société ne répond plus aux besoins de notre temps* ». Sans toutefois rejeter en bloc le côté libéral adopté par l'approche institutionnelle, ces auteurs ont une position capitaliste. Celle-ci, apparemment, rend impossible l'assimilation des règles de droit des contrats à des règles issues de la théorie de l'institution. Pour un auteur, « *la société est un organisme chargé de conquérir l'épargne et de faire des bénéfices. Les problèmes de l'entreprise, les relations du capital, de la direction et du travail, l'intéressement aux fruits de l'expansion, n'affectent pas la société d'une façon directe (...)* »<sup>1006</sup>. L'approche

<sup>1000</sup> Champaud (Cl.), « Le contrat de société existe-t-il encore ? », in *Le droit contemporain des contrats. Bilan et perspectives*, éd. Travaux et recherches, Economica, 1987, p. 125 ; Paillusseau (J.), « Les fondements du droit moderne des sociétés », *JCP*, 1984, p.3148; Contin (R.), *Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes*, op. cit.

<sup>1001</sup> Cass. civ., 12 mars 2002, *Bull. Joly sociétés*, 2002, § 224, p. 1033, note Saintourens (B.)

<sup>1002</sup> Hamelin (J. F.), *Le contrat-alliance*, Economica, 2012. L'auteur pense qu'en dehors des modèles de contrat-échange, il existe des modèles de contrat-alliances.

<sup>1003</sup> Paillusseau (J.), « La logique organisationnelle dans le droit. L'exemple du droit des sociétés », in *droit et actualité*. Etudes offertes à Béguin (J.), 2005, p. 567 ; De Cordt (Y.), *L'égalité des actionnaires*, op. cit., p. 216, n° 163.

<sup>1004</sup> Cf. art. 2-1 de l'AUDSCGIE.

<sup>1005</sup> Didier (P.), « La théorie contractualise de la société », *Rev. Sociétés*, 2000, p. 95 ; Tilquin (T.) et Simonart (V.), *Traité des sociétés*, t.1, Kluwer éditions juridiques, Belgique, 1996, p. 96, n° 124 ; May (J.-Cl.), « La société : contrat ou institution ? », in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, Basdevant-Gaudemet (B.) dir., LGDJ, Paris, 2004, p.122.

<sup>1006</sup> Schmidt (D.), *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, Sirey, 1970.

institutionnelle de l'intérêt social est une approche qui pourrait avoir de graves conséquences notamment la remise en cause des fondements même de la société. Cette thèse se fonde sur de nombreux articles, en l'occurrence l'article 4 de l'AUDSCGIE et l'article 1832<sup>1007</sup> du Code civil français qui voient en la société un contrat, sans oublier l'article 1833<sup>1008</sup>. Ces textes posent le principe selon lequel la constitution de la société est faite dans le but de satisfaire les intérêts des associés qui ont seule vocation à partager entre eux le bénéfice social<sup>1009</sup>. Le but social étant l'enrichissement au bénéfice de la collectivité, les associés majoritaires n'hésiteront plus à prendre des décisions dans l'intérêt de tous les associés au détriment de leurs intérêts personnels. L'idée qui en découle est la suivante : les actes pris par les organes sociaux en cours de fonctionnement social doivent l'être dans l'intérêt commun des associés. Toutefois, cet intérêt commun dont il est question n'est pas forcément un, ce qui constitue une limite de cette conception.

**336. Les limites de cette thèse.** La thèse du caractère contractuel de la société conduit à admettre que la société doit être gérée dans le but d'atteindre l'intérêt commun des associés. Cependant, l'intérêt des associés ne converge pas toujours. Pour certains associés, appelés actionnaires-investisseurs, l'intérêt social consiste en la seule recherche du profit. Ils préfèrent maximiser leurs profits à court terme plutôt que d'assurer la pérennité de l'entreprise dans laquelle ils investissent. En revanche pour d'autres, appelés actionnaires-entrepreneurs, l'intérêt social se résume à la recherche du profit de tous les associés parce qu'ils pensent qu'« *une société ne peut être créée et gouvernée dans l'intérêt de certains associés seulement* »<sup>1010</sup>. Le recours à l'approche contractuelle engendre plus de problèmes qu'elle n'en résout. Elle multiplie les interventions du juge dans la vie des sociétés commerciales<sup>1011</sup>. Au-delà de toutes les considérations, l'intérêt social doit prendre en compte à la fois l'intérêt des associés et l'intérêt de l'entreprise<sup>1012</sup>. Cette approche qu'un auteur<sup>1013</sup> avait déjà eu l'occasion de présenter, a le mérite de trouver un juste milieu entre l'individualisme libéral et la prise en

<sup>1007</sup> L'article 1832 énonce que « *la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou de leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* ».

<sup>1008</sup> L'article 1833 dispose que « *toute société doit être (...) constituée dans l'intérêt commun des associés* ».

<sup>1009</sup> Cf. Schmidt (D.), « De l'intérêt social », *JCP E*, 1995, p. 488, n°38.

<sup>1010</sup> V. Schmidt (D.), *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, op. cit., p. 535, n°404.

<sup>1011</sup> Cass. com., 20 mars 2007, *Rev. Sociétés*, 2007, p. 806, spéc. n° 12.

<sup>1012</sup> Bertel (J.-P.), « Liberté contractuelle et sociétés », *RTD com*, 1996, p. 626, n°52.

<sup>1013</sup> Chaput (Y.), *Droit des sociétés*, PUF, coll. Droit fondamental, 1993, « *Dès lors qu'on parle d'intérêt (social), celui-ci risque d'éclater s'il n'assure pas un compromis efficace entre les véritables égoïstes ou altruistes en cause ; ceux des associés individuellement considérés, des cocontractants, des concurrents, comme des pouvoirs publics qui poursuivent cet impalpable intérêt général, fondement de bien des interventions législatives* ».

compte de l'intérêt général. C'est à cela que pourrait se résumer la position du législateur de l'OHADA.

**337. La position du législateur de l'OHADA.** D'une lecture attentive des dispositions de l'AUDSCGIE, il ressort que le législateur de l'OHADA a retenu d'un côté, l'approche institutionnelle et de l'autre, l'approche contractuelle. Cette position ne va pas sans difficultés pour le juge qui doit rechercher à établir un équilibre entre les deux approches. Toutefois, l'un des objectifs de l'OHADA étant de favoriser la pérennité des entreprises en Afrique, c'est la réalisation de cet objectif qui guide le raisonnement de la jurisprudence dans ce contexte. Dans le contexte français, quant à lui, le législateur est parvenu à un élargissement de la notion d'intérêt social grâce à la loi PACTE.

### *3. L'élargissement de la notion d'intérêt social par la loi PACTE*

**338. Une définition cherchant à concilier performance économique et sociale.** L'une des conséquences de la loi n° 2019-486 relative à la croissance et la transformation des entreprises dite « Loi PACTE »<sup>1014</sup> est la modification de l'article 1833 al. 2 du Code civil français. Selon la nouvelle rédaction de cet article : « *la société doit être gérée dans son intérêt propre, en considérant les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* ». La réécriture de l'article 1833 du Code civil français fait entrer dans la loi la notion d'intérêt social de l'entreprise avec une définition extrêmement extensive voire interventionniste. Celle-ci vise à faire peser sur les associés et dirigeants des sociétés une obligation de gestion de l'entreprise en adéquation avec les enjeux environnementaux et sociaux de notre temps. Cette modification, fortement critiquée par certains auteurs<sup>1015</sup>, qui craignent son usage abusif par les associés minoritaires<sup>1016</sup>, a apporté un nouveau visage à la notion de l'intérêt social dans le contexte français<sup>1017</sup>. Désormais, la notion d'intérêt social ne sera plus appréciée conformément aux seuls intérêts des contractants ou aux seuls intérêts économiques, elle prendra en compte tous

<sup>1014</sup> Le plan d'action pour la croissance et la transformation a été publiée au Journal Officiel le 23 mai 2019.

<sup>1015</sup> Schmidt (D.), « La loi Pacte et l'intérêt social », *Dalloz*, 2019, p.633 ; Heinich (J.), « Intérêt propre, intérêt supérieur, intérêt social », *Rev. Sociétés*, 2018, p.568. Ces auteurs pensent que la définition de l'intérêt social donnée par la loi Pacte n'est pas nouvelle parce qu'elle a déjà été posée par la jurisprudence dans de nombreux cas. *Addé Couret (A.)*, « La réforme de l'entreprise passe-t-elle nécessairement par une réécriture du Code civil ? » *Rev. Sociétés*, 2018, p. 639 ;

<sup>1016</sup> Legeais (D.), *Droit commercial et des affaires*, Sirey, 26<sup>e</sup> éd., coll. Université, 2020, p. 182, n°348.

<sup>1017</sup> *Ibidem*. L'auteur relève que « *le seul risque de la nouvelle rédaction est de voir des minoritaires s'en emparer en saisissant le juge pour lui demander de retenir une responsabilité pour non-respect de ces nouvelles exigences* ».

« *les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* ». Le législateur français n'a pas donné une définition précise d'« *enjeux sociaux et environnementaux de son activité* ». À notre avis, cela renvoie à toutes valeurs sociales et environnementales qui pourraient, directement ou indirectement, être influencées par un acte ou une décision sociale. Le juge devra donc rechercher dans l'acte ou la décision contestée la méconnaissance de toutes valeurs sociales ou environnementales qui irriguent le monde qui entoure la société.

**339. Des intérêts complémentaires.** Il n'est pas possible de concevoir l'intérêt de la société en dehors de celle de l'entreprise car l'intérêt de l'un s'identifie à celui de l'autre. De même, l'intérêt de la société s'identifie à tous les intérêts catégoriels de tous ceux qui participent au fonctionnement de la société. En effet, cela semble être d'une logique implacable « *puisque la protection des intérêts catégoriels nécessite la protection de la source de ces différents intérêts* »<sup>1018</sup>. Enfin, intégrer les enjeux sociaux et environnementaux de l'activité de la société dans la définition de l'intérêt social permet de considérer l'entreprise comme un pôle de création de richesse pour tous les acteurs sociaux en considération de l'influence que ces actes peuvent avoir sur le plan social et environnemental. Au-delà des nombreuses critiques faites à la nouvelle définition de l'intérêt social, le juge, lorsqu'il est saisi, recherche dans l'acte objet de sa saisie, la contrariété de l'acte à l'intérêt social, puisque cet intérêt revêt une utilité indéniable<sup>1019</sup>.

## **B. L'utilité de l'intérêt social**

**340. L'inanité d'une définition de l'intérêt social.** Au regard de l'importance de l'intérêt social, on serait tenté d'affirmer que le législateur s'est volontairement abstenu de lui donner une définition. Cette abstention marque la volonté du législateur de laisser le soin au juge<sup>1020</sup> à travers son rôle créateur d'en préciser les contours. L'intérêt social est une notion qu'il est inutile d'encadrer dans une définition car elle renvoie à des réalités différentes en fonction des sociétés et parfois au sein d'une même société. Ainsi, allant dans le même sens

---

<sup>1018</sup> Meukeu (B. Y.), « De l'intérêt social dans l'AUSCGIE de l'OHADA », p.1, disponible sur [www.juriscopie.org](http://www.juriscopie.org), consulté le 20 nov. 2015, Ohadata D-06-24.

<sup>1019</sup> Un auteur relève que l'intérêt social est une notion à finalité protectrice car il protège autant les intérêts des particuliers que ceux de l'économie. Cf. Mouthieu Njandeu (M. A.), *L'intérêt social en droit des sociétés*, op. cit., p.195 et s., n° 306 et s.

<sup>1020</sup> Cette volonté du législateur pourrait se justifier par l'origine même de la notion. Parce que ce concept est d'origine jurisprudentielle, celle-ci pourrait mieux l'appliquer au gré des besoins.

qu'un auteur<sup>1021</sup>, nous pensons que l'intérêt social peut être retenu comme critère de régularité de l'acte d'un organe social ou de l'assemblée d'associés. Dès lors, toute appréciation de l'intérêt social par le juge sera faite en fonction des circonstances, des faits, des réalités ou de l'environnement de la société. Comme toute notion standard, sa mise en œuvre exige une part de subjectivité<sup>1022</sup>, ce qui justifie la place essentielle<sup>1023</sup> réservée au juge.

**341. Le pouvoir de détermination de l'intérêt social.** En principe, il appartient à l'associé par le biais de l'assemblée générale de déterminer l'intérêt social puisqu'il est l'organe souverain de la société. Toutefois, lorsque le juge est saisi, il doit dans chaque cas rechercher le contenu de l'intérêt social. Or, les pouvoirs d'appréciation de l'intérêt social qui lui sont reconnus exigent que l'on s'interroge sur l'efficacité de son action. Plusieurs éléments peuvent justifier un tel questionnement. D'une part, le juge n'intervient dans la société que lorsqu'il est saisi, par conséquent l'on suppose qu'il ne la maîtrise pas. D'autre part, son appréciation n'est soumise à aucune contradiction. Face à la liberté judiciaire, le législateur a adopté des mesures dont l'objectif est d'éviter les interprétations trop subjectives pouvant aboutir à une insécurité juridique. Il s'agit notamment de l'obligation judiciaire de motiver les décisions<sup>1024</sup>. Cette obligation représente non seulement une garantie contre l'arbitraire du juge mais aussi un moyen qui lui permet d'expliquer sa position en justifiant le respect du raisonnement juridique. Ainsi, elle rend sa décision plus acceptable et susceptible de faire l'objet de contrôle. Il revient donc en principe aux organes sociaux de déterminer ce qui est important pour la société. Le juge ne peut intervenir qu'en dernier ressort et de manière exceptionnelle car les associés ont un regard interne et les juges un regard externe.

**342. Instrument garantissant le bon fonctionnement de la société.** L'intérêt social est un instrument mis à la disposition du juge lui permettant de sanctionner les irrégularités commises par les organes sociaux. C'est ce qui justifie la sanction des abus de majorité, de

<sup>1021</sup> Cet auteur pense que l'intérêt social est « un mécanisme général d'infléchissement des règles du droit des sociétés (...) dans un domaine où le besoin d'adaptation et d'évolution (peut l'emporter sur le besoin de sécurité ». V. Saintourens (B.), « La flexibilité du droit des sociétés », *RTD com*, 1987, p.483.

<sup>1022</sup> Al-Sainhoury, *Le standard juridique, op. cit.*, spéc. p. 146, « le standard diffère également de la règle et du principe quant au fonctionnement. C'est la logique pure qui domine le fonctionnement de ces deux derniers procédés ; logique inductive pour dégager le principe de l'ensemble des règles et logique déductive pour appliquer la règle et le principe aux cas d'espèce. Les solutions auxquelles on aboutit seront des solutions abstraites. S'accommodant mal très mal aux cas particuliers, vu que la vie sociale ne peut être soumise à une logique rigoureuse et étroite. Le standard, en revanche, ne se prête pas à une application mécanique. C'est l'institution et l'expérience pratique des choses de la vie qui inspirent et guident le juge dans l'application empirique du standard. L'institution et l'expérience prennent la place du raisonnement et de la logique ».

<sup>1023</sup> Ledoux (J.-L.), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Colin (A.), 6<sup>e</sup> éd., 1995, n°113.

<sup>1024</sup> Cette obligation tire ses sources de l'article 455 du code de procédure civile français.

minorité et d'égalité ou encore la privation du droit de vote d'un associé lorsqu'il y'a une préférence à l'intérêt personnel. Le juge a pour mission de vérifier que l'acte contesté est contraire à l'intérêt social. Les décisions sociales qui seraient prises en méconnaissance de l'intérêt social seront annulées, bien qu'ayant respecté le principe du contradictoire exigé

## Conclusion du chapitre 2

**343.** En droit des sociétés commerciales de l'OHADA, le contrôle de la légalité des actes sociaux garde une place très importante dans le milieu des affaires. Vu que le juge a pour mission de veiller à l'application effective de l'AUDSCGIE, il y fait quasiment recours en tant que technique de contrôle des mobiles invoqués par les parties à l'appui de leurs prétentions. Or, ce contrôle de la légalité, considéré comme une technique ancienne de contrôle tirée du droit commun des contrats, paraît peu adapté aux contraintes sociétaires. Par conséquent, les difficultés liées à cette forme de contrôle dévalorisent l'intérêt à ne recourir qu'à ce moyen de régulation de la vie sociale. Certes, le juge contrôle la conformité des actes sociaux en référence à l'intérêt social. Cependant, les mécanismes auxquels il fait recours dans l'exercice de sa mission le limitent à la recherche de l'intention de l'auteur de l'acte et cela semble ne pas fondamentalement s'éloigner du contrôle de la légalité.

**344.** L'obligation du juge ne se limite pas simplement à l'application effective de l'AUDSCGIE mais également à son application efficace. C'est-à-dire que le contrôle judiciaire des actes sociaux doit garantir la sécurité de la société commerciale et celle des investisseurs. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'il nous paraît nécessaire et logique que le juge puisse recourir, par principe, au contrôle de l'opportunité des actes contestés. Ce contrôle lui permettra d'avoir un regard sur la gestion de la société par l'encadrement véritable et direct des pouvoirs des acteurs sociaux.

## Conclusion du titre 2

**345.** En définitive, il nous a été donné de constater dans ce titre que le contrôle judiciaire se limite de manière importante à la recherche de l'intention de l'auteur de l'acte. Ainsi, dès lors qu'il est prouvé que cette intention est bonne ou qu'elle n'est pas frauduleuse, l'acte n'est pas attaqué en dépit de l'absence de satisfaction à l'intérêt social dont elle pourrait faire preuve. Or, appelé à contrôler la régularité des délibérations et décisions déjà prises par les organes sociaux, le juge devrait pouvoir apprécier en toute liberté la concordance des actes sociaux critiqués avec la finalité qui les justifie. En effet, dans le contexte de l'économie actuelle, il est nécessaire que l'acte social soit sanctionné dès lors que, même accompli avec foi, il ne permet pas d'atteindre le but poursuivi. Par ailleurs, le contrôle judiciaire des actes sociaux est encadré non seulement par l'AUDSCGIE mais également par les acteurs sociaux, notamment l'assemblée d'associés par le biais des statuts, lorsqu'ils ne sont pas contraires aux dispositions légales impératives. Le pouvoir discrétionnaire de l'assemblée des associés se manifeste conformément à celui d'une économie libérale où la majorité des associés est libre de fixer, de manière souveraine, les buts et les moyens de sa gestion. Cela éloigne, bien évidemment, le juge d'une démarche d'immixtion dans la gestion de la société puisque son intervention se fait avec réserve et modération pour ne pas substituer sa volonté à celle des associés. Toutefois, elle ne manque pas de susciter de nombreux débats liés à sa mission régulatrice.



## Conclusion de la première partie

**346.** Les lignes qui précèdent ont montré la mission protectrice du juge dans le fonctionnement de la société commerciale tout à la fois dans sa spécificité et dans ses limites. Dans sa spécificité d'un côté. Si l'on s'intéresse aux mécanismes d'intervention judiciaire, on se rend très vite compte du développement dont ils font l'objet. On a ainsi constaté que le juge peut avoir une influence sur les actes sociaux en contrôlant leur régularité. Dans le prolongement de cette réflexion, on a aussi pu relever que le juge peut porter atteinte aux droits des acteurs sociaux en nommant des mandataires dont la mission est d'empêcher les dysfonctionnements sociaux ou d'y mettre un terme lorsque ceux-là n'ont pas pu être évités. Toutefois, une analyse profonde a permis de mettre en avant les limites de cette fonction protectrice.

**347.** Dans ses limites d'un autre côté, la mission protectrice du juge au sein de la société commerciale se matérialise par un encadrement légal démesuré des pouvoirs du juge et une intervention judiciaire peu conséquente. Le contrôle judiciaire des actes sociaux conduit à un contrôle de la légalité qui ne répond pas aux exigences liées aux nouvelles mutations économiques et sociales. Par ailleurs, la méfiance du législateur a abouti à la restriction des pouvoirs judiciaires en matière d'éviction des organes sociaux en limitant ses pouvoirs à la désignation des tiers. Il a été montré tout au long de nos développements que le juge préserve les pouvoirs des organes sociaux en évitant de prendre les décisions sociales.

**348.** Il est vrai que la présence du juge dans la vie de la société commerciale met en confrontation deux principes : l'un touchant à la protection de l'intérêt social et, par ricochet, à la préservation de l'activité économique et, l'autre beaucoup plus juridique liée au respect des droits des organes sociaux. Cependant, face aux enjeux économiques, la priorité devrait être donnée à l'aspect économique pour une raison de pure logique. C'est ce qui explique notre tendance vers la consécration de l'éviction judiciaire de ces organes dans toutes les formes sociales dès lors que l'intérêt de la société est menacé. De même, il serait judicieux de permettre au juge de recourir aux tiers chargés de prendre les actes et décisions nécessités par la situation de crise sociale afin de pallier la défaillance des organes sociaux normalement compétents. Pour assurer la sécurité des transactions dans le contexte de l'OHADA, le juge n'attendra pas toujours que la société soit en procédure collective pour décider d'exclure l'associé qui sollicite la dissolution judiciaire alors que son exclusion suffirait à assurer le fonctionnement régulier

de la société ou encore de révoquer un dirigeant ou un commissaire aux comptes et de récuser un commissaire aux comptes dont l'incompétence met la société en danger. Tels sont les insuffisances des mécanismes de régulation judiciaire de la vie sociétaire qui rendent la sanction judiciaire des obligations civiles des acteurs sociaux insatisfaisante.

## Seconde partie

### Une intervention insatisfaisante dans la sanction des obligations civiles des acteurs sociaux

**349. La notion de sanction.** La sanction est une notion polysémique. Dans son sens strict, elle désigne la punition d'une faute, la peine infligée à l'auteur d'une infraction<sup>1025</sup>. Cette acception est limitée car trop refermée sur la fonction répressive du droit pénal. Mais vue sous l'angle de son « *résultat* », elle<sup>1026</sup> est susceptible d'accueillir des objectifs plus larges tels que la dissuasion<sup>1027</sup>, la punition ou la répression, la prévention ou la réparation<sup>1028</sup>. On peut donc la définir comme une réaction impliquant une intervention extérieure, visant à corriger ou à traiter une irrégularité. Considérer la sanction simplement comme la peine implique le confinement de la notion au procédé sanctionnateur. Or, la sanction implique un processus plus vaste que le simple procédé lui-même ; il reflète une intervention juridique et judiciaire organisée qui exige l'investissement d'une ou de plusieurs personnes, d'un pouvoir de réaction ou de critique, chargée de mettre en œuvre la procédure indispensable au déclenchement et au prononcé de la sanction *stricto sensu*<sup>1029</sup>. Un auteur entend ainsi par sanction, « *à la fois la mesure répressive destinée à punir, la mesure - même réparatrice- justifiée par la violation d'une obligation et tout moyen destiné à assurer le respect et l'exécution effective d'un droit et d'une obligation* »<sup>1030</sup>. La sanction peut être civile, pénale, administrative, disciplinaire, etc. Dans le cadre de ce travail nous nous intéresserons essentiellement à la sanction civile, eu égard à son apport<sup>1031</sup> en droit des sociétés, mais aussi, parce que le juge y fait régulièrement recours.

<sup>1025</sup> Cf. Cornu (G.) dir., *Vocabulaire juridique*, Ass. Henri Capitant, PUF, 13<sup>e</sup>. 2020, p. 935, V. *sanction* 1<sup>er</sup> sens.

<sup>1026</sup> Selon un auteur, « *l'étymologie du mot sanction : sancire, établir une loi, met parfaitement en valeur le lien entre la sanction et la règle applicable, la sanction étant généralement définie comme un élément caractéristique de la norme* ». V. Simon (J.) « Quelques réflexions sur la sanction en droit des affaires », *Mélanges Bézard (P.)*, Montchrestien, 2002, p.147 et s.

<sup>1027</sup> V. Ouerdane-Aubert de Vincelles (C.), *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, thèse Paris II, 2002, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2002, p. 37, n°23.

<sup>1028</sup> Cf. Cornu (G.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 935, V. *Sanction*, 2<sup>e</sup> sens du mot.

<sup>1029</sup> Grosclaude (L.), *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, thèse Paris I, 1997, p.20 et s.

<sup>1030</sup> V. Simon (J.), « Quelques réflexions sur la sanction en droit des affaires », *op. cit.*, p.148, n°3.

<sup>1031</sup> Cet apport a permis à auteur de soutenir que, « *dans de nombreuses hypothèses, loin d'être hostile au droit des sociétés, la sanction civile se présente comme un complément utile pour parfaire l'ordonnement sociétaire* ». V. Azavant (M.), « La sanction civile en droit des sociétés – ou l'apport du droit commun au droit spécial », *Rév. Sociétés*, 2003, p. 441.

**350. Le rôle délicat du juge.** Les irrégularités nées au sein de la société peuvent engendrer un dysfonctionnement du mécanisme sociétaire. La prévention de ce dysfonctionnement exige une sanction c'est-à-dire toute mesure, même réparatrice, justifiée par la violation d'une obligation. La sanction doit permettre aux organes sociaux de respecter les règles sociales, et éventuellement, de réparer les conséquences de sa violation<sup>1032</sup>. Or, régulièrement dans le contexte de l'OHADA le non-respect des obligations est peu ou inefficacement sanctionné<sup>1033</sup>. Le rôle du juge semble délicat car les nombreuses sanctions prévues par le droit commun ne peuvent pas s'appliquer *ipso facto* en droit des sociétés. Les particularités du monde sociétaire, telles les contraintes économiques et la nature hybride<sup>1034</sup> du contrat, ont eu pour effet d'adapter partiellement la sanction au droit des sociétés. L'intervention sanctionnatrice du juge dans le fonctionnement de la société commerciale permet peut-être la sauvegarde de la substance de la règle du droit des sociétés, mais ne contribue pas à la stabilité de l'environnement sociétaire. Si par le biais des dommages intérêts, des mesures d'exécution forcée, de la nullité et de la responsabilité, le juge peut sanctionner l'auteur de l'irrégularité et l'acte irrégulier, il se trouve cependant au centre des deux conceptions de la société. Il s'agit de la conception institutionnelle et de la conception contractuelle. D'un côté, il détient une certaine liberté d'intervention qui lui permet d'apprécier le fondement de la sanction en cause. Toutefois, les conditions de son intervention sont parfois caractérisées par une absence de précision de leur régime, or cet état de chose rend difficile l'exercice de sa mission. Pour combler les carences du droit des sociétés, le juge a recours à divers instruments juridiques tels les nullités facultatives, l'interprétation et la création de standards juridiques. Si ces instruments lui permettent de créer de véritables sanctions ou d'étendre le champ des mesures existantes<sup>1035</sup>, les objectifs peinent à être atteints<sup>1036</sup> au regard de la controverse qu'ils suscitent au sein de la jurisprudence et de la doctrine. De l'autre côté,

<sup>1032</sup> V. Jeammaud (A.), « La règle de droit comme modèle », *Dalloz*, 1990, chron. P. 199, n°22. Cet auteur définit la sanction comme « *un mal, ou au moins, un désagrément, infligé par l'autorité sociale instituée - c'est-à-dire l'appareil de l'État - comme réaction à la violation de la règle* ».

<sup>1033</sup> V. Duprat (P.), « La juridiction compétente : incertitudes et certitudes », *Cah. Dr. entr.*, 2014, n°1, dossier 5.

<sup>1034</sup> Cf. Didier (P.), « La théorie contractualiste de la société », *Rev. Sociétés*, 2000, p.95 ; Basdevant-Gaudemet (B.), *contrat ou institution : un enjeu de société*, LGDJ, coll. Systèmes droit, 2004 ; Favario (T.), « Regards civiliste sur le contrat de société », *Rev. Sociétés*, 2008, p. 53 ; Corbisier (I.), *La société : contrat ou institution*, thèse Luxembourg, 2001, Lacier, 2011.

<sup>1035</sup> Le dynamisme judiciaire a permis à une partie de la doctrine de relever que la « *grande liberté laissée au juge par certains textes ou bien plus simplement par l'absence de textes, lui permet de s'affranchir de toute référence à un domaine limité*. V. Grosclaude (L.), *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, thèse Paris I, 1997.

<sup>1036</sup> Si les efforts du juge dans la création des normes en droit des sociétés commerciales sont à féliciter, ceux-ci restent limités et leur insuffisance suscite un renouvellement des sanctions en cette matière. V. à ce sujet Grosclaude (L.), *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, *op. cit.*

son intervention est soumise à des conditions particulières dont l'objectif consiste à enfermer ses pouvoirs dans des limites très strictes dans l'optique de sauvegarder les droits et libertés des acteurs sociaux parfois au détriment de l'intérêt social. Le juge fait un recours restreint à la sanction civile contraignante (Titre 1) ce qui a pour conséquence de faire de la sanction civile une sanction peu efficace (Titre 2).

## Titre 1.

### Un recours restreint à la sanction civile contraignante

**351. L'importance de la contrainte judiciaire.** L'exécution forcée peut être définie comme une mesure de contrainte par laquelle une autorité publique impose au débiteur, sur sa personne ou sur ses biens, l'exécution d'une obligation conformément aux formalités prescrites par la loi<sup>1037</sup>. Un auteur<sup>1038</sup> a relevé que la contrainte judiciaire n'aurait sans doute pas de place, tant en droit commun qu'en droit des sociétés, si les acteurs sociaux exécutaient chacun son obligation de façon spontanée. En cette matière, les pouvoirs de contrainte du juge se justifient donc par l'attitude des acteurs sociaux qui manquent à leur engagement. Mieux que les mesures d'exécution par équivalent<sup>1039</sup>, l'exécution forcée en nature est un moyen de contrainte rapide et efficace par lequel le juge pourrait contraindre l'organe social à exécuter son obligation. Elle « *doit être poursuivie chaque fois qu'elle est possible, car elle seule donne pleine efficacité au contrat* »<sup>1040</sup>. En effet, elle permet d'éviter le prononcé des nullités qui paraissent plus néfastes pour l'environnement social<sup>1041</sup> ou l'allocation des dommages et intérêts dont le résultat ne participe pas à la réalisation de l'engagement de l'organe débiteur<sup>1042</sup>.

**352. L'exécution forcée en nature : une mesure rare en droit des sociétés.** Toutefois, les moyens dont dispose le juge en matière d'exécution forcée dans le cadre des sociétés commerciales sont restreints et limités, ce qui conduit à la rareté des cas d'injonctions. Dans ce domaine, le recours au juge n'est pas toujours le moyen privilégié de règlement des situations conflictuelles car le juge fait preuve de beaucoup de réserve. Lorsqu'il est saisi, il évite dans la plupart des cas d'enjoindre à un acteur social d'exécuter son obligation. Cette

---

<sup>1037</sup> Cornu (G.), *Vocabulaire juridique*, Ass. Henri Capitant, PUF, 13<sup>e</sup> éd., 2020, p. 427, V<sup>o</sup> *exécution*, sens n<sup>o</sup>3, \*forcée.

<sup>1038</sup> Cf. Nemoz-Rajot (Q.), *L'intervention des juges spécifiques au droit des sociétés in bonis*, thèse Lyon III, 2015, p. 521, n<sup>o</sup>746.

<sup>1039</sup> Le principe de l'exécution par équivalent d'un contrat est contenu aux art.1231 à 1231-7 du code civil français révisé en 2016. Ce principe pose la règle selon laquelle l'inexécution d'une obligation se résout en dommages et intérêts.

<sup>1040</sup> Velardocchio-Flores (V. D.), *Les accords extra-statutaires entre associés*, PUAM, 1993, p. 276.

<sup>1041</sup> Le Cannu (P.), « Canalisation des nullités subséquentes en droit des sociétés », in *Mélanges en l'honneur de Bazard (P.)*, le juge et le droit de l'économie, Montchestien, 2002, p.113, n<sup>o</sup>23 et s. ; Zeidenberg (S.), « Le renouveau des injonctions de faire », *Droit & Patrimoine*, nov. 2001, p.74 ; TC Toulouse, (ord. Référé), 12 août 1993, *Bull. Joly*, 1994, p. 169, §41, note Barbiéri (J.-F.). Dans cette affaire, le juge avait ajourné l'assemblée au motif que : si elle se tenait dans un contexte social instable, elle pourrait « *exposer la société à une action judiciaire visant à en voir juger la nullité, action dont les conséquences seraient néfastes, compte tenu de sa situation économique, à la vie de la société* ».

<sup>1042</sup> Nzouabeth (D.), *Les litiges entre associés*, thèse de l'UCADD, 2005, p.335 et s., n<sup>o</sup>626.

réserve peut se justifier par la position du législateur de l'OHADA qui semble ne pas encourager cette sanction en droit des sociétés. Malgré les avancées législatives et jurisprudentielles, le pouvoir de contrainte judiciaire ne s'étend pas aux obligations de toute nature<sup>1043</sup>. L'exécution forcée est réservée à certaines obligations légales et statutaires (Chapitre 1). Par ailleurs, le juge fait preuve de réticence envers l'exécution forcée des obligations extrastatutaires (Chapitre 2).

---

<sup>1043</sup> V. Mortier (R.) et Buy (G.), « Droit des sociétés et nouveau droit des contrats : contrainte ou souplesse », *in Les nouvelles contraintes des sociétés*, Brignon (B.) et Grossi (I.) dir., Joly, 2018, p. 148.

## Chapitre 1. L'exécution forcée réservée à certaines obligations légales et statutaires

**353. La spécificité en droit des sociétés.** Le fonctionnement de la société est organisé par des dispositions légales, statutaires ou extrastatutaires. Ces textes contiennent des obligations auxquelles doivent se soumettre les organes sociaux pour assurer le fonctionnement régulier de la société. Aussi, le législateur a-t-il prévu des référés spéciaux qui permettent au juge d'intervenir au sein de la société afin de contraindre tous ceux qui se sont soustraits à leurs obligations. Nous ne reviendrons pas sur l'ensemble de ces référés, mais nous présenterons certains d'entre eux du fait de l'intérêt qu'ils présentent tant pour le bon fonctionnement de la société, que pour les acteurs sociaux.

En validant ou en adhérant aux obligations légales ou aux clauses statutaires, les organes sociaux ont désiré les obligations y découlant. L'une des spécificités du droit des sociétés réside dans le fait que l'obligation statutaire n'a pas pour fondement l'existence d'une obligation réciproque. En effet, elle exige de la part de chacun qu'il s'oblige envers la société elle-même<sup>1044</sup> puisque c'est l'intérêt social qui est la « *cause* » de son engagement. Ainsi, lorsque le débiteur n'exécute pas son obligation, le juge devrait pouvoir intervenir afin de permettre la réalisation de cette obligation. Cependant, la mise en œuvre de son pouvoir de contrainte varie en fonction de l'obligation en cause et de la forme sociale dans laquelle il se trouve. Ainsi, le juge ne va pas contraindre l'auteur d'un acte à respecter toutes les obligations auxquelles il a souscrit, en dépit du danger qu'il représente pour le bon fonctionnement normal de la société. En outre, pour l'exécution forcée de la même obligation, le juge n'exercera pas son pouvoir de contrainte dans toutes les formes sociales. Le pouvoir de contrainte judiciaire est limité autant au sujet des obligations dans le cadre de l'information (Section 1) qu'en ce qui concerne les obligations spécifiques au fonctionnement normal de l'institution sociétaire (Section 2).

---

<sup>1044</sup> Didier (P.), « Le consentement sans l'échange : contrat de société », *RJ com.*, n° spéc., 1995, p.74.



## Section 1. Les obligations dans le cadre de l'information

**354. La contrainte judiciaire altérée.** Dans le cadre du droit des sociétés, les mesures d'injonction en matière d'information sont en constante expansion. Mais la mise en œuvre de ces mesures est altérée par de nombreuses incertitudes qui pourraient limiter la contrainte judiciaire à quelques hypothèses (§1). Or, l'exécution de l'obligation d'information bénéficie non seulement aux acteurs sociaux mais aussi à la société<sup>1045</sup> qui a besoin d'avoir une idée claire et précise de son état de santé. Pour cette raison, la réorganisation des moyens d'information par le juge nous semble nécessaire dans le contexte de l'OHADA (§2).

### § 1. De quelques hypothèses de contrainte judiciaire

**355. L'information partielle des investisseurs.** Les investisseurs qui engagent leur fortune doivent être informés, dans les limites légales, de la vie sociale et des choix des dirigeants<sup>1046</sup>. Le non-respect de cette obligation peut entraîner des sanctions notamment l'annulation d'un acte social<sup>1047</sup>. Cependant, pour éviter la fréquence accrue des nullités des actes ou des assemblées, le législateur a donné la possibilité au juge d'agir en amont par le biais de quelques mesures de contrainte<sup>1048</sup>. Toutefois, l'action du juge est affaiblie par le doute entourant ces mesures de contrainte. L'arsenal offert au juge ne lui permet donc pas une intervention tous azimuts, la communication judiciaire des documents sociaux est restreinte

<sup>1045</sup> Cf. Guyon (Y.), *Droit des affaires*, t.1, n° 921 ; Reygrobellet (A.), *Les vertus de la transparence. L'information légale dans les affaires*, Presses de Sciences Po, CRED, 2001.

<sup>1046</sup> Carton (A.-M.) et Martor (B.), « L'associé minoritaire dans les sociétés régies par le droit de l'OHADA », *CDE*, n°1 janv.-févr. 2010, p.22.

<sup>1047</sup> Dans ces différents cas, les juges de la Cass. com. avait écarté l'abus de minorité parce que les actionnaires ne disposaient pas « des informations leur permettant de se prononcer en connaissance de cause sur les motifs, l'importance et l'utilité de l'augmentation de capital, au regard des perspectives d'avenir de la société ». Arrêt Anti Moul, Cass. com., 27 mai 1997, *Bull. Civ.* 1997, n°159 ; *Bull. Joly* 1997. 765, note G.B. ; *Dr. Sociétés* 1997, n°142.11. note Vidal (D.) ; Arrêt Hexagone c/ La Roseraie, Cass. com., 20 mars 2007, n° 05-19.225, *Dalloz* 2007.952, Obs. Lienhard (A.) ; *Ibid* 2008. 379, Obs. Hallouin (J.C.) et Lamazerolles (E.) ; *JCP E* 2007 1755, note Viandier (A.) ; *Rev. Sociétés*. 2007.803. Note Champaud (A.L.) et Danet (D.) ; *ibid* 746, obs. Champaud (C.) et Danet (D.) ; *Dr. Sociétés* 2007, Comm.87, Obs. Lécuyer (H.) ; CA de Paris (ch.5-8), 11 févr. 2014, n°12/21679, S.C/ Scté le privilège *Bull. Joly*, 2015, *Rev. soc.* 99. Note sous Champetier (A.L.). Dans cette affaire, la CA de Paris a écarté l'abus de minorité au motif que « les circonstances s'inscrivent donc dans un contexte d'information insuffisante de l'associé minoritaire ».

<sup>1048</sup> Tchoupou Mefack (G.), *L'obligation d'information des acteurs sociaux dans le droit des sociétés commerciales de l'OHADA*, Mémoire de DEA Dschang, 2008, p.66 et s.

(A), les conditions liées au dépôt forcé des états financiers de synthèse manquent de clarté (B) et les pouvoirs judiciaires sont cantonnés en matière d'alerte (C).

#### A. La communication judiciaire restreinte des documents sociaux aux associés

**356. L'expression du législateur.** La communication des documents sociaux motivée par le juge n'est expressément prévue que dans la SA et ne concerne que certains actes sociaux (1). De même au-delà de l'astreinte, le juge ne dispose d'aucun autre moyen de contrainte (2).

##### 1. Les sociétés et les actes concernés par la procédure de communication judiciaire

**357. La communication judiciaire des documents sociaux, une mesure salutaire.** Aux termes de l'article 528 de l'AUDSCGIE, le juge des référés peut, à la demande d'un actionnaire, ordonner à la société sous astreinte de communiquer certains documents sociaux en cas de refus des dirigeants sociaux. Cette disposition est intéressante dans la mesure où elle consacre une intervention positive du juge dans la vie sociale. Cette procédure est également prévue en droit français. En effet, l'article L.238-1 du code de commerce français donne la possibilité au juge des référés d'enjoindre, sous astreinte, les organes concernés afin de permettre aux associés d'obtenir leurs droits de communication des documents sociaux. Cette mesure préserve le droit des associés d'être parties prenantes à la vie économique de la société<sup>1049</sup>. Ainsi ils pourront, par le biais des juges, mieux apprécier les performances de la société, ou « *prendre conscience de la gravité* » de sa situation économique<sup>1050</sup>.

**358. Le souci de protection des droits des associés.** Dans toutes les sociétés<sup>1051</sup>, qu'elles soient à risque limité ou à risque illimité, les dirigeants sociaux rendent compte aux associés de la situation des affaires sociales et de l'état de leur gestion. Ce compte rendu devrait

<sup>1049</sup> CCJA, arrêt n°015/2005, 24 février 2005, note Njandeu (M. N.), *in les grandes décisions de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA*, l'Harmattan, 2010, Paris, p.166.

<sup>1050</sup> V. Boizard (M.) « Les nouvelles obligations d'information des dirigeants envers le marché », *in sécurité et droit des affaires après la loi sur la sécurité financière*, 2<sup>e</sup> journée Christian Galvada : Colloque organisé par le Centre de recherches de droit des affaires de l'Université de Panthéon-Sorbonne (le 2 oct. 2003), *Rév. sociétés*, 2003, p.798.

<sup>1051</sup> Cf. Muka-Tshinbende (L-D.), *L'information des actionnaires, source d'un contre-pouvoir dans les sociétés anonymes en droit français et du périmètre OHADA*, PUAM, 2009, p.272, préface de Mestre (J.).

se faire une fois par an au moins. Les réformes de 1966<sup>1052</sup> en France ainsi que celles de 2014 en dans l'espace OHADA<sup>1053</sup> ont insisté sur la communication des documents sociaux aux associés<sup>1054</sup>. Ce droit reconnu aux associés a été complété dans les deux législations par la possibilité offerte à ces derniers de recevoir à domicile, divers documents à travers l'envoi électronique de la documentation légale. Cette information est surtout donnée au moment où les associés sont appelés à se prononcer sur l'approbation des comptes sociaux. Allant dans le même sens, les juges ont eu à mentionner dans plusieurs affaires<sup>1055/1056</sup> que le droit d'information des associés est un principe général du droit des sociétés qui permet aux associés de participer à la vie sociale. Certains auteurs parlent d'une obligation à double caractéristique : permanente et occasionnelle. Permanente<sup>1057</sup> car elle se fait à toute époque ; occasionnelle parce qu'elle se fait préalablement à la tenue de l'assemblée<sup>1058</sup>. Toute délibération ou décision prise en l'absence de communication des documents peut être annulée. Or dans l'optique d'éviter d'aboutir à cette sanction, le juge peut faire injonction à la société de procéder à la communication de tout ou partie des documents qui n'ont pas été portés à la connaissance des actionnaires avant la tenue de l'assemblée. Pour accompagner cette mesure de contrainte, le juge peut demander la suspension de la tenue de ladite assemblée jusqu'à l'exécution de l'obligation relative à la communication des documents sociaux, objet du contentieux. Ainsi, le droit de communication reconnu aux associés fait l'objet d'une protection judiciaire dans le cadre des SA. Cependant, la question de cette protection judiciaire se pose dans les autres formes sociales.

**359. La communication judiciaire dans les autres formes sociales.** La possibilité pour le juge d'ordonner à la société, sous astreinte, de communiquer certains documents

<sup>1052</sup> V. pour les SNC art. 16 al1 et 17 de la loi du 24 juill. 1966 et 13 du décret du 23 mars 1967; Pour les SCS, art. 29 de la loi et 19 du décret avec renvoi à l'art 13 du même décret; Pour la SARL, art 56 de la loi et art 32, 33, 36 et 37 du décret, pour les sociétés par actions, art. 168 à 172 de la loi et 135 à 143 du décret.

<sup>1053</sup> V. les articles 525 AUDSCGIE pour les SA, 340 pour les SARL et 288 pour la SNC.

<sup>1054</sup> Cette obligation existe avant toute assemblée générale tant ordinaire qu'extraordinaire.

<sup>1055</sup> CA. Limoges, chbr. civ., 28 mars 2012, n°10/00576 SAS Groupe R. *Bull. Joly.* 2012, p. 623-627, note sous Michel (G.). Dans cette affaire, les associés avaient été conduits à délibérer non sur un ordre du jour fixé à l'avance, mais sur une résolution ajoutée au cours des débats. En l'occurrence tous les associés étaient présents, réunis pour délibérer sur différentes questions inscrites à l'ordre du jour et, au cours des débats, l'un d'entre eux avait proposé de modifier les statuts relativement au droit de vote. La Cour a considéré que l'absence d'information préalable sur le sujet à débattre, qui seul aurait donné le recul nécessaire à un vote éclairé, ne mettait pas les associés en état de délibérer sur le champ.

<sup>1056</sup> Cass. com., 26 oct. 2010, FS-P+B+I, n°09-71.404, Mutuelle Optique La Roussillonnaise c/Cooptimut, *Rev. Sociétés* Sept 2011, p. 494, note sous Urbain-Parleani (I.).

<sup>1057</sup> Cf. Cozian (M.), Viandier (A.) et Deboissy (Fl.), *Droit des sociétés*, LexisNexis, 31<sup>e</sup> éd., coll. Manuel, 2019, P. 417, n° 991 ; Fénéon (A.), *Droit des sociétés en Afrique OHADA*, LGDJ, coll. Droits Africains., 2015, p. 278 et s.

<sup>1058</sup> Cozian (M.), Viandier (A.), Deboissy (F.), *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 418, n° 993.

sociaux n'est prévue en effet que dans la SA. On se pose la question de savoir si en l'absence de précision expresse dans l'Acte uniforme, le juge peut exercer son pouvoir de contrainte dans les autres formes sociales<sup>1059</sup>. Cette question se pose davantage lorsqu'on sait que le droit de communication des documents sociaux est reconnu dans toutes les formes sociales<sup>1060</sup>. Dans un arrêt<sup>1061</sup> du 13 juin 2013, la CCJA avait répondu à cette question par l'affirmative en ordonnant au gérant d'une SARL la communication des états financiers de synthèse, l'inventaire, le rapport soumis aux assemblées et les procès-verbaux des assemblées des exercices de 2005, 2006 et 2007. En l'espèce, le juge s'était fondé sur l'article 345 de l'AUDSCGIE qui organise un droit de communication préalable à la tenue des assemblées au sein de la SARL. En référence à la position du juge dans cette affaire et à l'article L.238-1 al. 1 du Code de commerce français<sup>1062</sup>, on pourrait admettre l'intervention judiciaire dans toutes les formes sociales. Cela supposerait qu'en cas de violation de l'obligation par les gérants de communiquer les documents sociaux, le juge pourrait, par son pouvoir de contrainte, assurer le respect de cette mesure d'information. Il serait illogique de refuser aux associés, sous prétexte d'une absence de texte, de bénéficier de leur droit à l'information. Le juge doit se montrer plus souple et ne pas faire une application stricte des textes comme il le fait déjà lorsqu'il détermine les documents sur lesquels doit porter la communication.

**360. Les conditions limitées des articles 525 et 526 de l'AUDSCGIE.** Une autre interrogation relative à la communication judiciaire des documents sociaux ressort des articles 525 et 526 de l'AUDSCGIE. Ces articles énumèrent les documents sur lesquels porte le droit de communication des actionnaires. Il s'agit en effet, de l'inventaire, des états financiers de synthèse et de la liste des administrateurs lorsqu'un conseil d'administration a été constitué, les rapports du commissaire au compte et du conseil d'administration ou de l'administrateur général soumis à l'assemblée. S'ajoutent le texte de l'exposé des motifs, des résolutions proposées, ainsi que des renseignements concernant les candidats du conseil d'administration ou au poste d'administrateur général. Il peut également s'agir du montant global certifié par les commissaires aux comptes des rémunérations versées à certains dirigeant et salariés, des

---

<sup>1059</sup> Sont exclues dans le cadre de ce travail, les sociétés dans lesquels l'associé unique est en même temps le dirigeant.

<sup>1060</sup> Cf. Art. 345 de l'AUDSCGIE pour la SARL, l'art. 306 de l'AUDSCGIE pour la SCS et l'art. 288 de l'AUDSCGIE pour la SNC.

<sup>1061</sup> CCJA, arrêt n°056/2013, du 13 juin 2013, aff. Sté TDS Afrique, Sté STPN-Afrique, Sté CLAM-Afrique, 4) Sté TDG-Afrique c/ Madame Marie Christine SALY épouse MASSOULIER, disponible sur [www.juriscaf.org](http://www.juriscaf.org), consulté le 17/06/20.

<sup>1062</sup> Cet article organise la communication judiciaire des documents sociaux dans toutes les formes sociales en France.

procès-verbaux et les feuilles de présence des réunions du conseil d'administration, des assemblées tenues au cours de ces trois derniers exercices, enfin des conventions réglementées conclues par la société et de tout autre document si les statuts les prévoient. Le champ d'application de ces articles a été clairement défini, cela entraîne pour conséquence l'admission de la communication judiciaire dans des cas particuliers. Ainsi, toute information ne peut être exigée par le juge, exceptionnellement celles qui sont prévues aux articles 525 et 526 de l'AUDSCGIE. Les interventions judiciaires sont par conséquent confinées dans un cadre légal qui n'est forcément pas propice à la bonne information des actionnaires. Les informations non mentionnées par ces articles ne peuvent faire l'objet d'une communication judiciaire.

Les juges font une application rigoureuse de ces dispositions. La preuve de cette rigueur a été apportée en France par un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 23 juin 2009<sup>1063</sup>. Dans cette affaire, la Cour a refusé de demander la communication des copies des procès-verbaux des réunions du conseil d'administration, ainsi que celle du registre de présence dudit conseil et des convocations adressées aux administrateurs. La Cour a justifié son refus en relevant que tous les documents non visés par les textes sont exclus du champ d'application de l'article L. 238-1 du code de commerce.

**361. La condition limitée de l'article 528 de l'AUDSCGIE.** L'article 528 de l'AUDSCGIE constitue un obstacle à l'intervention judiciaire en matière de communication des documents sociaux. En effet, cet article précise que si la société refuse de communiquer les documents sociaux prévus par les textes, le juge statue sur le refus à la demande de l'actionnaire. A travers cette disposition, le législateur de l'OHADA restreint l'intervention du juge aux cas spécifiques de refus de communication des documents sociaux. En l'absence de définition légale de la notion de refus, le juge camerounais a dans une affaire<sup>1064</sup>, tenté de déterminer les cas d'utilisations de la notion. Il a ainsi décidé que la non-communication de l'information due aux actionnaires constitue un refus de communication. La précision apportée par le juge dans cette affaire ne résout pas le problème de la restriction des cas de communication judiciaire des documents sociaux. La question de l'intervention du juge en cas de simple retard dans la communication d'un document social par le dirigeant reste sans solution. L'actionnaire pourrait-il saisir le juge en cas de retard dans la communication des documents par le dirigeant ?

<sup>1063</sup> Cass. com., 23 juin 2009, *Dalloz*, 2009, 1824, obs. Lienhard ; *Rev. Sociétés*, 2009, p.817, note Mattout (J.-P.).

<sup>1064</sup> TPI Yaoundé, ord. de référé n°494/0, 6 févr. 2001 *op. cit.*

Cette question a trouvé une réponse dans le contexte français avec l'avènement de la loi NRE. Elle prévoit que les associés peuvent demander un référé d'injonction lorsqu'ils ne peuvent pas obtenir les documents en cause. Désormais, les cas d'interventions du juge sont élargis et ne se limitent plus simplement aux cas de refus de la communication desdits documents. *A contrario* dans le contexte de l'OHADA, les juges se contentent d'intervenir exceptionnellement dans les hypothèses de refus de communications, ce qui atténue l'effet dissuasif de la mesure.

**362. L'atténuation de l'effet dissuasif de la mesure.** Notons pour conclure que l'efficacité de la procédure de communication des documents sociaux exigée par les juges est dans une certaine mesure limitée par ses effets. Aux termes de l'article 528 de l'AUDSCGIE, lorsque le juge fait droit à la demande de l'actionnaire, il prononce la sanction contre la société et non contre le dirigeant social à qui revenait l'obligation d'informer l'actionnaire. Cette mesure est susceptible de déboucher non seulement sur une immunité des dirigeants sociaux, mais aussi sur la perte d'efficacité de l'effet dissuasif de la sanction. Sur ce point, le législateur de l'OHADA est moins favorable aux associés que le droit français. En effet, l'alinéa 3 de l'article L.238-1 du code de commerce français met à la charge du dirigeant fautif, non seulement l'astreinte mais également, les frais de procédure lorsqu'il est fait droit à la demande<sup>1065</sup>. De la sorte, le dirigeant qui ne communiquerait pas les informations exigées par la loi sait qu'il s'expose à une double menace. La première relative à la communication forcée desdits documents et la seconde liée au risque de supporter les frais de la procédure et de l'astreinte qui, jusqu'ici, reste le seul moyen de contrainte dont dispose le juge et dont les effets sont limités.

## *2. Les effets limités de l'astreinte*

**363. La question de l'efficacité de l'astreinte.** Il ressort clairement de l'article 528 de l'AUDSCGIE qu'en cas de refus de la société de communiquer les documents sociaux, « *la juridiction compétente peut ordonner à la société, sous astreinte* », de communiquer lesdits documents. En l'absence de précisions du législateur, le juge détermine le montant de

---

<sup>1065</sup> Chavériat (A.), Couret (A.) et Zabala (B.), *Sociétés commerciales 2015*, Francis Lefebvre, coll. Mémento pratique, 2014, n°89822.

l'astreinte qu'il apprécie souverainement<sup>1066</sup>. Les précédents développements nous ont permis de constater que l'astreinte ne peut en principe pas être appliquée en dehors des cas prévus par les articles 526 et 527 de l'AUDSCGIE. Toutefois, il peut arriver que la carence de la société ou son refus de communiquer se poursuive en dépit des injonctions judiciaires. Cette situation soulève la question de l'efficacité de l'astreinte. Le juge dispose-t-il d'autres mesures lui permettant de contraindre la société à communiquer les documents ayant fait l'objet de refus ? Si la carence de la société ou son refus se poursuit, le juge pourrait-il faire autre chose que liquider l'astreinte ? Conformément aux dispositions de l'Acte uniforme, la nullité reste la seule sanction dont le juge pourrait éventuellement se servir pour sanctionner l'acte irrégulier

**364. La nullité, une sanction éventuelle.** Le législateur OHADA ne laisse pas entièrement démuni l'associé qui n'a pas obtenu la communication des documents sociaux. L'Acte uniforme donne la possibilité au juge de faire recours à l'action en nullité pour sanctionner l'acte ou la délibération adoptée au détriment des formalités de communication exigées par la loi. Le juge dispose donc d'un pouvoir d'appréciation puisqu'il s'agit en effet d'un cas de nullité facultative. Toutefois, cette mesure reste une éventualité dans la mesure où, elle n'est pas prononcée de manière automatique. Par ailleurs, l'un des objectifs de l'exécution forcée est la réduction des cas de nullité au sein des sociétés commerciales. Encourager le recours à la nullité des actes et délibérations pris au détriment du respect de l'obligation d'information des associés constituerait un frein à la réalisation de cet objectif.

Une lecture attentive de l'AUDSCGIE permet de constater qu'en matière d'exécution de l'astreinte, le législateur n'a pas organisé les modalités propres à faire exécuter les documents sociaux au-delà de ladite astreinte. Cette omission rend difficile la communication judiciaire des documents sociaux puisque le juge n'a pas un autre moyen de faire exécuter l'obligation au débiteur qui ne respecte pas la décision judiciaire. Il en est de même du dépôt forcé des états financiers de synthèse qui, comme la communication des documents sociaux, a pour objectif la bonne information.

---

<sup>1066</sup> Ce montant varie en fonction des affaires. C'est ainsi que la CCJA, dans l'arrêt n°056/2013, du 13 juin 2013, aff. Sté TDS Afrique, Sté STPN-Afrique, Sté CLAM-Afrique, 4) Sté TDG-Afrique c/ Madame Marie Christine SALY épouse MASSOULIER, avait ordonné la communication des documents sociaux et avait fixé le montant de l'astreinte comminatoire à 100 000 francs CFA par jour de retard. Quelques mois plus tard la TC D'Abidjan, dans l'Ord. réf. n°844/2013 du 24 juill. 2013, aff. Mr. Touré Cheick Patrick c/ Mr. Patrick Bougaret, ordonnait la communication des documents sociaux et fixait le montant de l'astreinte comminatoire à 500 000 francs cfa par jour de retard.

## B. L'absence de clarté des conditions liées au dépôt forcé des états financiers de synthèse

**365. Une mesure salubre mais limitée.** Dans le cadre du dépôt forcé des états financiers de synthèse l'obligation judiciaire intervient après la phase préalable de dialogue entre les acteurs sociaux. Le caractère subsidiaire de l'intervention judiciaire (1) est une mesure salubre car elle permet de réguler l'immixtion du juge dans la gestion sociale. Cependant, avant la mise en œuvre de son pouvoir de contrainte, le juge doit apprécier le respect des conditions liées à la procédure. Or, à cause du silence des textes à ce sujet, le juge éprouve de nombreuses difficultés quant à l'appréciation de l'auteur de l'acte (2).

### *1. La nature subsidiaire du dépôt forcé des états financiers de synthèse*

**366. L'obligation légale de publicité.** Conformément aux dispositions de l'AUDSCGIE<sup>1067</sup> et de celles du droit Français<sup>1068</sup>, la SA<sup>1069</sup> par l'intermédiaire de ses représentants légaux<sup>1070</sup>, a l'obligation de publier ses états financiers de synthèse<sup>1071</sup> dans le mois qui suit leur approbation. En outre, ces états financiers de synthèse peuvent également être déposés par voie électronique au greffe de la juridiction compétente ou de l'organe compétent dans l'État partie<sup>1072</sup>. En cas d'inexécution de l'obligation légale de publicité, le juge peut à la suite d'une demande faite par toute personne intéressée exiger sous astreinte le dépôt forcé des documents concernés<sup>1073</sup>. Il s'agit du bilan, du compte de résultat, du tableau financier des ressources et emplois et l'état annexé de l'exercice écoulé<sup>1074</sup>.

<sup>1067</sup> L'art. 269 al. 1 de l'AUDSCGIE dispose que « *les sociétés commerciales sont tenues de déposer au registre du commerce et du crédit mobilier de l'État partie du siège social, dans le mois qui suit leur approbation par l'organe compétent, les états financiers de synthèse (...)* »

<sup>1068</sup> Cf. Rontchevsky (N.), Chevrier (E.) et Pisoni (P.) (dir.), Code de commerce, LGDJ, 112<sup>e</sup> éd., p. 555, chap. 2 sur les comptes sociaux, spéc. L'art. L. 232-1.

<sup>1069</sup> L'obligation de dépôt des états financiers de synthèse au RCCM ne s'impose pas aux autres formes sociales.

<sup>1070</sup> Cf. HEMARD J., TERRE F et MABILA P., *Sociétés commerciales*, Dalloz, t.3, 1978, n°1355.

<sup>1071</sup> V. Fénéon (A.), *Droit des sociétés en Afrique Ohada*, LGDJ, *op. cit.*, p. 700 et s., n°1801.

<sup>1072</sup> L'article 269 al. 3 de l'AUDSCGIE dispose « *les états financiers susvisés peuvent faire l'objet d'un dépôt électronique au greffe de la juridiction compétente ou de l'organe compétent dans l'État partie* ».

<sup>1073</sup> Art. 123 II de la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 ; V. Thomas, *Sociétés et procédure civile*, LexisNexis, coll. Droit et Professionnels, 2014, p. 213, n° 435.

<sup>1074</sup> V. Mikala (J.), *L'approbation des comptes sociaux en droit OHADA*, publié le 19/10/12, disponible sur <https://www.legavox.fr>, consulté le 16/01/18.



Cette disposition est salubre car sur le plan pratique, de nombreuses sociétés ne publient pas leurs états de synthèse<sup>1075</sup>. L'intervention du juge des référés<sup>1076</sup> en cette matière semble être le moyen le plus convenable pour permettre au dirigeant social d'assurer l'obligation légale de publicité<sup>1077</sup>. L'intervention du juge des référés en la matière participe à la réalisation de l'objectif de transparence économique recherchée par le législateur de l'OHADA. En effet, les difficultés de l'entreprise pourront être détectées à un stade moins avancé et les mesures de prévention de la crise mieux organisées. Toutefois, l'intervention du juge ne se fait qu'à la suite d'une action préalable intentée par les acteurs sociaux.

**367. Le respect de la phase préalable de dialogue.** Le juge ne peut intervenir que si la phase préalable de dialogue entre l'auteur de la demande et la société a été observée. L'article 269 al. 4 *in fine* de l'AUDSCGIE précise que le juge ne peut enjoindre au dirigeant de déposer les documents « *dès lors que la requête amiable du demandeur auprès de la société est restée vaine pendant trente (30) jours* ». Celui-ci n'intervient que parce que les mesures extrajudiciaires mises en place par les parties n'ont pas été concluantes. Cette condition nous semble intéressante parce qu'elle évite une intervention précoce du juge alors même que les parties auraient pu, en amont, régulariser la situation et se passer d'un contentieux. Le juge saisi se doit donc de vérifier que la phase préalable de dialogue a été observée par le demandeur. Mais avant, il doit vérifier la qualité de l'auteur de la demande. Or, cela ne va pas sans difficultés.

## ***2. Les difficultés liées à l'appréciation judiciaire de l'auteur de la demande***

**368. La divergence d'appréciation.** Au même titre que l'article 269 al. 4 de l'AUDSCGIE, l'article L. 123-5-1 du code de commerce français ouvre la mise en œuvre de l'action en exécution forcée en nature en matière de dépôt des états financiers de synthèse à « *tout intéressé* ». Ces dispositions renforcent le pouvoir d'interprétation du juge quant à la notion de « *tout intéressé* ». Or, ce pouvoir laisse place à des appréciations divergentes. En apparence, l'action en demande de dépôt forcée des états financiers de synthèse serait un droit réservé aux seules personnes en relation d'affaires avec la société. C'est ce qui a été retenu par

---

<sup>1075</sup> Lefeuvre (Cl.), *Le référé en droit des sociétés*, PUAM, 2006, p. 46, n° 34 et s., préface de Le Nabasque (H.)

<sup>1076</sup> Cf. art. 269 al. 4 de l'AUDSCGIE, et art. L. 123-5-1 du code de commerce français.

<sup>1077</sup> *Ibidem*.

la Cour d'appel de Lyon dans l'arrêt du 21 mars 1997<sup>1078</sup>. Les juges avaient clairement précisé que l'exécution forcée est une procédure qui ne peut être ouverte qu'aux créanciers de la société et, ou en cas de défense de certains intérêts.

**369.** Toutefois, cette position a été remise en cause par la Cour de cassation dans l'arrêt du 15 juin 1999<sup>1079</sup>. La haute juridiction a cassé l'arrêt de la Cour d'appel au motif que la loi faisant obligation à la société de publier ces comptes, aucun motif ne pourrait l'exonérer de cette obligation. La décision de la Cour de cassation est ainsi venue se conformer à la position jadis adoptée par les juges dans un arrêt du 2 décembre 1992<sup>1080</sup>. En l'espèce, les juges avaient décidé que les créanciers<sup>1081</sup> de la société n'étaient pas les seuls ayant qualité à agir en revendication d'une publication forcée des documents sociaux. Cette décision marquait la volonté du juge d'ouvrir l'action à toute personne présentant un intérêt<sup>1082</sup>. Les termes employés par l'article 269 de l'AUDSCGIE sont de nature à créer le doute dans l'esprit du juge. C'est ce qui justifie les deux courants de pensée jurisprudentiels auxquels pourrait s'ajouter un troisième courant issu d'une partie de la doctrine<sup>1083</sup>. En plus de ces difficultés d'appréciation de l'auteur de la demande, le juge ne peut poser aucune action allant dans le sens d'alerter les associés sur l'état de santé de la société parce que ces pouvoirs sont cantonnés.

---

<sup>1078</sup> CA Lyon, 21 mars 1997 cassé par Cass. com., 15 juin 1999, *Bull. Joly Sociétés*, 1999, p. 1013, note Bahans (J.-M.); *JCP E*, 2000, p.30, obs. Viandier et J.-J. Causin. En l'espèce, la société Fleury-Michon, voulait se servir des comptes sociaux pour prouver que la société Aoste Holding avait connaissance du fait que la société cédée réalisait des pertes.

<sup>1079</sup> Cass. com., 15 juin 1999, *op. cit.*,

<sup>1080</sup> Cass. com., 2 déc. 1992, *JCP E*, 1993, p.258, note Le Floch (P.).

<sup>1081</sup> Cozian (M.), Viandier (A.) et Deboissy (Fl.), *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p.227 et s. n° 394.

<sup>1082</sup> Cass. com., 6 déc. 2005, *Bull. Joly Sociétés*, 2006, p. 488, note Scholer (P.).

<sup>1083</sup> Une partie de la doctrine pense que, parce que la publication des états financiers de synthèse est une obligation pour la société, les juges devraient par principe, admettre une interprétation extensive de la notion de « *tout intéressé* ». Toutefois, de façon exceptionnelle, cette interprétation devrait se faire restrictivement dans le cas des sociétés sujettes à diverses obligations.

### C. Le cantonnement des pouvoirs judiciaires en matière d'alerte

**370. Le droit du juge d'être informé.** Initialement prévue dans le cadre des entreprises en difficulté<sup>1084</sup>, la procédure d'alerte<sup>1085</sup> est désormais consacrée tant par le code de commerce<sup>1086</sup> que dans l'AUDSCGIE. Ainsi aux termes des articles 150 à 158-1 de l'AUDSCGIE<sup>1087</sup>, les commissaires aux comptes et les associés<sup>1088</sup> peuvent saisir le dirigeant, le président du conseil d'administration, le président directeur général, l'administrateur général, sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Cette procédure principalement mise en œuvre soit par le commissaire aux comptes, soit par les associés<sup>1089</sup>, vise à recevoir du dirigeant des explications et des solutions sur les faits qui menacent le bon fonctionnement de la société. En effet, le législateur de l'OHADA exige que le juge, dans sa mission de contrôle, puisse obtenir les informations relatives au déroulement de la procédure d'alerte. Ainsi, le commissaire aux comptes, dans les sociétés autres que les sociétés par actions, a l'obligation d'informer la juridiction compétente de ses démarches dès lors qu'il reçoit la réponse du dirigeant ou à défaut, de réponse de ce dernier dans un délai de quinze jours<sup>1090</sup>. De même, l'AUDSCGIE exige que le commissaire aux comptes, lorsqu'il se rend compte que les décisions prises à l'issue de l'assemblée générale ne permettent pas d'assurer la continuité de l'exploitation, informe la juridiction compétente de ses démarches et lui en communique les résultats<sup>1091</sup>. Par ailleurs, le législateur impose que soit adressé à la juridiction

<sup>1084</sup> Cf. Sawadogo (F.-M.), *Droit des entreprises en difficulté*, Bruylant Bruxelles, 2002 ; Nguihe Kanté (P.), « Réflexions sur la notion d'entreprise en difficulté dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures d'apurement du passif OHADA », *Afrilex*, p.175, disponible sur [www.afrilex.u-bordeaux4.fr](http://www.afrilex.u-bordeaux4.fr), consulté le 2/10/18.

<sup>1085</sup> V. Fénéon (A.), *Droit des sociétés en Afrique de l'OHADA*, *op. cit.*, p. 667 et s. n°1710 et s., Carton (A.-M.) et Martor (B.), « L'associé minoritaire dans les sociétés régies par le droit OHADA », *op. cit.*, jan-févr. 2010, p. 25.

<sup>1086</sup> Cf. art. L. 225-232 du code de commerce français.

<sup>1087</sup> L'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique révisé le 30 janvier 2014 a apporté de nombreuses modifications concernant la procédure d'alerte. Il s'agit notamment des délais de réponse des dirigeants, qui sont passés d'un mois à quinze jours, il s'agit aussi de l'information du juge. Le commissaire aux comptes peut désormais dès la première étape de la procédure informer la juridiction compétente. Ces modifications sont faites dans le but de rendre plus efficace la procédure d'alerte. Adde Badji (P.S.A), « Ohada et bonne gouvernance d'entreprise », *Rev. de l'ERSUMA: Droit des affaires - Pratique Professionnelle*, n° 2, mars 2013, disponible sur <https://revue.ersuma.org>, consulté le 2/10/18 ; Koumba (M.), « L'amélioration de l'alerte en droit de l'OHADA : Instrument de contrôle de la gestion de l'entreprise », *Penant* n°879, p. 257.

<sup>1088</sup> Contrairement au législateur français qui n'ouvre cette procédure qu'aux actionnaires représentant 5 % du capital social, le législateur de l'OHADA permet à « tout actionnaire » de demander des explications aux dirigeants sur un fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Il s'agit là d'une belle disposition car elle permet même aux associés minoritaires de bénéficier de ce droit.

<sup>1089</sup> Cf. Leцерf (M.), OHADA, la procédure d'alerte : un nouveau moyen de prévention des difficultés d'entreprises, in *Afrique, Harmonisation du droit des affaires OHADA : CJFE/CFCE*, n°2, 1998, p.325 et s., spéc. P. 331.

<sup>1090</sup> Cf. art. 151 al. 2 de l'AUDSCGIE.

<sup>1091</sup> Cf. art. 152 al. 4 de l'AUDSCGIE.

compétente, un extrait du procès-verbal de la délibération du conseil d'administration ou de la décision de l'administrateur ou du président<sup>1092</sup>. Cette mesure, consacrée lors de la révision de l'AUDSCGIE de 2014, doit être faite dans le mois qui suit la décision ou la délibération du conseil, de l'administrateur général ou du président, selon le cas.

**371. Le droit du juge limité à l'information.** Le juge a le droit d'être informé non seulement des démarches entreprises par le commissaire aux comptes, mais aussi de ses suites. La mission du juge se résume à recevoir les informations du commissaire aux comptes sur le déroulement de la procédure. Par conséquent, il ne peut, même lorsqu'il aurait connaissance des difficultés de l'entreprise, demander des explications au dirigeant. Il ne peut non plus exiger à ce dernier l'adoption des mesures en vue d'améliorer la situation de la société.

D'un côté, le droit d'information est davantage posé par le législateur OHADA lorsqu'il fait obligation aux sociétés commerciales de déposer leurs comptes sociaux au registre de commerce et du crédit mobilier de l'Etat partie du siège social, contenu au greffe du tribunal de commerce<sup>1093</sup>. Cette obligation est d'ordre public car le dirigeant qui s'y soustrait s'expose à des poursuites judiciaires<sup>1094</sup>. D'un autre côté, le président du tribunal est non seulement le superviseur mais également le surveillant du greffe où se trouve le RCCM<sup>1095</sup>. Cette mission lui permet d'avoir des informations exactes sur la situation économique et financière de la société. Il paraît donc peu compréhensible d'admettre que le juge qui détient toutes ces informations ne puisse entreprendre des mesures pour mettre fin à la situation de crise que traverse la société.

**372. L'appréciation des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation.** La procédure ne peut être mise en œuvre que lorsque le commissaire aux comptes ou les associés constatent au sein de la société des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation<sup>1096</sup>. Les faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation n'ont pas fait l'objet de définition par le législateur, il revient au juge d'y apporter des précisions. Ainsi, le juge fait une appréciation objective des faits qui lui sont présentés. En effet, les faits qui peuvent impacter la continuité de l'exploitation peuvent résulter dans la

<sup>1092</sup> Cf. art. 155 al. 4 de l'AUDSC.GIE

<sup>1093</sup> Cf. art. 269 de l'AUDSCGIE.

<sup>1094</sup> Cf. art. 259 al. 1 de l'AUDSCGIE.

<sup>1095</sup> Cf. art. 36 al. 1 de l'AUDCG dispose que « *le registre du commerce et du crédit mobilier est tenu par le greffe de la juridiction compétente ou l'organe compétent dans l'État partie sous la surveillance du président de ladite juridiction ou du juge délégué par lui à cet effet ou de l'autorité compétente dans l'État partie* ».

<sup>1096</sup> CA Cotonou, arrêt n°178/179 du 30 sept. 1999, *Ohadata* J-06-144.

plupart des cas du mauvais exercice du pouvoir social. Il s'agit notamment des comptes annuels de l'exercice en cours et de ceux des exercices précédents<sup>1097</sup>, des données prévisionnelles de l'entreprise ou de tout fait qui pourrait créer un dysfonctionnement, de la fréquence de conflits politiques ou sociaux entre les acteurs sociaux, de la rupture d'accord de distribution ou de concession et de la perte de clients importants<sup>1098</sup>.

Il ressort de tout ce qui précède que le juge ne joue qu'un rôle résiduel dans la procédure d'alerte. Or, il a en sa possession de nombreux éléments pouvant lui permettre d'intervenir *en amont* afin de prévenir un éventuel dysfonctionnement. Or, l'inaction judiciaire ne participe point à la bonne information en droit des sociétés, d'où la nécessité de réorganiser les moyens de contraintes judiciaires visant l'exécution de l'obligation de publication des états financiers de synthèse, en particulier, et celles relatives à l'information en droit des sociétés, en général.

## **§2. La réorganisation souhaitable des moyens d'information par le juge**

**373. La recherche d'un résultat optimal.** L'implication du juge dans le processus d'information au sein de la société est d'une grande importance. Elle permet de pallier l'inertie des organes sociaux chargés d'exécuter cette obligation. Pour un résultat optimal de cette procédure, il nous semble nécessaire de réaménager la communication forcée des documents sociaux (A) et de préciser les formalités de dépôt judiciaire des états financiers de synthèse (B). En outre, il nous paraît indispensable que dans le contexte de l'OHADA, l'option soit donnée au juge de choisir entre l'exécution forcée et la désignation d'un mandataire lorsqu'il a la charge d'assurer le respect de l'obligation d'information (C).

---

<sup>1097</sup> Fénéon (A.), « Les droits des actionnaires minoritaires dans les sociétés commerciales de l'espace OHADA », *Penant*, n°839, 2002, p.153.

<sup>1098</sup> Fénéon (A.), *Le droit des sociétés en Afrique OHADA*, *op. cit.*, p. 669, n°1716.

## A. Le réaménagement de la communication forcée des documents sociaux

**374. Une extension utile.** Le dirigeant social a entre autres obligations la communication des documents sociaux aux associés<sup>1099</sup>. Un auteur a qualifié cette mesure « *d'ordre public* »<sup>1100</sup>, car elle s'impose à tous les acteurs internes ou externes à la société. Le législateur de l'OHADA a prévu qu'en cas de refus de communiquer les documents, l'actionnaire peut par une procédure d'exécution forcée en nature<sup>1101</sup>, en obtenir communication<sup>1102</sup>. Toutefois, le législateur de l'OHADA, contrairement à son homologue Français<sup>1103</sup>, ne s'est prononcé que dans le cadre de la SA et est resté muet au sujet des autres formes sociales. Parce que la communication judiciaire est une mesure permettant de rendre effectif le droit des associés d'accéder aux documents sociaux, il nous semble nécessaire de permettre expressément au juge d'exiger cette communication dans toutes les formes sociales (1). Par ailleurs, il serait souhaitable autant dans les SA que dans les autres formes sociales que le domaine d'intervention du juge soit élargi quant à l'auteur de la demande (2).

### 1. La précision légale de la communication judiciaire à toutes les formes sociales

**375. Les SNC, SCS, SARL.** La précision dans les textes de la communication judiciaire propre à la SNC, à la SCS et à la SARL aurait pour conséquence d'éviter la confusion du juge lorsqu'il intervient dans ces formes sociales. Cette mesure d'information est d'autant plus nécessaire qu'elle permettrait aux dirigeants de ces sociétés, non seulement de prendre conscience de leur obligation, mais aussi de l'exécuter. De même, elle offrirait la possibilité aux bénéficiaires desdites obligations de saisir le juge pour assurer leur exécution. Cependant,

<sup>1099</sup> V. *Infra supra* n° 357.

<sup>1100</sup> Tsopbeing (M. W.), « L'information des associés, une exigence fondamentale du droit des sociétés Ohada ? », *Rev. semestrielle d'Etudes, de législation, de Jurisprudence et de Pratique Professionnelle en Droit des affaires et en Droit Communautaire*, 2016, disponible sur <http://revue.ersuma.org>, consulté le 17/07/17.

<sup>1101</sup> *Ibidem*.

<sup>1102</sup> Cf. art. 528 de l'AUDSCGIE.

<sup>1103</sup> En droit Français, l'extension de la procédure a été rendue effective par la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001, V. Gordon (L.), « La protection des actionnaires minoritaires dans la loi relative aux nouvelles régulations économiques », *Bull. Joly*, 2001, p. 728, n°15 ; Bureau (D.), « La loi relative aux nouvelles régulations économiques. Aspect de droit des sociétés », *Bull. Joly*, 2001, p. 553, n° 78. Cette loi a été suivie par celle du 1<sup>er</sup> août 2003 et de l'ordonnance du 25 mars 2004 ; V. Le Nabasque (H.), « Commentaire des principales dispositions de la loi n°2002-706 du 1<sup>er</sup> août 2003 sur la sécurité financière intéressant le droit des sociétés », *Bull. Joly*, 2003, p. 888 ; Couret (A.), « Les dispositions de la loi de sécurité financière intéressant le droit des sociétés », *JCP E*, 2003, I, p. 1290, n°45.

dans le souci d'éviter des interventions abusives, l'étendue de l'intervention judiciaire devrait être clarifiée (a) et encadrée (b).

### *a. L'étendue de l'intervention judiciaire à clarifier*

**376. La communication des documents sociaux.** La communication des documents sociaux est une mesure prévue dans toutes les formes sociales<sup>1104</sup>. Elle fait l'objet d'une réglementation stricte<sup>1105</sup>, car elle détermine les choix et les décisions des associés<sup>1106</sup> quant à l'orientation du fonctionnement de la société. Pour un auteur, c'« *est une donnée incontournable dans la gestion des relations sociales* »<sup>1107</sup>. En effet, la loi fait obligation aux dirigeants sociaux de communiquer certains documents sociaux aux associés avant la tenue des assemblées. Cette communication a pour objectif de permettre aux associés d'avoir suffisamment d'éléments afin de mieux se prononcer lors du vote de certaines résolutions. Conscient de l'importance de cette mesure au sein des sociétés, le législateur a prévu de nombreuses mesures permettant de sanctionner sa violation ou son non-respect. Il s'agit notamment de la révocation du dirigeant fautif, de la nullité de l'assemblée tenue au détriment du respect de cette formalité. Toutefois, ces sanctions se sont révélées inefficaces dans la mesure où elles ne permettent pas l'exécution de l'obligation. Il nous semble opportun, à l'instar de ce qui est prévu pour la SA en droit OHADA et les autres formes sociales en droit Français, de donner de manière expresse la possibilité au juge de l'OHADA de prononcer l'exécution forcée dans toutes les formes sociales.

**377. L'absence ou l'impossibilité de communication, condition de la mesure d'injonction.** Une lecture attentive de l'article L.238-1 du code de commerce français et de l'article 528 al.1 de l'AUDSCGIE permet de constater que le juge ne peut prononcer la mesure

<sup>1104</sup> Cf. AUDSCGIE, notamment en ses arts. 288 al. 2 pour les SNC, art. 306 al. 306 al. 2 pour la SCS, art. 345 pour les SARL.

<sup>1105</sup> Le législateur assure l'encadrement de cette obligation en fixant les délais et la périodicité de son exécution. De même, cette obligation s'étend aux SA, sociétés caractérisées par une forte présence de la liberté contractuelle. Un auteur a fait remarquer que « *s'il est vrai que certaines règles relatives à l'information des associés peuvent être aménagées par les statuts dans la SAS en raison de la liberté contractuelle qui règne dans cette forme de société, cet aménagement ne semble possible que dans les cas prévus par la loi et ne peut conduire à la suppression totale du droit à l'information des associés* ». Tsopbeing (M. W.), « L'information des associés, une exigence fondamentale du droit des sociétés Ohada ? », *op. cit.*

<sup>1106</sup> Tsopbeing (M. W.), « L'information des associés, une exigence fondamentale du droit des sociétés Ohada ? », *op. cit.*, l'auteur assimile la communication des documents sociaux à une « *boussole qui oriente les associés dans l'exercice de leur pouvoir décisionnel* ».

<sup>1107</sup> *Ibidem.*

d'exécution forcée que lorsque le demandeur est dans l'impossibilité d'obtenir la production ou la transmission du document<sup>1108</sup>. Dès lors, le juge ne peut ordonner une injonction que lorsque l'objet de la demande serait de parfaire le document<sup>1109</sup>. Un auteur<sup>1110</sup> souligne à cet effet que, la production ou la diffusion de l'information contenue dans un document éteint toute action visant à demander la communication forcée dudit document. Par conséquent, toute société dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé ne peut se voir imposer une procédure d'injonction visant à apporter des précisions sur le rapport de gestion concernant la rémunération des mandataires sociaux<sup>1111</sup>.

Allant dans le même sens, la Cour d'appel de Paris a tenu à préciser dans un arrêt du 26 mars 2003<sup>1112</sup> les conditions d'admission des demandes en matière de communication des documents sociaux. Cette Cour a retenu que le juge ne peut désigner un mandataire chargé d'informer les actionnaires que lorsqu'il est impossible pour les personnes voulant l'information, d'obtenir la production ou la transmission des documents. « *Dès lors que l'information a été formellement diffusée, il semble que l'injonction de faire ne puisse plus être obtenue (...)* »<sup>1113</sup>. Ces précisions tirées de l'article L. 238-1 du code de commerce français qui consacre les injonctions de faire sont très importantes. Elles permettent de définir les pouvoirs du juge dont l'intervention doit se limiter à ce qui est nécessaire pour préserver l'intérêt social.

**378. Le pouvoir d'appréciation du juge.** En droit Français, conformément à l'ancien article 143 du décret du 23 mars 1967<sup>1114</sup>, il n'était pas permis au juge d'exercer le contrôle de la conformité de la mesure à l'intérêt social<sup>1115</sup>. Désormais, grâce à l'article L.238-1 du code de commerce, le juge peut « *apprécier la finalité sociale de la demande* »<sup>1116</sup>, puisque cet article précise que : le juge ne peut prononcer la mesure d'exécution forcée qu'après avoir « *fait droit à la demande* ». Nous pensons que le juge dispose de pouvoirs pour apprécier la légitimité des demandes et repousse celles qui sont abusives. Priver les actionnaires de leur droit de

<sup>1108</sup> CA Paris, 26 mars 2003, *Bull. Joly*, 2003, p. 816, note Zeidenberg (S.).

<sup>1109</sup> Cf. Viandier (A.), *Sociétés et loi NRE : les réformes de la loi « nouvelles régulations économiques »*, Francis Lefebvre, coll. Dossiers Pratiques, 2001, n° 276.

<sup>1110</sup> V. Mignon-Colombet (A.), *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Economica, 2004, p.79, n° 83-1, Préface de Guyon (Y.).

<sup>1111</sup> *Ibidem*.

<sup>1112</sup> V. CA Paris, 26 mars 2003, *Bull. Joly*, 2003, p. 816, note S. Zeidenberg

<sup>1113</sup> V. CA Paris, 26 mars 2003, *Dr. Sociétés*, 2003, comm. 162, obs. Trébulle (F. G.).

<sup>1114</sup> Ce texte précisait clairement que le tribunal « *pourra ordonner à la société, sous astreinte, de communiquer les documents à l'actionnaire dont la communication est requise par la loi* ».

<sup>1115</sup> Percerou, « Du droit de communication dans les sociétés par actions », *J. sociétés*, 1908, p. 194, n° 36 ; Viénot (A.), « L'application aux sociétés de la loi du 11 mars 1924 sur les référés spéciaux », *J. sociétés*, 1931, p. 324.

<sup>1116</sup> Cf. Mignon-Colombet (A.), *L'exécution forcée en droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 81, n° 85



communication reviendrait à empêcher ces derniers d'exercer leurs droits politiques. Or, « *L'exercice d'un droit suppose qu'il puisse être exercé en connaissance de cause* »<sup>1117</sup>. Le critère auquel se réfèrent les tribunaux français est l'intérêt légitime des demandeurs. C'est pourquoi, ceux-ci pour justifier le bien-fondé de leur requête doivent prouver la nécessité pour eux, d'obtenir cette communication exceptionnelle. C'est donc là la question de fait soumise à l'appréciation des juges de fond, qui d'ailleurs, n'usent de leurs pouvoirs qu'avec prudence étant donné la réglementation et donc la limitation de principe du droit de communication.

**379. L'audace du juge africain.** L'AUDSCGIE est muet sur la question de la communication forcée des documents sociaux au sein des SNC, SCS et SARL. En dépit de ce mutisme, les juges ont plusieurs fois eu recours à cette mesure pour exiger du dirigeant l'exécution de son obligation. Ainsi dans une affaire<sup>1118</sup>, la CCJA a contraint sous astreinte le dirigeant d'une SARL à communiquer à l'associé les documents relatifs aux trois derniers exercices de la société. Précisément, la réglementation du droit de communication des informations constitue en soi, et malgré la bienveillance du législateur de l'OHADA de 2014 pour les associés, une limitation des droits des associés quant aux documents communicables, d'où la nécessité de sa consécration.

### **380. Proposition de consécration de la communication judiciaire des documents sociaux dans les SNC, SCS et SARL dans l'AUDSCGIE**

Concernant la SNC et la SCS, le législateur de l'OHADA pourrait prévoir à la suite des alinéas 2 respectivement des articles 288 et 306, un nouvel alinéa qui disposerait que :

*« Lorsque l'intéressé ne peut obtenir la communication des documents visés au deuxième alinéa du présent article, il peut demander à la juridiction compétente, statuant à bref délai, d'enjoindre sous astreinte, aux gérants de la société de procéder à cette communication. En cas d'impossibilité d'exécution rapide de l'obligation par son débiteur, un mandataire peut être chargé de cette exécution »*

De même, s'agissant de la SARL, le législateur de l'OHADA pourrait, au niveau de la sous-section 2 organisant le droit de communication, dans un dernier alinéa de l'article 345, prévoir que :

<sup>1117</sup> Cf. Urbain- Parleani (I.), « L'expertise de gestion et l'expertise in futurum », *Rév. sociétés*, P. 496.

<sup>1118</sup> V. CCJA, arrêt n°056/2013 du 13 juin 2013, disponible sur [www.Ohada.com](http://www.Ohada.com), consulté le 25 /09/2015.

« Lorsque l'intéressé ne peut obtenir la communication des documents visés au présent article, il peut demander à la juridiction compétente, statuant à bref délai, d'enjoindre sous astreinte, aux gérants de la société de procéder à cette communication. En cas d'impossibilité d'exécution rapide de l'obligation par son débiteur, un mandataire peut être chargé de cette exécution ».

**381.** Pour la réalisation de cette communication forcée, il faudrait que l'associé réclamant une pareille communication remplisse une double condition. La première consistant à établir que la contestation avec la société est sérieuse et qu'elle lui donne un juste motif d'agir en justice contre elle. La seconde permettant de démontrer que cette contestation, par ses articulations précises et vraisemblables et par son lien étroit avec la communication sollicitée, lui donne un intérêt sérieux et légitime à obtenir cette communication. En revanche, il ne saurait être question notamment d'accorder la communication à des associés qui, en dehors de toute contestation sérieuse, voudraient trouver des justifications pour déstabiliser le groupe majoritaire ou porter atteinte à l'administration de la société. Le juge devrait rechercher l'absence de contestation sérieuse<sup>1119</sup>. Ainsi, il appartiendra au débiteur d'apporter la preuve de la recherche d'un but personnel, distinct de l'intérêt social<sup>1120</sup>. Ces exigences contribueront à l'encadrement de l'office du juge afin d'éviter les interventions abusives.

### *b. L'encadrement de l'intervention judiciaire*

**382. Un encadrement jadis méconnu par la jurisprudence française...** La question qui se pose, et qui s'est déjà posée par le passé, est de savoir si les tribunaux ont le pouvoir, indépendamment des dispositions légales, d'accorder un droit de communication plus large que celui prévu par la loi ? Les tribunaux pourraient-ils ordonner la communication des documents autres que ceux figurants dans les textes ?

En droit français, on a admis depuis longtemps, notamment en matière de société par actions, que les actionnaires puissent obtenir un droit de communication plus large que celui

<sup>1119</sup> CA Paris, 26 mars 2003, n°2002/20751, *Bull. Joly*, 2003, n°7, p. 816. Dans cette affaire, le juge a relevé qu'il n'y avait pas de contestation sérieuse dans la mesure où, contrairement aux affirmations du demandeur, ce dernier « a obtenu la communication des documents à laquelle il peut prétendre en sa qualité d'actionnaire ».

<sup>1120</sup> CA Lyon, 21 mai 1951, 12 mai 1952, *J. sociétés*, 1952, p. 269. Il a été précisé qu'« il échet d'ordonner la communication des détails du compte de profits et pertes dès lors que cette communication n'est pas de nature à nuire à la société ».

accordé par la loi. Certains auteurs parlent de « *droit exceptionnel de contrôle* »<sup>1121</sup>, faisant ainsi allusion à la communication des documents sociaux à laquelle ni la loi, ni les statuts ne leur donnent droit.

**383. Un encadrement admis.** Dans un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de Cassation datant du 3 juin 1998<sup>1122</sup>, le juge a marqué cette limitation de l'information judiciaire dans des circonstances assez particulières. En effet, les assemblées générales extraordinaires des sociétés Matra et Hachette s'étaient réunies le 29 décembre 1992 pour adopter le projet de fusion de ces deux sociétés signées le 25 novembre 1992. Le 18 novembre 1992, Matra avait conclu un important contrat couvert par le « *secret défense* ». Plusieurs actionnaires agissant en nullité de la fusion pour dol demandèrent la production de documents ayant servi à évaluer la société Matra en fonction du contrat du 18 novembre afin de vérifier les modalités de prise en compte de ce contrat dans cette évaluation. Ils soulignent à cette fin que les divers documents ayant servi à évaluer la société Matra étaient « *à la seule disposition de la société Matra-Hachette, elle seule étant en mesure de rapporter la preuve qu'ils mentionnaient bien le contrat du 18 novembre* ». La question est ainsi clairement posée : les actionnaires avaient-ils accès à des documents autres que ceux qui étaient énumérés par la loi, ayant servi à l'évaluation des sociétés parties à la fusion ? La Cour de cassation a rejeté le pourvoi en précisant que les actionnaires ont droit à certains éléments d'information, ceux que la loi indique expressément. En revanche, les autres éléments d'information n'ont pas à leur être communiqués, dès lors qu'ils « *avaient été pris en compte dans les évaluations* ».

**384.** Les juges ont eu la même réaction dans un arrêt du 26 octobre 2010<sup>1123</sup>, lorsqu'ils ont précisé que « *l'assemblée peut statuer valablement en l'absence du rapport du conseil d'administration* ». La position adoptée par les juges dans cette affaire vient faire volte-face à l'objectif d'information qui est recherché depuis quelques années<sup>1124</sup> en droit des sociétés<sup>1125</sup>. Les juges n'avaient pourtant pas hésité à reconnaître dans le silence des textes de l'époque, un droit à l'information des administrateurs au motif que « *le président du conseil*

<sup>1121</sup> V. Percerou, « Droit de communication des sociétés par actions », *Journ. sociétés*, 1908, p. 193; CA Paris, 24 mars 1926. *JS.1927*. 7 100 et s. Consultation en note sous Percerou et Amiaud.

<sup>1122</sup> Cass. com., 3 juin 1998, *RDJA*, 1998, p.824 ; *Bull. Joly* 1998, p. 921, note Couret (A.); *JCP E*, 1998, p.1305, note Viandier (A.).

<sup>1123</sup> Cass. com., 26 oct. 2010, FS-P+B+I, n°09-71.404, *Mutuelle Optique La Roussillonnaise c/Cooptimut*, *Rev. Soc.*, Sept 2011, p. 494, note sous Urbain-Parleani (I.).

<sup>1124</sup> Urbain-Parleani et M. Boizard : « l'objectif d'information dans la loi du 24 juill. 1966 », *Rev. Sociétés*, 1996.447.

<sup>1125</sup> V. Cass. com., 26 oct. 2010 *op cit*, p.499.

*d'administration doit mettre les administrateurs en mesure de remplir leur mission en toute connaissance de cause* »<sup>1126</sup>.

**385. La soumission du juge aux exigences légales.** Fort des décisions qui précèdent et du caractère énumératif de l'article 528 al. 2 de l'AUDSCGIE, la tendance est celle de l'interdiction faite au juge d'exiger la communication forcée des documents qui ne sont pas énumérés par la loi<sup>1127</sup>. En France, le juge est fidèle à cette limitation de pouvoirs et fait une application rigoureuse des textes<sup>1128</sup>. C'est ce qui ressort de l'arrêt du 23 juin 2009<sup>1129</sup>, où les juges ont refusé d'exiger la communication des copies des procès-verbaux des réunions du conseil d'administration, ainsi que du registre de présence dudit conseil et des conventions adressées aux administrateurs. Dans le même ordre d'idées, les juges ont rejeté la demande<sup>1130</sup> des associés qui avait été formulée postérieurement à la tenue de l'assemblée. Le motif de ce rejet reposait sur le fait que la demande ne respectait pas les délais prévus par la loi<sup>1131</sup>. À notre avis cette soumission est inopportune dans le contexte sociétal.

**386. La limitation des pouvoirs judiciaires en matière de communication des documents sociaux ne sied pas à la spécificité du droit des sociétés.** Certes, la restriction des pouvoirs du juge en matière de communication des documents sociaux permet d'éviter la publication d'informations sensibles<sup>1132</sup> concernant la société, mais cette restriction pourrait avoir un effet négatif sur le bon déroulement des affaires sociales. En effet, la communication judiciaire a pour but de permettre aux associés d'accéder aux informations nécessaires à la prise de décisions sociales. Il serait illogique de restreindre ce pouvoir judiciaire alors que celui-ci concourt à la bonne transmission des informations et par ricochet à la bonne gestion de la société. Il nous semble donc nécessaire que le juge puisse faire une appréciation extensive de

<sup>1126</sup> V. Cass. com., 2 juill., 1985, *Rev. Sociétés*, 1986.231, note Le Cannu (P.); Le Cannu (P.), « La protection des administrateurs minoritaires », *Bull. men. Inf. des soc.* 1990, p.551; *RTD Com.*, 1970, P.152, Obs. Houin (D.). Dans cette affaire, le juge avait admis l'extension judiciaire du droit de communication.

<sup>1127</sup> V. CA Paris, 26 mars 2003, *Bull. Joly*, 2003, p.816, note Zeidenberg ; *Dr. société*, 2003, comm. 162, note Trébulle (F.-G.); CA Besançon, 11 décembre 2001, *Dr. sociétés*, 2002, comm. 119, note Monnet (J.).

<sup>1128</sup> Cf. Cass. com., 26 févr. 2008, *Dalloz*, 2008, AJ. 781, obs. Lienhard. En l'espèce, les juges ont relevé que, conformément à l'art. L. 238-1, il n'entre pas dans les pouvoirs du juge des référés, « *d'apprécier si une convention entre pou non dans la catégorie des conventions courantes conclues à des conditions normales ou si, en raison de son objet ou de ses implications financières, elle n'est significative pour aucune des parties* ».

<sup>1129</sup> Cf. Cass. com., 23 juin 2009, *Dalloz*, 2009, p. 1824, obs Lienhard (A.); *Dr. sociétés*, 2009, n°160, obs. Hovasse (H.).

<sup>1130</sup> Cf. Cass. com., 26 févr. 2008, *Dalloz*, 2008, AJ. 781, obs. Lienhard (A.).

<sup>1131</sup> La communication des documents sociaux doit se faire 15 jours avant la tenue de l'assemblée. Elle ne peut se faire après la tenue de ladite assemblée.

<sup>1132</sup> V. Tsopbeing (M. W.), « L'information des associés, une exigence fondamentale du droit des sociétés OHADA ? », *op. cit.*, L'auteur fait remarquer que « *trop d'informations génère la surinformation, puis la désinformation, enfin le rejet de l'information* ».

la demande. Ainsi, il pourrait apprécier la demande chaque fois que l'intérêt social serait en jeu et par la suite contraindre l'organe compétent à communiquer les documents. Il reviendra à l'auteur de l'acte dont le cercle pourrait être étendu, de rapporter la preuve de la poursuite de l'intérêt de la société et non celui d'un intérêt propre.

## ***2. L'extension de la catégorie des demandeurs prévus à l'article 528 de l'AUDSCGIE***

**387.** La qualité de défendeur est reconnue au représentant légal de la personne morale<sup>1133</sup>. Cependant, le juge rencontre de nombreuses difficultés liées à l'identification des parties. Il convient de présenter ces difficultés (a) avant de proposer des solutions propres au contexte de l'OHADA (b).

### ***a. Les difficultés liées à l'identification des parties***

**388. La qualité des parties.** L'article 528 de l'AUDSCGIE comporte de nombreuses imperfections. Les unes sont liées à la qualité du demandeur de l'exécution forcée en nature et les autres sont relatives à celle du défendeur. Concernant la seconde difficulté, l'article 528 al.2 de l'AUDSCGIE dispose que « *la juridiction peut ordonner à la société, sous astreinte, de communiquer les documents à l'actionnaire...* ». En effet, c'est à la société que le juge adresse la décision d'exécution forcée des documents. Or, l'obligation de communication des documents sociaux incombe au dirigeant<sup>1134</sup>. L'action du juge manque d'efficacité dans la mesure où, cette procédure laisse impunie<sup>1135</sup> l'associé qui n'a pas exécuté sa prestation. Certains auteurs y voient une sorte d'« *immunité* »<sup>1136</sup> *du dirigeant social*. Quant à la première

<sup>1133</sup> Il a été par exemple décidé qu'en cas de liquidation, c'est le liquidateur qui a la qualité de défendeur parce que la procédure d'injonction de faire doit être « *dirigée contre les dirigeants sociaux pris en leur nom personnel et non contre la société qu'ils représentent* ». V. Cass. com. 1<sup>er</sup> juill. 2008, n°07-20.643.

<sup>1134</sup> Cf. art. 526 de l'AUDSCGIE.

<sup>1135</sup> Cette mesure n'a aucun effet dissuasif car aucune menace ne pèse sur le dirigeant. En droit Français, non seulement les frais de la procédure pèsent sur le dirigeant, mais celui-ci court le risque de voir sa responsabilité civile engagée. V. not. Charvériat (A.), Couret (A.) et Zabala (B.), *Sociétés commerciales 2015*, Francis Lefebvre, coll. Mémento pratique, 2014, n° 89822.

De même, sa responsabilité politique pourrait être engagée du fait de la perte de confiance des associés à la suite de la non-communication des documents sociaux. V. Nemoz-Rajot (Q.), *Les interventions judiciaires spécifiques au droit des sociétés in bonis*, op. cit., p. 531, n° 769.

<sup>1136</sup> V. Carton (A.- M.) et Martor (B.), « L'associé minoritaire dans les sociétés régies par le droit OHADA », *CDE*, n°1, 2010, p.25.

imperfection, le droit français, contrairement au droit OHADA, présente des conditions plus favorables.

**389. Le contenu du texte.** Contrairement au droit de l'OHADA, le droit Français a élargi le cercle des personnes pouvant ouvrir l'action en exécution forcée<sup>1137</sup> puisque l'article L. 238-1 du code de commerce français fait référence à toutes « *personnes intéressées* »<sup>1138</sup>. Il ressort de ce texte que tout associé<sup>1139</sup>, tout obligataire, par le biais de leurs représentants<sup>1140</sup>, tout créancier social, le comité d'entreprise ou le commissaire aux comptes, s'il y'en a un, peuvent demander au juge d'ordonner la communication de certains documents sociaux. Ce texte contourne le principe établi en droit commun, notamment l'exigence d'un intérêt direct et personnel du demandeur<sup>1141</sup>. Cette spécificité du droit des sociétés approuvé par un auteur<sup>1142</sup> permet d'ouvrir le champ d'intervention à toute personne indépendamment de la nature directe ou indirecte de l'intérêt qu'elle présente pour la procédure. De même, elle multiplie les interventions judiciaires. Désormais le juge pourra prononcer une mesure d'injonction de faire à toute personne présentant un intérêt à agir<sup>1143</sup>. Toutefois cette mesure pose quelques difficultés d'interprétation.

**390. La limite des textes.** Relativement à la détermination de la qualité pour agir dans le cadre de l'exécution forcée, les difficultés d'interprétation vient de l'imprécision des textes. Certaines dispositions font allusion à « *tout intéressé* »<sup>1144</sup> ; d'autres quant à elles, parlent soit des « *personnes intéressées* », soit de « *toute personne intéressée* »<sup>1145</sup> ; et d'autres enfin mentionnent éventuellement le ministère public et les intéressés<sup>1146</sup>. Ces différentes formulations feraient-elles référence à une même notion ? Assurément pas. L'imprécision des

<sup>1137</sup> Cf. Mignon-Colombet (A.), *L'exécution forcée en droit des sociétés*, op. cit., p.78, n° 83.

<sup>1138</sup> Cf. Bureau (D.), « La loi relative aux nouvelles régulations économiques. Aspects de droit des sociétés », op. cit., n° 78.

<sup>1139</sup> Cass. com., 23 juin 2009, n°08-14.117, *Dalloz*, 2009, AJ. 1820, obs. Lienhard ; *RTD com*, 2009, p. 579, obs. Le Cannu et Dondero ; *Rev. Sociétés*, 2009, p. 817, note Mattout ; *Dr. Sociétés*, 2009, n°160, obs. Hovasse. Dans cette affaire, les juges ont décidé que « *dès lors que les statuts de la société démontrent la qualité d'actionnaires du demandeur et qu'aucune décision judiciaire n'a décidé du contraire, celui-ci est, au sens de l'art. 238-1, une personne intéressée et a, à ce titre, qualité pour agir* ».

<sup>1140</sup> L'art. L. 228-70 du code de commerce français dispose que les obligataires ne peuvent pas individuellement demander la communication judiciaire des documents sociaux.

<sup>1141</sup> Jeuland (E.) et Manin (F.), *Injonction de faire, répertoire sociétés*, sept. 2004, actualisation juin 2013.

<sup>1142</sup> *Ibidem*.

<sup>1143</sup> C'est pour répondre à cette exigence que les juges ont décidé qu'un actionnaire est considéré comme personne intéressée dès lors que les statuts de la société l'ont démontré et qu'aucune décision judiciaire ne s'y est opposée. V. Cass. com., 23 juin 2009, n°08-14.117, *RTD com*, 2009, 579, obs. Le Cannu et Dondero.

<sup>1144</sup> Cf. art. L. 238-2, L.238-4 et L.238-5 du code de commerce français et l'art. 1843-3 du C. civ. français.

<sup>1145</sup> Cf. art. L. 238-1 du C. com. français.

<sup>1146</sup> Cf. art. L. 123-5-1 et L. 238-3 du C. com. français.

textes met le juge dans l'embarras. Un auteur dénonçant cette situation, a précisé que le juge ferait certainement une « *appréciation à géométrie variable* »<sup>1147</sup>.

De même, de nombreuses questions sont posées au juge notamment celle de savoir s'il peut exiger la communication des documents sociaux à un fonds d'investissement qui a pour projet de rentrer dans le capital d'une société. La société peut-elle, en marge de l'article L. 238-1, évoquer le secret des affaires pour contourner une telle mesure ? En vertu de l'adage « *le spécial l'emporte sur le général* », la politique jurisprudentielle voudrait que les intéressées soient soit les personnes à qui sont destinés les documents sociaux, soit celles qui bénéficient de l'obligation de faire. Toutefois, cette solution ne semble pas faire l'unanimité. Certes, il a été rappelé que, logiquement, les personnes intéressées devraient être les destinataires, ou tout au moins les bénéficiaires de l'obligation de faire, mais il ne faut pas s'en tenir à ces seuls créanciers de l'obligation de communication de documents<sup>1148</sup>. Ainsi perçu, le juge retiendrait le critère finaliste qui ferait intervenir même les commissaires aux comptes<sup>1149</sup>. Seraient par conséquent exclus, les salariés, le créancier de la société, le fonds d'investissement dans la mesure où ils ne sont pas considérés comme les destinataires des documents. Toutefois, les juges semblent ne pas adhérer à cette conception de la qualité de demandeur. Dans un arrêt du 17 janvier 2006<sup>1150</sup>, ils ont rejeté la demande en référé d'un créancier contrôleur en dépit du caractère louable de la finalité de la demande.

**391. Le mérite du texte.** Au-delà des reproches faits à cette disposition, notamment « *les blocages* » dont elle peut être à l'origine, elle a tout de même le mérite d'exister. Elle permet de remédier à l'inactivité des associés en matière de communication de documents, car ces derniers peuvent décider volontairement de ne pas exécuter leur obligation. Cette mesure est « *assez proche d'une action de substitution, telle l'action ut singuli* »<sup>1151</sup>. Un auteur allant dans le même sens ajoute qu'« *il n'est d'ailleurs pas sans intérêt de remarquer que la procédure de référé injonction de faire pourrait déboucher au fond sur une action sociale ut*

<sup>1147</sup> Jeuland (E.) et Manin (F.), Injonction de faire, *op. cit.*

<sup>1148</sup> Cf. Manin (F.) et Jeuland (E.), « Les incertitudes du référé injonction de faire en droit des sociétés », *Rev. Sociétés* 2004, p. 15, n° 28.

<sup>1149</sup> Not. Charvériat (A.), Couret (A.) et Zabala (B.), *Sociétés commerciales 2015*, Francis Lefebvre, coll. Mémento pratique, 2014, n° 89820.

<sup>1150</sup> CA Colmar, chbre. civ., 17 janv. 2006, n° 1A04/02203. Conformément à l'article 238-1 du code de commerce français, les juges ont décidé que seuls « *les associés, les actionnaires, copropriétaires, nu-propriétaires et usufruitiers de parts indivises dans les sociétés et les obligataires* » pouvaient mettre en œuvre la procédure de référé injonction de communication des documents sociaux.

<sup>1151</sup> Cf. Jeuland (E.), *Droit processuel*, 2003, LGDJ, coll. Systèmes, p. 76 et s. ; V. le même auteur, *La substitution de personne dans un rapport d'obligation*, préface Cadiet L., LGDJ, 1999.

*singuli* »<sup>1152</sup>. Il nous semble qu'au-delà de la nature de l'action, l'action exercée par toute personne intéressée vient pallier la carence des dirigeants. De même, elle permet la sauvegarde de tous les acteurs sociaux. Cette mesure visant à protéger tant les intérêts des associés que ceux de la société et même ceux des tiers via les intérêts de la société et d'éviter ainsi les conflits pouvant entraîner un fonctionnement irrégulier de la société mérite d'être mise en œuvre dans le contexte de l'OHADA.

### ***b. La solution proposée en droit de l'OHADA***

**392. L'extension des critères liés à la qualité du demandeur.** La communication judiciaire est une mesure qui permet d'avoir des informations sur le fonctionnement de la société. Elle permet également de pallier la carence de l'organe social qui n'a pas rempli son obligation d'information. Le législateur de l'OHADA réserve le droit d'ouverture de la procédure au seul actionnaire. Cette restriction limite les effets de la procédure dans la mesure où le juge ne peut donner droit à la demande lorsqu'il est saisi par une personne autre que l'actionnaire. Ainsi, pour un meilleur résultat, il nous semble indispensable que l'ouverture de cette procédure soit reconnue à d'autres personnes et qu'elle ne soit plus simplement cantonnée à l'actionnaire. Le législateur de l'OHADA pourrait au même titre que son homologue Français, permettre au juge de donner suite à une demande de communication forcée de documents sociaux, lorsqu'il est saisi par « *toutes personnes intéressées* » par ladite communication.

**393. Proposition de reformulation de l'article 528 al. 1 de l'AUDSCGIE.** Le législateur pourrait reformuler l'article 528 al. 1 de l'AUDSCGIE en ces termes :

*« Si la société refuse de communiquer tout ou partie des documents visés aux articles 525 et 526 ci-dessus, la juridiction compétente statue à bref délai sur ce refus, à la demande de toutes personnes intéressées ».*

L'intérêt à agir servirait donc de fondement à l'intervention judiciaire. Il pourrait être compris comme « *l'avantage que procurerait au demandeur la reconnaissance, par le juge, de*

---

<sup>1152</sup> Jeuland (E.) et Manin (F.), Injonction de faire, *op. cit.*



la légitimité de sa prétention »<sup>1153</sup>. Dès lors, l'exécution forcée des documents sociaux prononcée à la demande d'une personne intéressée devrait lui être profitable ou utile. Toutefois, au regard des difficultés auxquelles fait face le juge français lors de la détermination de la qualité du demandeur lorsqu'il est saisi d'une action en communication forcée des documents sociaux, il nous semble judicieux de résoudre le problème en amont dans le contexte de l'OHADA. Pour que soit évité le « harcèlement des dirigeants, au-delà de la société elle-même »<sup>1154</sup>, le juge devrait faire preuve de prudence lors de l'appréciation de la qualité de demandeur. Ainsi, le juge devrait s'assurer que la « personne intéressée » soit bien celle à qui sont destinés les documents ou celle qui bénéficie de l'obligation de faire. En somme, l'extension des critères liés à l'auteur de la demande permettrait d'étendre les possibilités d'intervention judiciaire afin de mieux prévenir les crises sociales touchant à la bonne marche de la société.

**394. Le renforcement justifié.** Le renforcement des mesures d'informations judiciaires à toutes les formes sociales nous semble être une nécessité dans le contexte de l'OHADA. Par le biais de l'information imposée par le juge, les organes sociaux donnent effectivement des informations détaillées sur l'organisation et le fonctionnement de la société conformément aux exigences légales<sup>1155</sup>. On peut observer que l'information judiciaire n'est pas simplement un instrument de protection des associés minoritaires, mais de protection des divers intérêts sociaux. D'abord, ce moyen permet d'établir et de faire régner un climat de confiance chez les acteurs sociaux<sup>1156</sup> du fait de la « bonne lisibilité »<sup>1157</sup> qu'elle offre à ces derniers. Ensuite, elle permet aux associés d'avoir une meilleure connaissance de la situation sociale, économique et financière de la société, et surtout d'exercer leur droit de vote dans de meilleures conditions. Enfin, conformément à la protection de l'intérêt social<sup>1158</sup>, elle assure le fonctionnement régulier de la société. De toute évidence, l'inexécution de l'obligation d'information porte

---

<sup>1153</sup> V. Nemoz-Rajot (Q.), *Les interventions spécifiques au droit des sociétés in bonis*, op. cit., p.616, n°903 ; Guichard (S.), Ferrand (F.) et Chanais (C.), *Procédure civile*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., coll. Hypercours, 2013, p. 40, n°68 et s.

<sup>1154</sup> Cf. Jeuland (E.) et Manin (F.), *Injonction de faire*, op. cit. n°48.

<sup>1155</sup> Cependant, la procédure ne peut s'étendre aux cas qui n'ont pas été prévus par la loi dans la mesure où, les informations sensibles et confidentielles doivent être protégées.

<sup>1156</sup> Les acteurs sociaux dans ce contexte représentent toutes les personnes internes (associés, dirigeants sociaux, commissaires aux comptes...) et externes à la société (partenaires sociaux : les associés, les dirigeants sociaux, les partenaires de la société,

<sup>1157</sup> V. Nemoz-Rajot (Q.), *Les interventions judiciaires spécifiques au droit des sociétés in bonis*, op. cit., p. 546, n°794.

<sup>1158</sup> Cf. Scharpira (J.), « L'intérêt social et le fonctionnement des sociétés anonymes », *RTD com*, 1971, p. 62, n°7.

atteinte à toute forme de contrôle sociale<sup>1159</sup>. Toujours dans l'optique de la recherche d'une mesure mieux adaptée à la prévention judiciaire du fonctionnement irrégulier de la société, nous proposons dans le cadre de l'OHADA, la précision des conditions du recours judiciaire dans le cadre du dépôt des états financiers de synthèse.

## B. La précision des conditions de dépôt forcé des états financiers de synthèse

**395. L'appréciation extensive à retenir.** En matière de publication des états financiers de synthèse, la difficulté de l'action du juge se situe au niveau de l'appréciation de la qualité de l'auteur de la demande<sup>1160</sup>. En effet, certains juges chargés de déterminer cette qualité ont opté plutôt pour une définition extensive de la notion de « *tout intéressé* ». D'autres en revanche y font une appréciation restreinte puisqu'il s'agit d'une procédure pas très appréciée par les organes sociaux. À notre avis, le premier courant semble adapté au droit des sociétés. L'action devrait être mise en œuvre par toute personne qui présente un intérêt à accéder aux comptes sociaux, sans qu'il lui soit demandé la preuve de cet intérêt. Et, le juge ne devrait pas chercher à savoir si le demandeur justifie d'un intérêt légitime ou s'il s'agit d'une simple curiosité de sa part. Cela parce que « *l'action tendant à assurer l'accomplissement des formalités de publicité incombant aux sociétés commerciales en application des dispositions de l'article L.232-23 du code de commerce (français) est, sauf abus, ouverte à toute personne, sans condition tenant à l'existence d'un intérêt particulier* »<sup>1161</sup>. Toutefois, l'idée selon laquelle la définition extensive pourrait donner la possibilité aux concurrents de profiter des fragilités de la société n'est pas à exclure. En effet, la société hésite à délivrer au public des éléments confidentiels de la société<sup>1162</sup> parce que cette publication pourrait constituer « *une arme de dénigrement offerte par les informations divulguées* »<sup>1163</sup>. Néanmoins pour pallier cette inquiétude, l'appréciation extensive de l'auteur de la demande pourrait être accompagnée

<sup>1159</sup> C'est notamment le cas du contrôle effectué par le commissaire aux comptes. En effet, cet organe chargé du contrôle permanent de la société n'effectue sa mission que sur la base des informations qu'il reçoit de la société par le biais de ses représentants. Cf. Vidal (D.) et Luciano (K.), *Cours de droit général des sociétés*, 2<sup>e</sup> éd., 2016-2017, Gualino Lextenso, 2016, p. 323 et s., n°1444 et s. ; Fénéon (A.), *Droit des sociétés en Afrique Ohada*, LGDJ, Lextenso éd., 2015, p. 287 et s., n°760 et s.

<sup>1160</sup> V. Infra n° 368.

<sup>1161</sup> Les juges ont rappelé cette condition dans une affaire. Cf. Cass. com., 3 avr. 2012, *Bull. Joly Sociétés*, 2012, p. 545, note Lucas (F.-X.) ;

<sup>1162</sup> Cf. Saint-Alary (R.), « Le secret des affaires », *Travaux Association Henri Capitant*, t. 25, 1974, p. 263 ; Gavala, « Le secret des affaires », in *mélanges Savatier*, 1964, p. 291.

<sup>1163</sup> Nemoz-Rajot (Q.), *Les interventions judiciaires spécifiques au droit des sociétés in bonis*, op. cit., p. 543, n°789.

de précautions. Il s'agira par exemple pour le juge de faire preuve de rigueur au moment de son intervention.

**396. La rigueur jurisprudentielle souhaitée.** La définition extensive de la notion de « *tout intéressé* » serait une solution louable dès lors que le juge userait de son pouvoir avec une grande objectivité<sup>1164</sup>. Elle permettrait au juge d'une part, de faire respecter l'ordre public sociétaire, et d'autre part, de faire connaître la santé financière de la société aux acteurs sociaux. Le juge pourrait désormais avoir une large possibilité d'enjoindre le dirigeant d'exercer son obligation. Cette mesure peut sembler inopportune lorsque la santé financière de la société est stable. A contrario, si la société rencontre des difficultés financières, l'intervention du juge permettrait sans doute, de prendre rapidement connaissance de ces difficultés et surtout d'envisager des mesures en amont, afin d'éviter que la société ne tombe sous le coup d'une longue hospitalisation. De même, elle participe à l'évolution de la mission d'information du juge qui nous semble être une aubaine en matière de prévention du fonctionnement irrégulier de la société. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'il nous semble nécessaire de renforcer la mission du juge en matière d'information en droit des sociétés. La nécessité de voir évoluer les pouvoirs du juge en matière d'information réside dans le fait que son intervention en cette matière permet une réelle information et communication au sein et autour de la société. Elle met les organes sociaux dans un état de confiance exigé pour la bonne marche de la personne morale. Ainsi, nous souhaitons pour une exécution effective de l'obligation des organes sociaux, que le droit d'option judiciaire soit consacré.

### C. La consécration du droit d'option judiciaire

**397. L'absence de choix procédural.** Pour assurer l'obligation de communication des documents sociaux et de publicité des comptes sociaux, le juge de l'OHADA dispose contrairement au juge français<sup>1165</sup>, d'une seule mesure. Il s'agit en effet de l'exécution forcée en nature assortie d'astreinte. L'astreinte est un moyen important qui permet au juge de faire pression sur le débiteur qui n'a pas exécuté son obligation. Certes, la communication forcée des documents sociaux ou la publicité forcée des comptes sociaux sous astreinte sont des

---

<sup>1164</sup> Le juge a fait preuve d'objectivité dans la décision rendue le 11 juin 2003 en refusant de prendre la mesure d'injonction à l'encontre d'une société au motif que le bailleur ne pouvait pas demander à cette dernière qui louait les locaux chez lui, de lui communiquer les comptes annuels qu'elle n'avait pas publiés. Cf. CA Paris, 14<sup>e</sup> ch., 11 juin 2003, *RJDA*, 2004, n°578.

<sup>1165</sup> Le juge français, quant à lui, a le choix entre une mesure d'injonction et la désignation d'un mandataire.

mesures simples, rapides et peu onéreuses qui pourraient permettre d'obtenir soit la communication des documents sociaux, soit la publicité des comptes sociaux. Cependant, ces mesures nous semblent incomplètes car elles peuvent faire face à l'inexécution volontaire ou non du dirigeant. En effet, « *le débiteur après avoir été l'auteur de l'acte illicite, va devenir acteur de sa propre sanction* »<sup>1166</sup>. C'est pour cette raison qu'il serait souhaitable de reconnaître un droit d'option au juge.

**398. La consistance de l'option.** Afin de pallier la carence du débiteur, le législateur pourrait désormais concernant la publicité des états financiers, donner une option procédurale au juge en prévoyant à l'article 269 al.4 que :

*« À la demande de tout intéressé, la juridiction compétente peut, statuant à bref délai, enjoindre sous astreinte au dirigeant de toute société de procéder au dépôt des documents énumérés par l'alinéa premier, dès lors que la requête amiable du demandeur auprès de la société est restée vaine pendant trente (30) jours.*

*En cas d'inexécution ou d'impossibilité d'exécution rapide de l'obligation par le dirigeant, la juridiction compétente peut, statuant à bref délai, désigner un mandataire chargé d'effectuer ces formalités ».*

**399. Les avantages de l'option.** Parce que l'inobservation de la mesure d'exécution forcée par le dirigeant peut avoir de graves conséquences pour l'intérêt social, il nous semble indispensable de donner la possibilité au juge de choisir entre l'injonction et le mandataire *ad hoc*. Certains auteurs pensent que l'admission du mandataire *ad hoc* en matière de communication des documents sociaux est une procédure inopportune<sup>1167</sup>, eu égard à sa lourdeur et au fait qu'elle permet l'intrusion d'un tiers dans la société<sup>1168</sup>. S'il est vrai que le recours au mandataire *ad hoc* n'est pas une procédure dénuée de toute conséquence, elle permet, de toute évidence, de mettre fin au litige en excluant le dirigeant de la procédure. Ce dernier n'a plus l'obligation d'agir personnellement, il n'a qu'une obligation de « *laisser faire* »<sup>1169</sup>. Le recours au mandataire *ad hoc* est une mesure palliative qui permet au juge de faire respecter l'ordre public, gage de bon fonctionnement de la société. Cette mesure, qui nous

<sup>1166</sup> Cf. Zeidenberg (S.), « Le renouveau des injonctions de faire », *Droit et Patrimoine*, *op. cit.*, p.82.

<sup>1167</sup> V. Mignon-Colombet (A.), *L'exécution forcée en droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 83, n° 89.

<sup>1168</sup> Cf. Cavallini (J.), « Le juge des référés et les mandataires de justice dans les sociétés in bonis », *Rev. Sociétés*, 1998, p. 273, n°247.

<sup>1169</sup> V. Mignon-Colombet (A.), *L'exécution forcée en droit des sociétés*, *op. cit.*

semble la plus favorable au litige<sup>1170</sup>, ne pourrait être choisie par le juge que dans des cas exceptionnels. Pour rejoindre un auteur, « *le juge doit limiter le choix de la mesure à ce qui est suffisant pour la solution du litige, en s'attachant à retenir ce qui est le plus simple et le moins onéreux* »<sup>1171</sup>. Il s'agirait notamment du cas dans lequel le dirigeant ferait l'objet de résistance répétée<sup>1172</sup>. Au même titre que la communication forcée des documents sociaux, le dépôt des états financiers de synthèse favorisé par le juge sont en principe des mesures dont l'objectif est d'assurer la bonne information des acteurs sociaux notamment des associés. Mais, cet objectif est loin d'être atteint à raison des limites dont elles font l'objet. Ces limites s'observent également dans le cadre des obligations relatives au fonctionnement de la société.

## **Section 2. Les obligations dans le cadre du fonctionnement de la société**

**400. Le fonctionnement régulier de la société.** En plus de la contrainte judiciaire en matière d'information des acteurs sociaux, le juge peut ordonner l'exécution forcée d'une obligation dans le but principal de favoriser le bon fonctionnement de la société. C'est notamment le cas lorsqu'il s'agit de la tenue des assemblées d'associés. En effet en cas d'urgence, le juge peut de manière exceptionnelle, mettre en œuvre son pouvoir de contrainte dans le but d'assurer la convocation des assemblées générales (§1). Par ailleurs, toujours pour assurer le fonctionnement régulier de la société, il nous semble opportun d'étendre les mesures d'exécution forcée à l'obligation de libération du capital social (§2).

### **§1. L'exceptionnelle contrainte judiciaire en matière de convocation des assemblées générales**

**401. Les organes normalement compétents.** En principe, les associés ne peuvent se réunir de leur propre initiative. Cette règle, déjà ancienne<sup>1173</sup>, est une application du principe de « *spécialisation* » des organes sociaux. Elle a été consacrée par la jurisprudence<sup>1174</sup> et

<sup>1170</sup> CA Paris, 26 mars 2003, *Bull. Joly*, 2003, p. 817, note Zeidenberg (S.).

<sup>1171</sup> Cf. Bolard (G.), « Administration provisoire et mandat ad hoc : du fait au droit », *JCP G.*, 1995, P. 3882, n° 33.

<sup>1172</sup> Cf. Lucas (F. X.), « La loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relatives aux nouvelles régulations », *Dr. Sociétés*, 2001, Hors-série, n° 110.

<sup>1173</sup> Loi du 16 nov. 1940. Art 1<sup>er</sup>. Al. 1<sup>er</sup> et 5.

<sup>1174</sup> Cass.com., 4 juin 1946, *JCP* 1947, p.3518, note Bastian.

affirmée expressément par la loi du 24 juillet 1966 et par l'AUDSCGIE. Ainsi dans la SARL<sup>1175</sup> et dans la SA<sup>1176</sup>, il existe des organes expressément chargés de convoquer les assemblées générales. Cependant, la loi a prévu les cas de défaillance, d'incapacité ou du mauvais vouloir de l'organe compétent pour convoquer, en désignant le commissaire aux comptes quand cela est possible. Mais le commissaire aux comptes à son tour peut refuser de procéder à la convocation<sup>1177</sup>. Dans ce cas, il revient au juge de mettre en œuvre la procédure. Préalablement, il doit soit vérifier la défaillance de l'organe social normalement compétent, soit constater que la convocation est justifiée par l'intérêt social. Pour cela, le juge dispose d'un pouvoir spécial d'appréciation de l'opportunité de la convocation (A). Toutefois, ce pouvoir est très vite remis en cause du fait des imprécisions au sujet de l'organe chargé de fixer l'ordre du jour de cette assemblée (B).

### **A. Le pouvoir spécial d'appréciation de l'opportunité de la convocation**

**402.** Les variantes. Concernant l'appréciation de l'opportunité de la convocation de l'assemblée d'associés, l'intervention du juge varie en fonction du type de société. Dans la SARL, ses pouvoirs sont élargis (1) tandis que dans la SA, ils sont restreints (2).

#### ***1. L'élargissement des pouvoirs de convocation du juge dans la SARL***

**403. Le pouvoir de convocation des assemblées.** Aux termes de l'article 337 al.1 de l'AUDSCGIE la convocation des associés aux assemblées doit en principe être faite par le gérant. Toutefois de manière exceptionnelle, un ou plusieurs associés détenant la moitié des parts sociales ou détenant, s'ils représentent au moins le quart des associés, le quart des parts sociales, peuvent exiger la réunion d'une assemblée lorsque la carence du gérant est constatée. L'al.2 du même article ajoute qu'« *en outre, tout associé peut demander en justice la désignation d'un mandataire ad hoc chargé de convoquer l'assemblée* ». En effet, le pouvoir de convocation des assemblées appartient au gérant. Ce n'est qu'en cas de défaillance de cet

---

<sup>1175</sup> L'art. 337 prévoit en son al.1 que : « *les associés sont convoqués aux assemblées par le gérant. Un ou plusieurs associés détenant la moitié des parts sociales ou détenant, s'ils représentent au moins le quart des associés, le quart des parts sociales, peuvent exiger la réunion d'une assemblée* ».

<sup>1176</sup> L'art. 516 quant à lui prévoit que : « *l'assemblée des actionnaires est convoquée par le conseil d'administration ou par l'administrateur général, selon le cas* ».

<sup>1177</sup> En cas de pluralité de commissaire par exemple et de désaccord de ceux-ci.

organe que les associés<sup>1178</sup>, sous les conditions citées plus haut, peuvent exiger la convocation de l'assemblée, soit de leur propre chef, soit par le biais du juge. Par ailleurs, s'agissant de l'assemblée ordinaire annuelle, l'article 348 al.2 de l'AUDSCGIE prévoit que, si elle ne s'est pas réunie à la date normalement prévue, « *le ministère public ou tout associé peut saisir la juridiction compétente statuant à bref délai afin d'enjoindre, le cas échéant sous astreinte, aux gérants de convoquer cette assemblée ou de désigner un mandataire ad hoc pour y procéder* ». En effet, l'article 337 al. 2 et 348 al. 2 de l'AUDSCGIE consacre la compétence du juge des référés en matière de convocation des assemblées. Toutefois, contrairement aux SA, le législateur ne fixe aucune condition quant à la nomination du mandataire. Or en pratique, ce vide conduit à un élargissement des pouvoirs du juge qui s'attèle à rechercher la carence du gérant.

**404. Le constat judiciaire de la carence du gérant.** L'AUDSCGIE donne le pouvoir au gérant de convoquer l'assemblée, et précise qu'« *en outre* » ou « *si l'assemblée des associés n'a pas été réunie dans ces délais* », ce pouvoir revient au mandataire *ad hoc* désigné par le juge. Le terme « *en outre* » employé par le législateur laisse penser que la seule condition exigée semble être la carence du gérant. Dans ce cas, le juge a pour mission d'apprécier la gravité des motifs invoqués dans la demande. C'est ce qui ressort de la décision rendue par le tribunal de Dakar le 28 octobre 2002<sup>1179</sup>. Il avait été déclaré dans cette affaire que le « *juge des référés a compétence pour désigner un mandataire pour convoquer une assemblée générale ordinaire pour pallier la carence du gérant statutaire* ». En pratique, il est généralement facile pour le juge de constater la carence du gérant. En l'espèce, cette carence avait été établie par un procès-verbal d'huissier qui décrivait la non-convocation d'assemblées générales depuis la création de la société par le gérant. Toutefois, si la carence du dirigeant social est unanimement reconnue comme condition de l'intervention judiciaire, elle semble ne pas être la seule.

**405. Le refus d'appréciation des motifs de la carence.** En effet malgré la carence du dirigeant, les juges refusent dans certains cas de faire recours au mandataire. C'est notamment le cas de la décision qui avait été prise le 19 février 2003<sup>1180</sup>. Les juges avaient considéré de façon surprenante, que le juge des référés devait se déclarer incompétent pour procéder à la nomination d'un mandataire judiciaire à l'effet de convoquer une assemblée générale

<sup>1178</sup> V. CA d'Abidjan, 5<sup>e</sup> chbre civ. et com., n°712, 13 juin 2006, R. et un autre c/ T. et un autre, *Juris-Ohada*, n°1/2007, p.38, Ohadata-J-08-72.

<sup>1179</sup> TRHC Dakar, 28 octobre 2002, jugement n° 1364, Papa Balle DIOUF contre Mamadou SY, Ohadata J-05-39.

<sup>1180</sup> Cf. TRHC Dakar, 19 févr. 2003, père Diop c/ Oumar Seck et Brad SARL, Ohadata J-03-180

extraordinaire. Cette décision se justifiait par le fait qu'une expertise de gestion avait été ordonnée par ce même juge et était en cours. L'attitude du juge dans cette affaire, nous paraît très critiquable. La carence de la gérance étant la seule condition prévue par l'article 337 al.3 de l'AUDSCGIE pour la nomination du mandataire, le juge ne pouvait pas se fonder sur l'existence d'une opération d'expertise de gestion pour refuser de nommer un mandataire aux fins de convoquer une assemblée. La solution aurait-elle été différente si le contentieux avait été soumis à un autre juge en dehors du juge des référés ?

**406. Une autorisation à encourager.** Quelques mois plus tard, les juges du tribunal de Dakar<sup>1181</sup> ont levé le doute sur la question en affirmant que le simple refus du gérant de convoquer l'assemblée depuis plusieurs années suffit également à caractériser la carence. Il n'y pas de raisons de douter que cette décision soit suivie par les autres juges, car la vérification de la carence du gérant ne permet pas en effet au juge des référés de connaître au fond du litige. Toutefois, le contrôle judiciaire n'est qu'un pur contrôle de légalité. Nous pensons que le législateur devrait donner au juge, en plus de la possibilité de constater la carence, celle d'apprécier l'opportunité de la demande, la carence pouvant être fondée sur la protection de l'intérêt social comme c'est le cas dans les SA.

## *2. La restriction des pouvoirs de convocation judiciaire dans la SA*

**407. La subsidiarité de l'intervention judiciaire.** Les articles 516<sup>1182</sup> de l'AUDSCGIE et L. 225-103<sup>1183</sup> du code de commerce français posent clairement le caractère subsidiaire de la convocation des assemblées par mandataire de justice en ce qui concerne les sociétés anonymes. L'al.2, 2<sup>e</sup> de l'article 516 cité plus haut, précise que l'assemblée des actionnaires peut être convoquée par « *un mandataire désigné par la juridiction compétente, statuant à bref délai, à la demande soit de tout intéressé en cas d'urgence<sup>1184</sup>, soit d'un ou de plusieurs actionnaires représentant au moins le dixième du capital social s'il s'agit d'une*

<sup>1181</sup> V. TRHC Dakar, 19 févr. 2003, père Diop c/ Oumar Seck et Brad SARL, Ohadata J-03-180.

<sup>1182</sup> Cet article dispose : « *L'Assemblée des actionnaires est convoquée par le conseil ou par l'administrateur général, selon le cas. A défaut, elle peut être convoquée : par le commissaire aux comptes (...); par un mandataire désigné par la juridiction compétente (...)* ».

<sup>1183</sup> Art. L.225-103 du C. Com. français dispose que l'assemblée générale est convoquée « *par le conseil d'administration ou le directoire selon le cas. A défaut, elle peut être également convoquée : par le conseil de surveillance ; par le commissaire aux comptes (...); par un mandataire, désigné en justice, à la demande, soit de tout intéressé en cas d'urgence, soit d'un ou de plusieurs actionnaires réunissant au moins le dixième du capital social, soit d'une association d'actionnaires (...)* ».

<sup>1184</sup> V. TC Marseille, 7 nov. 2001, *Rev. Sociétés* 2002, p.57, note Vatinet (R.)



*assemblée générale ou le dixième des actions de la catégorie intéressée s'il s'agit d'une assemblée spéciale* ». En droit français, en l'absence d'urgence, la demande peut être faite par un ou plusieurs actionnaires réunissant au moins 5% du capital social<sup>1185</sup>. Le législateur a multiplié les interventions du juge des référés en laissant ouvertes les possibilités de convocation judiciaire dans les cas d'urgence<sup>1186</sup>. En revanche, en l'absence d'urgence, l'intervention du juge est liée à la qualité de l'auteur de la demande. Ainsi, en dehors des cas d'urgence et en dépit de la nécessité de la convocation de l'assemblée, le juge ne pourra pas intervenir tant que les conditions de quorum fixé par le législateur ne seront pas remplies.

**408. L'intérêt social : critère de la convocation judiciaire.** Les tribunaux font aussi porter leur examen sur les raisons qui incitent les demandeurs à agir. Si le juge se refuse à apprécier l'opportunité de la mesure sollicitée<sup>1187</sup>, il se reconnaît cependant le pouvoir de contrôler la finalité de l'action. Son rôle consiste à vérifier que la demande tend à des fins légitimes, conformes à l'intérêt social, et non à la satisfaction de fins propres aux demandeurs. Les juges l'avaient déjà admis malgré la présence d'inutiles ambiguïtés. Un arrêt de la Cour de Colmar du 24 septembre 1975<sup>1188</sup> avait rejeté la demande de désignation d'un mandataire *ad hoc* chargé de convoquer l'assemblée générale présentée par des administrateurs révoqués et qui cherchaient ainsi à reprendre leur fonction. Ces derniers devenus majoritaires souhaitaient faire révoquer les nouveaux administrateurs minoritaires. Les juges firent droit à la demande, mais la Cour de Colmar infirma son ordonnance. La Cour affirma d'abord que « *l'organisation de la société anonyme étant soumise à la loi de la majorité, il n'appartient pas au juge saisi en référé par un actionnaire ou un groupe d'actionnaires réunissant au moins le dixième du capital social d'une demande tendant à la désignation d'un mandataire de justice chargé de convoquer l'assemblée générale d'apprécier l'opportunité de la mesure sollicitée* ».

Ainsi encore, dans l'affaire soumise à la Cour de Riom<sup>1189</sup> il apparaissait que la réunion de l'assemblée générale dont la convocation était demandée ne constituait qu'une manœuvre des minoritaires en vue de faire constater, préalablement à cette réunion, que les

<sup>1185</sup> Cf. TC Paris, 3 Déc. 2003, *JCP E* 2004, p.71, note Viandier (A.)

<sup>1186</sup> V. TRHC Dakar, Ord. réf. n°1729, 31 déc. 2002, R. Y. PDG Sctés Sénégal Armement et Sénégal Pêche c/ A. D. et L. S. L., *Ohadata* J-03-182, disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté le 07/05/2019.

<sup>1187</sup> CA Douai, 11 févr. 1972, p. 279, note Schmidt (D.), *RTD com.* 1972, p.405, obs. Houin (R.): « *La convocation de l'assemblée générale des actionnaires d'une société anonyme ne peut être ordonnée par justice que pour des raisons légitimes et suffisamment graves telles que la carence du conseil d'administration ou l'orientation donnée par lui aux affaires sociales dans une direction ou avec des mobiles contraires aux intérêts de la société, ou en opposition avec la volonté exprimée par l'Assemblée* ».

<sup>1188</sup> V. CA Colmar, 24 sept. 1975, *Dalloz* 1976, p. 348, note Guyon (Y.).

<sup>1189</sup> *RTD Com.* 1972, p.925. obs. M.Houin. D.73.

administrateurs désignés par la majorité étaient dans l'impossibilité de produire leurs actions de garantie (qui avaient disparu, dans des circonstances obscures, du coffre de la banque) et donc en vue d'éliminer ces administrateurs.

**409.** Le recours à la notion d'intérêt social permet au juge de désigner un mandataire de justice, chargé de réunir une assemblée à fin que celle-ci prenne des « *résolutions sérieuses* » et non pas qu'elle tranche un préalable lié au seul intérêt de la minorité qui n'est pas forcément l'intérêt social. Alors, si le fait que l'intérêt personnel des demandeurs en jeu ne suffit pas à exclure que celui de la société soit lui aussi engagé, il ne peut en revanche être fait droit à la demande lorsque le demandeur n'invoque que des questions relevant d'un intérêt personnel. Certes, il est vrai que le demandeur a forcément un intérêt personnel qui légitime la convocation d'une assemblée. Mais il est tout aussi vrai que la possibilité qui lui est accordée de saisir le juge en vue de la convocation de l'assemblée a pour objectif, non pas la protection de son intérêt mais celui d'assurer le bon fonctionnement de la société. Son intervention est à féliciter dans la mesure où, elle est cantonnée aux cas les plus graves. En effet, le juge autorise la convocation lorsqu'il constate que l'absence de cette convocation peut entraîner des faits dommageables pour la société ou encore entraîner un dysfonctionnement de la société.

**410. Arrêts accordant la convocation de l'assemblée.** Dans une affaire<sup>1190</sup>, la Cour de Cassation a fait droit à une demande dont l'objectif était celui d'assurer le fonctionnement normal de la société. Deux associés d'une SARL en situation de mésentente caractérisée ne pouvaient se mettre d'accord sur la convocation d'une assemblée générale destinée à délibérer sur la démission de la gérante et la nomination du nouveau gérant. La situation de blocage était d'ailleurs telle que l'un d'eux sollicitait la désignation d'un administrateur provisoire. De même, dans une autre affaire du 19 juin 1990<sup>1191</sup>, les juges de la Chambre Commerciale de la Cour de cassation ont autorisé la convocation d'une assemblée à certains associés. Ceux-ci s'inquiétaient légitimement, plusieurs mois après l'assemblée générale, du résultat des réflexions qui devaient se poursuivre au-delà de cette assemblée sur des questions restées sans réponse. Parmi ces questions figuraient la résiliation de la caution donnée par l'un d'entre eux, le rachat des parts demandé par l'un d'entre eux et l'évolution prévue des ventes à l'étranger.

<sup>1190</sup> V. Cass com, 20 mars 1984, *Rev. Sociétés* 1985, p. 100, note Sibon (J. L.).

<sup>1191</sup> V. Cass com, 19 juin 1990, *Rev. Sociétés* 1990, p.621, note Sortais (J.P.); *Bull. Joly* 1990, p.881, note Le Cannu (P.), *RTD com.* 1991, p.70 obs. Champaud (C.).

**411. Arrêts rejetant la convocation de l'assemblée.** Dans un arrêt du 11 février 1972, les magistrats de la Cour d'appel de Douai ont refusé de convoquer une assemblée destinée à statuer sur la révocation et le remplacement du conseil d'administration aux motifs qu'on ne pouvait « *raisonnablement prétendre qu'il (était) nécessaire de soumettre le conseil d'administration à de nouvelles élections chaque fois qu'un groupe d'actionnaires (alléguait) que la majorité n'était plus la même* »<sup>1192</sup>.

Quelques années plus tard, les juges de la Cour d'appel ont fait de même. Ils ont rejeté la demande aux motifs qu'il n'apparaissait pas que « *la vie sociale ait été compromise par les dirigeants de la société ni par les prorogations de délais accordées pour réunir l'assemblée, ces prorogations étant intervenues pour des causes jugées légitimes* »<sup>1193</sup>. La convocation judiciaire d'une assemblée répond à une volonté d'empêcher un dysfonctionnement de la société. Ainsi, en présence d'une demande de convocation d'une assemblée, le juge met en balance l'intérêt du demandeur et celui de la société. Si la compétence du juge est confirmée en cette matière, il n'en est pas de même lorsqu'il s'agit de la fixation de l'ordre du jour de l'assemblée.

### ***B. Les imprécisions quant à la fixation de l'ordre du jour de l'assemblée***

**412. L'absence de difficulté dans les sociétés anonymes**<sup>1194</sup>. L'article 520 al 2 de l'AUDSCGIE fait mention de l'autorité chargée de fixer l'ordre du jour en cas de convocation de l'assemblée en ces termes : « *toutefois, lorsque l'assemblée est convoquée par un mandataire ad hoc, l'ordre du jour est fixé par la juridiction compétente qui l'a désigné* ». Ce texte règle la question en ce qu'il confie de façon explicite la fixation de l'ordre du jour au juge. Il n'en est pas de même dans le cadre de la SARL.

**413. Le cas des sociétés à responsabilité limitée.** Si le problème de la fixation de l'ordre du jour des assemblées a été résolu dans la SA, dans la SARL en revanche, l'article 338 de l'AUDSCGIE ne donne aucune indication précise. L'al 2 de ce texte précise en des termes vagues que les date, lieu, et l'ordre du jour de la réunion sont indiqués dans la convocation. Or, la solution de principe posée par la loi prévoit que : « *l'ordre du jour de l'assemblée est arrêté*

<sup>1192</sup> Cf. CA Douai, 11 février 1972. *Daloz* 72.279, note Schmidt (D.).

<sup>1193</sup> Cf. CA Paris, 15 sept. 1992, *Bull. Joly* 1992, p.1184, *Daloz* 1992, IR, p.266, *Dr. Sociétés* 1993, n°98, note Le Nabasque (H.).

<sup>1194</sup> V. Fénéon (A.), *Droit des sociétés en Afrique Ohada, op. cit.*, p. 72.

*par l'auteur de la convocation* ». Mais qui est l'auteur de la convocation ? Est-ce le juge qui prend la décision de faire convoquer l'assemblée, ou le mandataire de justice qui, concrètement convoque, réunit et préside ? Pour des raisons d'opportunité et de conformisme, nous pensons qu'il revient au juge de le faire, car il ne nous paraît pas prudent de laisser le mandataire de justice fixer lui-même l'ordre du jour. La réponse à cette question suscite une question supplémentaire, celle de savoir si le juge peut modifier l'ordre du jour.

**414. La modification de l'ordre du jour.** Le juge peut-il modifier l'ordre du jour qui figure dans la demande de nomination du mandataire ? cette question se pose autant dans le cadre des SA que des SARL. Nous pensons que le juge n'a pas le pouvoir de modifier l'ordre du jour qui a été préalablement fixé par les associés. Cette solution a été retenue en France dans une affaire<sup>1195</sup> dans laquelle l'associé majoritaire fondatrice d'une SARL désirait révoquer la gérante minoritaire, dont la gestion avait abouti à des pertes importantes. Le juge des référés du tribunal de commerce de Paris désigna, « *vu l'urgence* », un mandataire de justice « *avec mission de convoquer, réunir et présider une assemblée générale des associés (...) comportant à l'ordre du jour la révocation de Dame L. de ses fonctions de gérante, et la nomination d'une nouvelle gérante en remplacement* ». Pour éviter que le juge apprécie l'opportunité de la gestion sociale, il nous semble justifié qu'il ne lui soit pas admis la possibilité de modifier l'ordre du jour figurant dans la demande de nomination du mandataire. Il apparaît ainsi que, quelle que soit l'autorité chargée de convoquer l'assemblée, l'ordonnance elle-même fixe fréquemment l'ordre du jour. *A contrario*, pour une meilleure protection de la société, il serait souhaitable de généraliser la contrainte judiciaire dans le cadre des injonctions au service de la société.

## **§ 2. La généralisation souhaitable de la contrainte judiciaire à l'obligation de libération du capital social**

**415.** En droit de l'OHADA, le juge n'a pas les moyens d'exiger la libération de l'apport en numéraire à un associé qui n'a pas exécuté cette obligation. Or, la libération effective des apports est une nécessité pour la société qui a besoin de financer ses activités et surtout de rassurer ses créanciers<sup>1196</sup>. Les conséquences produites par l'absence de mesures d'injonction

<sup>1195</sup> Cf. TC Seine 6 décembre 1968, *GP*, 1969 1<sup>er</sup> Sem. P. 314.

<sup>1196</sup> Cf. Merle (Ph.) et Fauchon (A.), *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz, 23<sup>e</sup> éd., coll. Précis droit privé, 2019. P. 186, n° 160.

en cette matière (A), exigent l'adoption de nouvelles sanctions qui donneront au juge la possibilité d'enjoindre aux dirigeants de procéder aux appels de fonds (B).

### **A. L'absence de mesure d'injonction spécifique à l'obligation de libération du capital social dans le contexte de l'OHADA**

**416. La libération du capital social.** Le capital social représente l'ensemble des apports faits par les associés au sein de la société. Sa libération n'est réalisée que lorsque tous les apports promis lors de leur souscription<sup>1197</sup> ont été effectués<sup>1198</sup>. Si la libération se fait au moment de la souscription, l'exécution de l'obligation de l'associé ne pose aucun problème. En revanche, l'exécution de l'obligation de libération du capital pose des difficultés lorsque la libération des apports s'échelonne dans le temps<sup>1199</sup>. C'est notamment le cas des apports en numéraire dans le cadre des SA<sup>1200</sup> et des SARL<sup>1201</sup> dont la libération peut se faire dans le temps suivant un délai légal. En plus, Il faudrait pour que survienne le contentieux, qu'à la suite des délais prévus pour ladite libération, l'associé n'ait pas rempli son obligation. Le législateur de l'OHADA limite la sanction de l'associé défaillant à l'allocation des dommages et intérêts, voire à la suppression des droits de l'associé défaillant.

**417. L'étendue de la sanction.** L'article 43 de l'AUDSCGIE dispose qu' : « *en cas de retard dans le versement, les sommes restant dues à la société portent de plein droit intérêt au taux légal à compter du jour où le versement devait être effectué, sans préjudice de dommages et intérêts, s'il y a lieu* ». On peut comprendre à la lecture de cet article que le législateur OHADA a rangé l'apport souscrit dans le régime de la dette, puisque l'inexécution de cette obligation ne peut pas être sanctionnée par une mesure d'exécution forcée par nature. Ainsi, l'associé qui n'a pas libéré son apport en numéraire dans les délais prévus, reste débiteur<sup>1202</sup> de

<sup>1197</sup> V. Guyon (Y.), *Droit des affaires*, t.1, n°103, n°477, Cozian (M.), Viandier (A.), *Droit des sociétés*, Litec, 16<sup>e</sup> éd., 2003, n° 140, n° 608, n°1274 ; Le Cannu (P.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 2<sup>e</sup> éd., 2003, p. 187 et s.

<sup>1198</sup> Fénéon (A.) *op. cit.*, p 283, n°748.

<sup>1199</sup> Cette possibilité n'est reconnue qu'aux apports en numéraire. Car les apports en nature sont intégralement libérés lors de la constitution de la société. cf. art. 45 al. 2 de l'AUDSCGIE. Concernant les apports en industrie, leur libération est déterminée par les statuts dans les sociétés dans lesquelles ils ne sont pas interdits, cf. art. 50-2 de l'AUDSCGIE.

<sup>1200</sup> L'art. 774 AUDSCGIE exige qu'à la souscription, les actions soient libérées au moins du quart de leur valeur et le solde au fur et à mesure des appels des dirigeants dans un délai de 3 (trois) ans à compter de la date de souscription.

<sup>1201</sup> L'art. 311-1 al. 2 et 3 de l'AUDSCGIE dispose que dans les SARL la moitié au moins de la valeur nominale des part représentant les apports en nature doit être libérée lors de la souscription du capital et le surplus est libéré en une ou plusieurs fois dans un délai de deux ans à compter de l'immatriculation de la société.

<sup>1202</sup> Cf. art. 37 al. 2 de l'AUDSCGIE.

plein droit envers la société, tant de la dette d'apport que des intérêts moratoires<sup>1203</sup>. Dès lors, la sanction de l'inexécution de l'obligation de libération du capital prévue par l'article 43 ci-dessus est double. Elle consiste d'une part au cours des intérêts moratoires et d'autre part à l'allocation des dommages et intérêts. Par ailleurs, la mise en demeure de l'associé débiteur n'est pas exigée pour le cours desdits intérêts moratoires, ils sont dus dès l'exigibilité de la dette d'apport.

**418.** En outre, l'article 37 al. 2 de l'AUDSCGIE dispose que : « *chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il s'est obligé à lui apporter en numéraire (...)* ». Il ressort de cet article que lorsque le défaut d'exécution de l'obligation de libération de l'apport par l'associé cause un dommage à la société, le juge peut accorder les dommages et intérêts<sup>1204</sup> à ladite société. L'établissement de la mauvaise foi du débiteur n'est pas exigé pour le prononcé de la sanction<sup>1205</sup>. Par ailleurs, en cas de récidive de l'associé débiteur, sa qualité d'associé et les droits y afférents pourraient, sur la base de l'article 37 de l'AUDSCGIE, être caduques. Aussi, dans le cadre des sociétés par actions, l'AUDSCGIE<sup>1206</sup> et le code de commerce<sup>1207</sup> prévoient des sanctions pouvant conduire à l'exclusion de l'actionnaire défaillant. Il s'agit notamment de la perte du droit de l'admission de l'actionnaire défaillant aux votes dans les assemblées d'actionnaires, de la déduction des actions de cet actionnaire pour le calcul du quorum et des majorités et de la suspension du droit au dividende et du droit préférentiel de souscription reconnu à l'actionnaire en cause. Toutefois, ces nombreuses mesures bien qu'elles permettent de sanctionner l'associé débiteur, brillent par leur inefficacité puisqu'elles ne garantissent pas l'exécution de l'obligation de l'actionnaire.

**419. Les insuffisances de la sanction.** La sanction du retard dans le versement par l'associé prévu par l'article 43 de l'AUDSCGIE n'est pas efficace. Si l'intention du législateur est celle d'aboutir à la libération du capital social, les intérêts moratoires, les dommages et intérêts ou encore l'exclusion de l'associé ne sont pas des garanties suffisantes permettant la réalisation de cette obligation. Ces sanctions ne pourront pas contraindre l'associé récalcitrant à exécuter son obligation d'apport. Or, la libération de l'apport étant une action indispensable

<sup>1203</sup> Cf. art. 1843-3 al.1<sup>er</sup> du Code civil français.

<sup>1204</sup> Il a été décidé dans une affaire que le juge ne peut pas réclamer les dommages et intérêts en faveur des ex-associés lorsque la société a été annulée. V. CA d'Abidjan, arrêt n°1060/2000 du 1<sup>er</sup> déc. 2000, juris-Ohada, 2003, n°3, p.43, Ohadata J-04-11,

<sup>1205</sup> V. Mignon-Colombet (A.), *L'exécution en droit des sociétés*, op. cit, p. 35, n° 30 ; art. 1153 al.4 du Code civil français.

<sup>1206</sup> Cf. art. 775 al. 2 et 3 de l'AUDSCGIE.

<sup>1207</sup> Cf. art. L. 228-27 et s. et R. 228-24 et s. du Code de commerce français.

non seulement pour la création de la société, mais surtout pour son bon fonctionnement, les conditions de sa réalisation doivent avoir pour objectif la libération rapide et efficace desdits apports. Il est admis qu'aussi longtemps que le capital social n'est pas entièrement libéré<sup>1208</sup>, la société ne peut augmenter son capital, encore moins émettre des obligations<sup>1209</sup>. Ainsi pour une libération effective des apports en numéraire en droit de l'OHADA, le juge devrait avoir la possibilité d'ordonner la libération du capital social.

## **B. La possibilité pour le juge d'ordonner la libération du capital social en droit de l'OHADA**

**420. Proposition de la consécration d'un second alinéa à l'article 43 de l'AUDSCGIE.** Le législateur pourrait prévoir un second alinéa à l'article 43 de l'AUDSCGIE qui disposerait que :

*« En outre, lorsqu'il n'a pas été procédé soit dans un délai légal, soit dans un délai convenu aux appels de fonds pour la réalisation de la libération intégrale du capital, tout intéressé peut demander au président du tribunal, statuant à bref délai, soit d'enjoindre aux administrateurs, gérants, et dirigeants, de procéder à ces appels, soit de désigner un mandataire chargé de procéder à cette formalité ».*

**421. La rupture de l'inertie.** Objectivement, ce nouveau texte se rapprocherait du principe de l'exigibilité immédiate de l'apport en numéraire en cas de procédure collective qui a cours dans le contexte français. Ce principe a été introduit en France par l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2012 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives. Son objectif consiste à mettre fin à l'inertie de cette procédure. En effet, l'article L.624-20 du code de commerce français dispose que *« le jugement d'ouverture rend immédiatement exigible le montant non libéré du capital social »*. Cette disposition est rendue effective par l'article L.622-20 al.2 du code de commerce français qui donne le pouvoir au mandataire judiciaire de mettre en demeure un associé ou un actionnaire de verser les sommes restantes dues sur le montant des parts et actions souscrites par lui. Il s'agit là d'une disposition importante qui permet au juge d'empêcher les blocages de la procédure du fait d'un associé.

<sup>1208</sup> Cette augmentation ne peut être possible que si elle est réalisée par des apports en nature.

<sup>1209</sup> Cf. art. 389 al.4 de l'AUDSCGIE et L. 225-131, L. 223-7 et L. 223-32 du Code de commerce français.

**422. Les formes sociales concernées.** En vertu de l'alinéa 2 de l'article 43 de l'AUDSCGIE proposé, tout intéressé pourrait saisir le juge des référés dès lors que le dirigeant social n'aurait pas procédé à l'appel des fonds dans les délais légaux ou conventionnels. En outre, le juge saisi pourrait enjoindre sous astreinte au dirigeant social, selon qu'il s'agisse d'un gérant ou d'un administrateur, d'exécuter ladite obligation. Le défaut d'appel des fonds d'une part et l'inobservation des délais prévus d'autre part seraient les conditions d'exigibilité de l'obligation de l'associé. Contrairement au droit français qui cantonne cette mesure d'injonction aux sociétés à risque limité<sup>1210</sup>, l'AUDSCGIE l'étendrait à toutes les formes sociales. En effet, la condition relative au délai d'appel des fonds ne serait pas exclusive, elle engloberait autant les sociétés à risque limitée que celles à risque illimité. Certes, la libération des apports en numéraire dans les sociétés à risque illimité n'est pas soumise à un délai légal puisque la loi laisse le soin aux parties de fixer librement les conditions de cette libération<sup>1211</sup>. Un auteur a d'ailleurs fait constater que « *faute* » pour les sociétés à risque illimité « *de se voir imposer par la loi un délai de libération des apports en numéraire* »<sup>1212</sup>, ces dernières n'ont pas la qualité requise pour bénéficier de la mesure d'injonction. Pourtant l'idée de favoriser la survie des *Start up* devrait imprégner cette mesure et guider le juge. L'objectif recherché par le juge étant la libération du capital social et par ricochet la protection de la société, il serait illogique de limiter la mesure à une forme de société. En outre, cette solution viendrait mettre fin à un débat ayant cours en droit français sur la question de la définition de la notion de « *délai légal* ».

**423. « Le délai légal ».** En droit français<sup>1213</sup>, la question de l'exécution forcée de l'obligation de libération du capital social a trouvé un début de solution. Cette obligation a été consacrée au sein du socle du droit commun des sociétés grâce à la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques<sup>1214</sup>. Ainsi, la loi<sup>1215</sup> permet au juge, lorsque le capital social

<sup>1210</sup> Cf. Mignon-Colombet (A.), *L'exécution forcée en droit des sociétés*, op. cit., p. 37, n°33.

<sup>1211</sup> Fénéon (A.), *Droit des sociétés en Afrique Ohada*, op. cit., p. 113, n°251.

<sup>1212</sup> V. Nemoz-Rajot (Q.), *Les interventions judiciaires spécifiques au droit des sociétés in bonis*, op. cit., p.553, n° 803.

<sup>1213</sup> En France, l'exécution forcée du juge est venue abroger l'article L. 245-1 de C. com. qui punissait le fait pour le dirigeant de ne pas procéder aux appels de fonds pour réaliser la libération intégrale du capital dans les délais légaux. La sanction consistait à une peine d'emprisonnement et d'une amende.

<sup>1214</sup> Couret (A.), « La loi sur les nouvelles régulations économiques. Les rapports financiers dans l'entreprise », *JCP G*, 2001, I, p.341, n°5 ; Le Cannu (P.), « Les apports à une SARL et la libération du capital des sociétés à capital variable (article 124, L. 223-7 et 231-5 du code de commerce », *Rev. Sociétés*, 2001, p. 633.

<sup>1215</sup> Cf. art. L. 223-7 du C. com. concernant les SARL, art. L. 225-3 du C. com. au sujet des SA et l'art. L. 227-1 du C. com. concernant les SAS.



dans les sociétés à risque limité n'a pas été entièrement libéré dans « *un délai légal* »<sup>1216</sup>, soit d'adjoindre aux dirigeants de procéder à l'appel des fonds, soit de nommer un mandataire chargé de procéder à cette formalité<sup>1217</sup>. Toutefois, la notion de « *délai légal* » employé par le législateur est source de controverse car elle ne permet pas de définir clairement le moment de l'intervention du juge. Précisément, la prise en compte du « *délai légal* » signifie qu'en cas de délai conventionnel, le juge ne pourrait pas imposer aux dirigeants d'appeler les fonds non versés. Or, l'objectif visé par cette mesure d'injonction est la libération effective du capital social. Il se pose donc la question de savoir, si au moment de l'appréciation du délai légal le juge pourrait prendre en considération le délai conventionnel ? D'avis avec la majorité de la doctrine, nous pensons que le délai légal pour procéder à l'appel de fonds devrait faire l'objet d'extension, c'est-à-dire que le juge devrait prendre en compte le délai prévu par les parties. Par conséquent, la mesure d'injonction pourrait être accordée lorsque le délai de libération inférieur au délai légal a été prévu mais n'a pas été respecté<sup>1218</sup>. Poursuivant l'objectif de libération intégrale du capital social, un auteur<sup>1219</sup> a proposé que soit remplacée dans les textes en droit français, la notion de « *délai légal* », par celle de « *délais convenu* ».

**424.** L'exécution forcée de l'obligation d'appel des fonds est une mesure préventive par laquelle, le juge par le biais des dirigeants sociaux ou des mandataires, va réclamer à l'associé les sommes promises. Cette mesure permet au juge de garantir l'entière libération des apports en numéraire. C'est dans cette optique que nous proposons l'extension des conditions d'intervention du juge dans le contexte de l'OHADA. Ainsi, le juge pourrait prononcer la mesure d'injonction lorsque l'appel de fonds pour la réalisation de la libération intégrale du capital n'aurait pas été fait autant dans « *un délai légal* » que dans un « *délai conventionnel* ».

**425. La qualité des parties.** L'action en exécution de l'obligation de libération du capital social serait ouverte à toute personne ayant un intérêt<sup>1220</sup> à voir les dirigeants sociaux procéder aux appels de fonds en cas d'inaction des associés dans le délai prévu<sup>1221</sup>. Ainsi, le

<sup>1216</sup> Le Cannu (P.), « Les apports à une SARL et la libération du capital des sociétés à capital variable », *op. cit.*, 633, n°10. Couret, « La loi sur les nouvelles régulations économiques, Les rapports financiers dans l'entreprise », *op. cit.*, 341, n° 5 ; Velardocchio (D.), « Loi NRE : réformes du droit des sociétés commerciales », *Supplément, Revue Lamy Droit des affaires*, Juillet 2001, n°40, p.58.

<sup>1217</sup> Zeidenberg (S.), « Le renouveau des injonctions de faire », *Droit et patrimoine, op. cit.*, p.76.

<sup>1218</sup> Le Cannu (P.), « Les apports à une SARL et la libération du capital des sociétés à capital variable », *op. cit.*, p. 633, n°10.

<sup>1219</sup> Lucas (F.-X.), « La loi n°2001-420 relative aux nouvelles régulations économiques », *op. cit.*, p.19, n°120.

<sup>1220</sup> Lefeuvre (Cl.), *Le référé en droit des sociétés*, PUAM, 2006, préface de Le Nabasque (H.), p. 57, n° 49.

<sup>1221</sup> Viandier (A.), *Sociétés et loi NRE : les réformes de la loi « nouvelles régulations économiques »*, *op.cit.*, n° 426 ; Mestre (J.) et Velardocchio (D.), *Loi NRE : Réformes du droit des sociétés commerciales*, Supplément, Rev. Lamy Droit des affaires, juillet 2001, p. 49, n°40 ; Zeidenberg (S.), *Le renouveau des injonctions de faire, op. cit.*,

juge pourrait être saisi par les associés ou par les créanciers sociaux<sup>1222</sup> dès lors que l'intérêt social serait en jeu. *A priori*, la recherche de la qualité du créancier ne devrait pas poser de grandes difficultés dans la mesure où, les débiteurs de l'obligation de faire seraient eux-mêmes facilement identifiables<sup>1223</sup>.

**426.** Toutefois, les difficultés se poseraient en cas de cumul de qualités, c'est-à-dire lorsque le dirigeant social défaillant aurait également la qualité d'associé récalcitrant. Dans ce cas, il serait difficile en pratique que le dirigeant social exerce une action contre lui-même. En France, à la suite d'une affaire sur la question, il a été décidé qu'en cas de cumul des qualités de dirigeant et d'associé, le juge ne pouvait pas condamner directement l'associé qui avait refusé d'exécuter son obligation<sup>1224</sup>. Or, cette problématique pourrait trouver une solution à l'alinéa 2 nouveau de l'article 43 de l'AUDSC. En effet, conformément à l'*infine* de cet article le juge pourrait nommer un mandataire chargé d'accomplir les formalités relatives à l'appel des fonds. Cette mesure viendrait pallier l'impossibilité ou à l'inaction du dirigeant social. Privilégier l'exécution forcée en cas d'absence de libération du capital social nous semble être la mesure adaptée à la réalisation effective du capital social dont l'inexécution pourrait entraîner des conflits sociaux. A ce stade de la vie sociale, l'intervention du juge est faite à titre préventif. C'est également dans le but de la prévention que nous proposons la réalisation de la publicité des comptes sociaux par le juge.

---

p. 76, n° 11 ; Couret (A.), *Loi sur les nouvelles régulations économiques, les rapports financiers dans l'entreprise*, *op. cit.*

<sup>1222</sup> Le Cannu (P.), Les apports à une SARL et la libération du capital des sociétés à capital variable, *op. cit.*, 633, n° 7.

<sup>1223</sup> Nemoz-Rajot (Q.), *Les interventions judiciaires spécifiques au droit des sociétés in bonis*, *op. cit.*

<sup>1224</sup> Cass. com., 7 juill. 2009, *Bull. Joly sociétés*, 2009, p. 1053, note Mortier (R.) ; *Dr. Sociétés*, 2009, n° 183, obs. Gallois-cochet (D.).

## Conclusion du chapitre 1

**427.** Tout au long des développements précédents, il nous a été permis de constater qu'en droit des sociétés, l'exécution forcée est une mesure d'injonction limitée à une catégorie d'obligations légales et statutaires. Or, au regard de l'importance qu'elle revêt pour la stabilité de l'environnement sociétaire, la contrainte judiciaire devrait être facilitée et mieux organisée. En effet, en plus des injonctions prévues en matière de communication des documents sociaux dans les SA, le législateur pourrait prévoir de manière expresse l'intervention du juge dans toutes les formes sociales tout en encadrant ses pouvoirs. En outre, le législateur pourrait améliorer les conditions relatives au dépôt judiciaire des états financiers de synthèse, en impliquant davantage le juge dans ces différentes procédures. Pour la réalisation de l'obligation d'information, il pourrait décider de nommer un mandataire *ad hoc*, dès lors qu'il est établi qu'en dépit des injonctions, l'organe social n'a pas exécuté son obligation.

**428.** Il faudrait alors reformuler les dispositions actuelles en des termes clairs et précis, en prévoir de nouvelles en offrant une place centrale au juge lorsque les organes sociaux n'auraient pas rempli leurs obligations. Par le moyen de la contrainte exercée sur ces organes, le juge pourrait obtenir d'eux, l'exécution immédiate de l'obligation issue de la loi ou des statuts, ayant une influence sur les intérêts de la société. Il en est de même des obligations extrastatutaires pour lesquelles la consécration de l'exécution forcée en nature permettrait de retrouver l'efficacité des conventions dont elles sont issues.

## Chapitre 2. La réticence envers l'exécution forcée des conventions extrastatutaires

**429. Les lacunes du législateur de l'OHADA.** Lors de la dernière révision de l'AUDSCGIE, le législateur a suivi le mouvement de libéralisation économique et juridique en validant les conventions extrastatutaires. Ainsi, conformément à l'article 2-1 de cet Acte uniforme, les associés peuvent désormais conclure entre eux des conventions en vue d'organiser librement les règles de gouvernance et d'accès au capital de leur société<sup>1225</sup>. Toutefois, cet article précise que ces conventions ne doivent pas dénaturer les règles de fonctionnement préétablies<sup>1226</sup> ; elles ne doivent également pas être contraires aux statuts<sup>1227</sup> ou nuire à l'intérêt social. Les conventions extrastatutaires, considérées comme des contrats<sup>1228</sup>, font naître à l'égard de ses signataires des obligations dont l'inexécution conduit très souvent à des sanctions. Si en France, l'inexécution des conventions extrastatutaires peut désormais être sanctionnée par l'exécution forcée<sup>1229</sup>, en droit de l'OHADA la question se pose encore avec acuité. Le législateur s'est très peu prononcé sur la sanction applicable dans l'hypothèse d'inexécution de ces clauses. Dans certains cas, il a laissé la liberté aux parties d'organiser, entres elles, les mesures de leur exécution. En revanche dans d'autres cas, le juge s'est en partie inspiré de la jurisprudence française pour donner vie à ces pactes. Ainsi, l'inobservation des clauses extrastatutaires peut être sanctionnée par la nullité de l'opération visée par la clause. De manière générale, le juge alloue des dommages et intérêts à la partie lésée ou à la société, le cas échéant. Mais, ces mesures paraissent peu dissuasives<sup>1230</sup> du fait de l'absence de

---

<sup>1225</sup> V. Moulin (J.-M.), « Pactes d'actionnaires », *JCL, Commercial*, fasc. 1486, n°1. L'auteur définit les pactes extrastatutaires comme des « conventions, accords et clauses conclus entre deux, plusieurs ou tous les associés d'une société et qui ont pour objet de permettre à ses signataires soit de prendre ou de conserver le pouvoir, soit d'organiser le pouvoir au sein de la société ».

<sup>1226</sup> Paillusseau (J.), « La modernisation du droit des sociétés commerciales », *Dalloz*, 1996, chron. P. 287, n° 287, n° 19.

<sup>1227</sup> V. Poracchia (D.) et Brignon (B.), « Aspects contractuel de la réforme : statuts et pactes extrastatutaires », in la réforme du droit uniforme des sociétés des États membres de l'OHADA, *Journal des sociétés*, le mensuel du juriste de l'entreprise, n°120, 2014, p. 16.

<sup>1228</sup> Brignon (B.), « Les pactes d'associés : que la force soit avec eux ! », *Dr. sociétés*, juin 2014, alerte 20. L'auteur les considère comme des traitements conventionnels.

<sup>1229</sup> Il faut cependant relever que l'exécution forcée a été admise dans ce contexte avec beaucoup de limites. V. à ce sujet Mortier (R.) et Buy (G.), « Droit des sociétés et nouveau droit des contrats : contrainte ou souplesse », in *Les nouvelles contraintes des sociétés*, Brignon (B.) et Grossi (L.) dir., Joly, 2018, p. 148 et s.

<sup>1230</sup> Sako (A.), *Les groupes de sociétés en Afrique. Droit, pouvoir et dépendance économique*, KARTHALA-CRES, 2010, p.131 et s. n° 261 et s. ; Fénéon (A.), *Droit des sociétés en Afrique OHADA*, LGDJ, 2015, p. 666, n°1705.

contrainte<sup>1231</sup> y afférente. En principe, le juge ne peut enjoindre une partie d'exécuter l'obligation résultant du pacte. Pratiquement, les clauses extrastatutaires font face à une limite congénitale résultant de l'abstention du législateur de l'OHADA face à l'exécution forcée des obligations de faire et de ne pas faire résultant de ces pactes. En l'absence de précision du législateur, le juge fait très souvent une application stricte de certains principes civils (Section 1). Au regard des conséquences néfastes que peut entraîner l'inexécution de ces conventions sur le fonctionnement de la société, il est souhaitable de valoriser les injonctions en cas d'inexécution des conventions extrastatutaires (Section 2).

## Section 1. L'application stricte de certains principes civils

**430. La réticence judiciaire.** Si dans le contexte français, l'exécution forcée des conventions extrastatutaires en droit des sociétés est désormais admise, dans le contexte de l'OHADA elle est semblable à « *un véritable serpent de mer* »<sup>1232</sup>. Le juge est réticent lorsqu'il est question de contraindre l'associé à exécuter son obligation extrastatutaire. Il se fonde très souvent sur les principes de la liberté individuelle des associés, d'une part (§1) et sur l'effet relatif des contrats (§2), d'autre part.

### §1. Le respect du principe de la liberté individuelle

**431. La difficile conciliation des principes.** La question de la conciliation du principe moral de l'engagement pris avec celui de la liberté individuelle pose de nombreuses difficultés au juge. Si la mise en œuvre de l'exécution forcée des promesses de cession des droits sociaux laisse place à la controverse (A), la liberté de vote de l'associé, quant à elle, est un obstacle à l'exécution forcée des conventions extrastatutaires (B).

---

<sup>1231</sup> Huet (J.), *Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd. 2001, n°11508-1, note 134. L'auteur relève avec raison que « *la nullité ne présente guère d'intérêt, la faculté de substitution étant l'essentiel aux yeux du bénéficiaire du droit méconnu* ».

<sup>1232</sup> Nemoz-Rajot (Q.), *Les interventions judiciaires spécifiques au droit des sociétés in bonis*, thèse de Lyon III, 2015, p.630, n° 925.

## **A. La controverse sur l'exécution forcée en matière de promesse de cession des droits sociaux**

**432. Le débat doctrinal et jurisprudentiel.** La convergence des critères d'admission de l'exécution forcée en matière de cession des droits sociaux a fait naître au sein de la doctrine et de la jurisprudence un débat. L'on s'interroge sur la possibilité ou non d'ordonner l'exécution forcée d'une promesse unilatérale d'achat ou de vente et sur quel fondement. Pour une meilleure compréhension des solutions proposées en droit des sociétés, il convient au préalable de présenter le problème que pose l'exécution forcée des promesses de cession des titres sociaux (1). Cela permettra ensuite de constater que l'*affectio societatis* n'a pas été retenu comme fondement de l'exécution forcée (2).

### ***1. Le problème posé par l'exécution forcée des promesses de cession des droits sociaux***

**433. Un contrat spécifique.** En droit OHADA, la doctrine et la jurisprudence sont partagées sur l'exécution forcée en nature des obligations nées des clauses extrastatutaires. Même s'il faut relever que dans le cadre spécifique des promesses unilatérales d'achat ou de vente<sup>1233</sup>, la majorité jurisprudentielle et doctrinale milite pour la mise en œuvre de cette sanction. Cette position a été renforcée à la suite de la révision du droit commun des contrats survenue en France en 2016. L'article 1124 du code civil français définit la promesse unilatérale comme « *le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire* ». En effet, la promesse unilatérale est un contrat<sup>1234</sup> qui lie le promettant à une obligation de faire car il est tenu par l'engagement qu'il a pris. Dès lors, il ne peut ni se rétracter, ni négocier, sauf si la modification ou la négociation porte sur les modalités d'exécution du contrat<sup>1235</sup>. L'exécution de son obligation est conditionnée par la levée de l'option par le bénéficiaire dans

---

<sup>1233</sup> Cf. Pietrancosta (A.), « Exécution forcée des pactes d'actionnaires extrastatutaires », Compte rendu de la conférence « Campus 2013 » réalisé par la rédaction de Lexbase, 2013. Disponible sur [www.lagbd.org](http://www.lagbd.org), consulté le 20/10/2017.

<sup>1234</sup> V. Cornu (G.), dir., *Vocabulaire juridique*, Ass. Henri Capitant, PUF, 13<sup>e</sup>. 2020, p. 811, V. *promesse n° 2 unilatérale de contrat*.

<sup>1235</sup> Cf. Bamdé (A.), « La promesse unilatérale de contrat (vente ou achat) : notion, effets, sanctions et réforme des obligations ». Disponible sur <https://aurelienbambe.com>, consulté le 22/01/18.

les délais. *A contrario*, la promesse unilatérale confère au bénéficiaire d'importantes prérogatives dont la plus importante est le droit d'option.

**434. Le droit d'option.** Le droit d'option est la spécificité de la promesse unilatérale. Elle est la condition sans laquelle ce contrat ne saurait exister car l'article 1124 du code civil français exige pour la formation de la promesse unilatérale que le promettant consente un droit d'option au bénéficiaire. Ce droit lui permet d'exprimer sa volonté de conclure définitivement ou non le contrat. Par ailleurs, l'exécution de l'obligation du promettant dépend de la volonté du seul bénéficiaire de la promesse qui est libre de lever l'option ou non. Ainsi, si ce dernier lève l'option dans le délai prévu, le contrat est définitivement formé. Dans le cas contraire, le processus de formation du contrat prend fin par la caducité du contrat et le promettant est libéré de son obligation. Cependant, le droit d'option reconnu au bénéficiaire pose le problème de l'exécution forcée en nature de l'obligation du promettant qui s'est retracté alors que le bénéficiaire a levé l'option dans les délais fixés. Le juge peut-il contraindre un associé en dépit de sa rétractation à exécuter une promesse unilatérale d'achat ou de vente de parts sociales ou d'actions ? si oui sur quel fondement ? Ce problème vient mettre en évidence les obligations du promettant dont le contenu a varié au gré des évolutions du droit commun.

**435. La controverse.** Concernant les promesses unilatérales de cession des droits sociaux, il existe de nombreux avis, parfois divergents, sur la question de leur exécution forcée en nature. Certains auteurs pensent que le juge ne devrait pas contraindre une personne à rentrer en société<sup>1236</sup> puisque, conformément au principe posé par *l'affectio societatis*, les parties doivent librement adhérer au contrat de société. En revanche, d'autres soutiennent l'idée selon laquelle, le juge pourrait exiger l'exécution forcée d'une obligation née d'une clause extrastatutaire à une double condition. Il faudrait d'une part que le promettant soit associé et d'autre part que le juge se rassure que le refus du débiteur soit effectivement fondé sur *l'absence d'affectio societatis*. Dans le cas contraire, le juge ne pourrait imposer à une personne d'acquiescer la qualité d'associé alors qu'il n'en a pas l'intention. C'est la raison pour laquelle il se limite à l'allocation des dommages et intérêts en guise de sanction du comportement fautif du promettant. Cette position est justifiée par la protection de l'environnement sociétaire dont la présence d'une personne dotée d'une moralité douteuse pourrait être néfaste pour sa stabilité. La référence à l'arrêt CRUZ nous permettra de mieux présenter ces différentes tendances.

---

<sup>1236</sup> Pietrancosta (A.), « Exécution forcée des pactes d'actionnaires extrastatutaires », Compte rendu de la conférence « Campus 2013 », *op. cit.*

**436. L'arrêt Cruz.** L'arrêt Cruz rendu le 15 décembre 1993<sup>1237</sup> a permis à la Cour de cassation de rompre avec l'analyse classique<sup>1238</sup> des cas de rétractation du promettant postérieure à la levée de l'option dans les délais. En effet dans cette affaire, la Haute juridiction est allée dans le même sens que la Cour d'appel en refusant de contraindre le promettant qui s'était rétracté, à exécuter son obligation. Elle a justifié sa décision en soutenant que « *tant que les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquérir, l'obligation de la promettante ne constituait qu'une obligation de faire et que la levée d'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir* ». Assurément, la Cour de cassation par sa décision n'avait pas approuvé la rétractation puisqu'elle avait sanctionné son auteur par l'allocation des dommages et intérêts. Toutefois, elle l'avait trouvée « *efficace* »<sup>1239</sup>, si tant est qu'elle avait refusé de prononcer l'exécution forcée de la promesse de vente en dépit de la levée de l'option du bénéficiaire dans les délais. Dès lors, la promesse portant sur une obligation de faire, l'inexécution de ladite obligation ne peut se résoudre qu'en dommages et intérêts souverainement appréciés par les tribunaux. Les juges ont fondé leurs décisions sur l'ancien article 1142 du code civil français qui disposait que « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur* ».

**437.** Par ailleurs, plusieurs arrêts<sup>1240</sup> subséquents ont aligné leur jurisprudence à celle de l'arrêt Cruz, en rejetant l'exécution forcée du promettant au bénéfice de l'allocation des dommages et intérêts. Les juges considèrent que la rétractation empêche la rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir. Autrement dit, le contrat définitif n'a pu être formé parce que le bénéficiaire a levé l'option alors que le promettant, puisqu'il s'était déjà rétracté, n'avait plus la volonté de contracter. La position du juge se rattache à la conception traditionnellement de l'obligation de faire ou de ne pas faire. Considérée comme une obligation à très fort *intuitu personae*, la promesse faite par le promettant ne saurait faire l'objet d'une

---

<sup>1237</sup> Cass. civ., 3<sup>e</sup> chbre, 15 décembre 1993, n° 9110.199 n°Lexbase : A4251 AGK, Dalloz 1994, p. 507, note Bénac-Schmidt.

<sup>1238</sup> L'analyse classique considérait que la promesse du promettant valait consentement au contrat de vente dont l'exécution ne dépendait plus que de la levée de l'option par le bénéficiaire.

<sup>1239</sup> Haddad (S.), « Rétractation du promettant de la promesse de vente : quelles sanctions ? », publié le 24/06/2013, disponible sur [www.legavox.fr](http://www.legavox.fr), consulté le 23/01/18.

<sup>1240</sup> Cass. civ., 3<sup>e</sup> chbre, 11 mai 2011, n°1012.875, FSP+B N° Lexbase : A1164HRK, D. Bakouche, *in chronique de droit des contrats*. Dans cet arrêt, la haute juridiction a précisé que « la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse postérieure à la rétractation du promettant excluant toute rencontre des volontés réciproque de vendre et d'acquérir, la réalisation forcée de la vente ne peut être ordonnée ».



exécution forcée. Le non-respect de ce principe par le juge constituerait une atteinte à la liberté inhérente à la qualité d'associé.

**438. Les critiques de l'arrêt Cruz.** Certes, la solution proposée par l'arrêt Cruz et suivie par de nombreux autres juges est conforme au principe posé par le code civil français. Mais, en accord avec certains auteurs qui ont qualifié cette jurisprudence de « *calamiteuse* »<sup>1241</sup>, nous pensons que l'analyse judiciaire de la situation repose sur des critères inexacts. En principe, dès lors que le promettant a donné son consentement en concluant la promesse, il s'est engagé irrévocablement à conclure le contrat futur. Ainsi, en vertu du principe de la force obligatoire des contrats, le promettant ne peut plus se rétracter. Par conséquent, en cas de rétractation postérieure à la levée de l'option, le juge devrait ordonner l'exécution de la promesse de vente ou d'achat. C'est d'ailleurs l'attitude qu'a eu la 3<sup>ème</sup> chambre civile de la Cour de cassation dans l'arrêt du 8 septembre 2010<sup>1242</sup>. Dans cette affaire, la haute juridiction a retenu que le promettant qui avait conclu une promesse de contrat « *avait définitivement consenti à vendre et que l'option pouvait être valablement levée, après son décès, contre ses héritiers tenus de la dette contractée par leur auteur, sans qu'il y eût lieu d'obtenir l'autorisation des juges de tutelles* ». Cet arrêt a apporté une lueur d'espoir qui, malheureusement, s'est très vite estompée du fait de sa spécificité<sup>1243</sup>. Il a fallu attendre l'ordonnance du 10 février 2016 pour voir les juges revenir dans l'ordre.

**439. L'ordonnance du 10 février 2016.** L'ordonnance du 10 février 2016 est venue donner un nouveau visage aux obligations du promettant dans le cadre des promesses unilatérales de vente. Il a permis à un auteur de relever que « *si le droit Français a pu, un temps, susciter l'inquiétude des praticiens par un attachement sans doute excessif aux termes de l'article 1142 du code civil (français), force est de reconnaître que cette inquiétude n'a plus lieu d'être aujourd'hui, l'exécution forcée des engagements contractuels étant clairement devenue le principe, et la réparation indemnitaire, tout aussi clairement l'exception* »<sup>1244</sup>. En effet, le nouveau texte dispose en son article 1124 al.2 que « *la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat*

<sup>1241</sup> Pietrancosta (A.), « Exécution forcée des pactes d'actionnaires extrastatutaires », compte rendu de la conférence « campus 2013 » réalisé par la rédaction de Lexbase, disponible sur <http://www.lagbd.org>, consulté le 20/10/17.

<sup>1242</sup> Cass. civ., 3<sup>e</sup> chbre, 8 sept. 2010, n°0822.062, FSP+B N° Lexbase : A570E9 TD, 2011, p. 472, obs. Amrani (S.) et Fauvarque-Cosson (B.).

<sup>1243</sup> Dans cette affaire, il s'agissait plus de la question de l'exécution de la promesse par les héritiers que de celle relative à l'absence de l'*affectio societatis*, car le promettant était décédé avant la levée de l'option et les parties voulaient savoir si les héritiers mineurs avaient l'obligation d'exécuter la promesse de vente,

<sup>1244</sup> Mestre (J.) et Mestre-Chami (A.-S.), *RLDA*, n°92, 2014, chron., p. 75.

*promis* ». Désormais, le promettant n'aura plus la possibilité de se rétracter avant la levée de l'option sous peine de se voir contraint. Ce texte est venu également élargir les pouvoirs du juge qui pourra dorénavant enjoindre au promettant qui se rétracte avant la levée de l'option, d'exécuter son obligation. En droit des sociétés, la question est très controversée à raison de la spécificité de la matière. La position du juge africain reste très incertaine. En l'absence de précision légale, va-t-il suivre l'évolution apportée par l'ordonnance ? À notre avis, il devrait pour la même raison, exiger l'exécution de la promesse de cette cession. Par ailleurs, l'ordonnance de 2016 est venue mettre fin au débat qui portait sur la question de l'absence de l'*affectio societatis* comme fondement de l'exécution forcée des conventions extrastatutaires.

## **2. L'échec de l'*affectio societatis* comme fondement de l'intervention judiciaire**

**440. La notion d'*affectio societatis*.** L'article 4 al.2 de l'AUDSCGIE présente l'*affectio societatis* comme une condition spécifique à la constitution de la société<sup>1245</sup>. Selon un auteur, l'*affectio societatis* s'entend comme la « *notion multiforme*<sup>1246</sup> dont le plus petit commun dénominateur englobe la volonté des associés de collaborer, sur un pied d'égalité, au succès de l'entreprise commune ; cette volonté commune devant exister non seulement au moment de la création de la société, mais aussi se prolonger pendant toute la vie sociale »<sup>1247</sup>. Notion difficile à définir, qualifiée de « *spectre* »<sup>1248</sup>, parfois de « *mystère* »<sup>1249</sup>, l'*affectio societatis* peut être considéré comme la volonté manifestée par les associés de former une société et de coopérer dans leurs intérêts communs<sup>1250</sup>. Il s'agit de l'intention<sup>1251</sup> manifestée par les associés de vouloir créer une société. Cette intention doit se manifester par l'adhésion<sup>1252</sup> totale de

<sup>1245</sup> V. sur le sujet Ripert et Roblot, *Traité de droit commercial*, t.1, vol. 2, par M. Germain, n°1056. V. J. Mestre, D. Velardocchio et A.-S. Mestre-Chami, *Lamy Société commerciales 2015*, Lamy, coll. P. 111, n° 162 ; A. Fénéon, *Droit des sociétés en Afrique OHADA, op. cit.*, ; Dondero (B.), *Droit des sociétés*, Dalloz, coll. Hypercours, 6<sup>e</sup> éd., 2019, p. 57 et s., n°71 et s.

<sup>1246</sup> Reboul (N.), « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'*affectio societatis* », *Rev. Sociétés*, 2000, p. 425 ; Adde, Nzouabeth (D.), *Les litiges entre associés*, thèse de UCADD, 2005, p.75 et s., n°184 et s.

<sup>1247</sup> Perle (P.) et Fauchon (A.), *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Dalloz, coll. Précis droit privé, 19<sup>e</sup> éd., 2015, p. 75, n°57.

<sup>1248</sup> De Bermond (J.-M.), de Vaulx, « Le spectre de l'*affectio societatis* », *JCP E*, 1994, I, p. 346.

<sup>1249</sup> Temple (H.) H., *Les sociétés de fait*, LGDJ, 1975, n°219.

<sup>1250</sup> Cuisinier (V.), L'*affectio societatis*, th. Dijon, 2006, Litec, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2008, Mounthieu, *op. cit.*, ; Tchotourian (I.), *Vers une définition de l'*affectio societatis* lors de la constitution de la société*, th. Nancy 2, 2007, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 522, 2011 ;

<sup>1251</sup> Mounthieu (M. A.), *L'intérêt social en droit des sociétés*, l'Harmattan, Etudes Africaines, 2009, p.205 et s., n°321 et s., Serlooten (P.), L'*affectio societatis*, une notion à revisiter, Mélanges offerts à Y. Guyon, Dalloz 2003, p. 1013

<sup>1252</sup> Mignon-Colombet (A.), *L'exécution forcée en droit des sociétés, op. cit.*, p. 186, n°213.

l'associé aussi bien au moment de la création de la société<sup>1253</sup>, qu'au cours de son fonctionnement.

**441.** La recherche de l'objectif commun par les associés doit se matérialiser par des actes concrets. Il s'agit, entre autres, d'« *un renforcement de l'obligation de bonne foi* »<sup>1254</sup>, de l'existence d'une collaboration<sup>1255</sup> et d'une confiance effective. Même s'« *il arrive aussi que mieux se connaître ne conduise pas à mieux s'apprécier. (De même que) Mesurer les qualités morales et techniques du partenaire peut plutôt inciter à s'en méfier farouchement* »<sup>1256</sup>. Mais l'expression occupe une place déterminante dans la société, elle est considérée comme « *un élément pathologique* »<sup>1257</sup>. Toutefois, l'obligation relative à la poursuite d'un objectif commun n'est propre qu'aux sociétés pluripersonnelles. En effet, dans le cadre de la société unipersonnelle l'objectif recherché par l'associé unique est moins le partage de bénéfices ou la collaboration, que l'établissement d'une réelle distinction entre le patrimoine social et le patrimoine personnel<sup>1258</sup>. Qu'il s'agisse de la société unipersonnelle ou de la société pluripersonnelle, *l'affectio societatis* renvoie à la même réalité à savoir, l'intention de créer la société.

**442. Le défaut d'*affectio societatis*.** Le défaut d'*affectio societatis* peut constituer une cause de nullité de la société<sup>1259</sup> puisque cette notion est fondée sur l'article 4 de l'AUDSCGIE. La convergence d'intérêts exprimée lors de la constitution de la société par les associés est le cœur de la société. Si cette convergence d'intérêts disparaît, c'est « *tout le groupe qui est en péril* »<sup>1260</sup>. C'est ce qui semble d'ailleurs justifier le rejet en droit des sociétés, de l'idée de la mise en œuvre d'une mesure d'exécution forcée en nature en cas d'inexécution des obligations nées d'un pacte extrastatutaire. En général, il est admis qu'en l'absence d'*affectio societatis*, le juge ne peut imposer la conclusion d'un contrat, encore moins son exécution. Ainsi, le juge préfère empêcher, par son abstention, la formation ou l'exécution d'un contrat qui pourrait porter atteinte à l'intérêt de la société, plutôt que d'exiger son exécution forcée en nature. Le

<sup>1253</sup> C'est notamment le cas des promesses de sociétés. V. Mignon-Colombet (A.), *op. cit.*, p. 185, n° 212.

<sup>1254</sup> TH. Hassler, « L'intérêt commun », *RTD com.*, 1984, p. 632 ; adde Amiaud (J.), « L'*affectio societatis* », in *Mélanges Simonius*, 1955, p. 1 et s. L'auteur précise que l'*affectio societatis* exige des associés « une obligation de bonne foi renforcée, une sorte de fraternité ».

<sup>1255</sup> Cornu (G.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 41.

<sup>1256</sup> Stoffel-Munck (Ph.), *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, LGDJ, Paris, 2000, n°252, p. 218.

<sup>1257</sup> *Ibidem*.

<sup>1258</sup> Mouthieu (M. A.), *L'intérêt social en droit des sociétés*, *op. cit.*, p.211, n°332.

<sup>1259</sup> Cf. art. 242 al. 1 de l'AUDSCGIE qui organise les causes de nullité de la société.

<sup>1260</sup> Julien (J.), Observation sur l'évolution jurisprudentielle du sort des associés dans la société civile, *op. cit.*, p. 857.

cas de la caractérisation de l'*affectio societatis* dans le cadre de la cession des titres permet, en droit des sociétés, de rendre compte de cette réticence judiciaire car il s'agit d'une opération régulièrement pratiquée. Cette position n'est pas retenue par certains juges qui, en dépit de l'absence de l'*affectio societatis*, autorisent l'exécution forcée en nature des pactes de préférence. Cette absence de convergence de solutions suscite de nombreux débats tant en doctrine qu'en jurisprudence sur la question de l'exécution forcée en nature d'une cession de droit en l'absence d'*affectio societatis*.

**443. La rétractation du promettant.** En droit des sociétés, la rétractation du promettant postérieure à la levée de l'option pose, en relation avec l'intervention du juge, le problème de la caractérisation de l'*affectio societatis*. On pourrait se demander si le juge peut ordonner l'exécution forcée en nature d'une promesse unilatérale d'achat ou de vente de parts ou d'actions sur le fondement de l'absence d'*affectio societatis* chez une partie au contrat. De toute évidence, la rétractation du promettant est le signe de la perte de sa volonté de contracter, par ricochet, de la disparition de l'*affectio societatis*. Or, la seule disparition de l'*affectio societatis* suffit-elle à justifier l'inexécution de l'obligation extrastatutaire ?

**444. L'absence d'*affectio societatis* chez le bénéficiaire.** En matière de promesse unilatérale de vente, les critères d'appréciation de l'existence de l'*affectio societatis* sont différents. Cette différence naît du fait que la conclusion définitive du contrat n'est conditionnée que par le bénéficiaire. Dans le cas précis, le problème ne devrait guère se poser lorsque le bénéficiaire lève l'option puisque l'accomplissement de cet acte constitue la preuve de l'existence de l'*affectio societatis*, et par ricochet la manifestation de sa volonté de faire partie de la société. Or, il n'est pas toujours prouvé que la levée de l'option par le bénéficiaire garantisse sa volonté de s'associer, d'où la problématique de la caractérisation de l'*affectio societatis* chez le bénéficiaire qui lève l'option dans les délais. La question de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente à la suite de la levée de l'option par un bénéficiaire n'ayant plus la volonté de s'associer, a été plusieurs fois posée devant les juges français. Malheureusement, les appréciations judiciaires ne convergent pas sur la question.

**445. La méconnaissance de la logique contractuelle.** Dans un arrêt du 8 mars 2005<sup>1261</sup>, la Cour de cassation s'est prononcée en faveur du promettant qui refusait d'exécuter sa promesse pour la simple raison que l'*affectio societatis* avait disparu chez le bénéficiaire. Dans le cas d'espèce, le promettant qui s'était engagé à céder au bénéficiaire l'exploitation d'un

<sup>1261</sup> Cass. com., 8 mars 2005, *Rev. Sociétés*, 2005, p. 817, note Viandier (A.).

laboratoire d'analyses médicales, s'est rétracté en refusant d'exécuter sa promesse, en invoquant comme motif l'absence de volonté du bénéficiaire de contracter. Ce refus a été retenu par la chambre commerciale qui a justifié sa décision par la nécessité de protéger l'intérêt social. Elle a soutenu l'idée selon laquelle l'entrée dans la société d'une personne ne désirant pas vivre en communauté serait préjudiciable à la société. Cette position nous semble d'ailleurs soutenable parce que face aux impératifs sociétaires et à l'intérêt de la personne morale, le juge devrait être fondé à méconnaître la logique contractuelle. Toutefois, le juge devrait rester prudent et vérifier si l'abstention du promettant est réellement justifiée par le souci de protection de l'intérêt social et non dans le but de se soustraire à son obligation.

**446. La sauvegarde de la logique contractuelle.** Une décision plus récente<sup>1262</sup> de la Cour de cassation est allée en sens inverse en donnant une nouvelle orientation à la notion d'*affectio societatis* en matière de cession de droits sociaux. Cette fois, le juge a délaissé l'intérêt de la société au profit de la sauvegarde de la logique contractuelle. En effet, dans l'arrêt du 11 juin 2013, la Haute juridiction a relevé que le promettant ne pouvait évoquer l'absence de *l'affectio societatis* pour échapper à l'exécution de son obligation. Plusieurs arguments ont été évoqués pour justifier cette position. La Cour de cassation pense que, si *l'affectio societatis* est exigé pour le contrat de société, il n'en devrait pas être de même dans la cession des droits sociaux. En plus, la Cour ajoute qu'il n'appartient pas au promettant de dénoncer l'absence d'*affectio societatis* du bénéficiaire dans la mesure où, par le contrat de cession, lui-même ne fait plus partie de la société. L'audace de la Cour de cassation est à féliciter dans cette affaire du fait de l'exercice de son pouvoir de contrainte, les arguments évoqués pour soutenir sa position ont contribué à la légitimation du principe de la rencontre des volontés.

## B. L'observation de la liberté de vote de l'associé

**447. Les conventions de vote.** Le droit de vote est la prérogative « *essentielle, la marque, le signe de reconnaissance* »<sup>1263</sup> des associés. Il s'agit d'un droit inviolable. C'est sans doute la raison pour laquelle la validité des conventions de vote reste une question horripilante qui suscite la méfiance de la doctrine<sup>1264</sup>. Son exécution forcée reste un sujet qui fait couler

<sup>1262</sup> Cass. com., 11 juin 2013, *Rév. Sociétés*, 2013, n°11, p. 20, comm., Mortier (R) ; *Bull. Joly Sociétés*, 2013, p. 624, note Le Cannu (P.)

<sup>1263</sup> Reinard (Y.), « Exécution en nature des pactes d'actionnaires », *RDC*, 2005, p.115.

<sup>1264</sup> Guyon (Y.), *Traité des contrats, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5<sup>e</sup> éd., coll. *Traité des contrats*, 2002, Ghestin (J.) dir, n° 287.

beaucoup d'encre au sein de la doctrine et même de la jurisprudence. En effet, les conventions de vote exercent une influence directe sur le fonctionnement de la société<sup>1265</sup>, puisqu'elles déterminent le sens de vote des signataires de ses signataires. Il s'agit d'un engagement extrastatutaire par lequel, les parties s'entendent à l'avance, sur le sens à donner à leur vote au sein d'une assemblée. La loi exige que cet engagement soit pris conformément à l'intérêt social d'une part et aux principes qui gouvernent l'adoption des décisions en assemblée générale<sup>1266</sup> d'autre part. Il s'agit notamment du droit des associés de participer aux assemblées générales et de leur liberté d'y voter<sup>1267</sup>. Ces conventions participent à la stabilité et au bon fonctionnement de la société<sup>1268</sup>. D'ailleurs un auteur à la suite de nombreux autres<sup>1269</sup>, a relevé que « *utiles, ces pactes permettent notamment de stabiliser et d'équilibrer la vie sociale en s'accordant* <sup>1270</sup> *sur les grandes décisions à adopter, de fidéliser une partie de l'actionnariat ou bien encore de s'entendre en amont sur la composition des organes de direction* »<sup>1271</sup>. Toutefois, si la valeur de la convention de vote est admise en droit des sociétés, la question de son exécution forcée demeure sujette à discussion à raison de l'intangibilité du droit de vote de l'associé.

**448. L'intangibilité du droit de vote de l'associé.** La liberté du droit de vote représente un obstacle majeur à l'exécution forcée en droit des sociétés. La convention de vote, entendue comme une organisation contractuelle du sens du vote de l'associé<sup>1272</sup> paraît peu compatible avec le principe de la liberté du droit de vote reconnu à l'associé. En effet, des auteurs soutiennent qu'un vote librement exercé « *crystallise le déroulement du processus décisionnel*

---

2002., n°287 ; Merle (Ph.) et Fauchon (A.), *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz, 23<sup>e</sup> éd., coll. Précis droit privé, 2019, p. 399 et s., n°361 ; Ripert et Roblot, *Traité de droit commercial*, n°1611 ; Constantin (A.), « Réflexion sur la validité des conventions de vote », *Mélanges Ghestin (J.)*, LGDJ, 2001, p. 253.

<sup>1265</sup> Ledoux (P.), *Le droit de vote des actionnaires*, LGDJ, 2002, n° 424 ;

<sup>1266</sup> V. not. Chaveriat (A.), Couret (A.) et Zabala (B.), *Sociétés commerciales 2015*, Francis Levebvre, coll. Mémento pratique, 2014, n°40741 ; Fénéon (A.), *Droit des sociétés en Afrique (OHADA)*, *op. cit.*, p.658, n°1686, v. art. 53, 4 de l'AUDSCDGI.

<sup>1267</sup> Ripert (G.) et Roblot (R.), *Traité de droit des affaires*, LGDJ, p.427 et s., n° 2155 et s.

<sup>1268</sup> Lucas (F.-X.), « L'exécution forcée des conventions de vote », *Bull. Joly Sociétés*, 2011, p. 624, n° 2. L'auteur relève que, « le vote exprimé en exécution d'une convention de vote consacre une position commune plus satisfaisante que celle qu'expriment les actionnaires, de manière parfaitement spontanée (et parfois instinctive), au cours d'une assemblée qui n'a été précédée d'aucun débat visant à définir leur intérêt commun ».

<sup>1269</sup> Lucas (F.-X.), « L'exécution forcée des conventions de vote », *op. cit.*, 2011, p. 624, n°2 ; Fosserau (J.), « Le vote au conseil d'administration des sociétés anonymes », *RTD com.*, 1965, p. 321. Cet auteur pense que « le vote exprimé par en exécution d'une convention de vote consacre une position commune plus satisfaisante que celle qu'expriment les actionnaires, de manière parfaitement spontanée (et parfois instinctive), au cours d'une assemblée qui n'a été précédée d'aucun débat visant à définir leur intérêt commun ».

<sup>1270</sup> Mignon-Colombet (A.), *L'exécution en droit des sociétés*, *op. cit.*, p.200 et s., n°231 et s.

<sup>1271</sup> Nemoz-Rajot (Q.), *Les interventions judiciaires spécifiques au droit des sociétés in bonis*, *op. cit.*, p. 632, n°928.

<sup>1272</sup> Guyon (Y.), *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, n° 287.

*et par là même, bénéficie de la qualité de la discussion dont il est le produit* »<sup>1273</sup>. Or, dès l'instant où est adoptée la convention de vote, les associés ne sont plus, en principe, libres de modifier à tout moment le sens de leur vote. Ils sont désormais tenus par une obligation de faire. Par ailleurs, de manière paradoxale, en cas d'inexécution de l'obligation née de la convention de vote, le créancier de l'obligation ne peut se contenter que d'une éventuelle et relative indemnisation, au détriment de l'exécution forcée de ladite convention. C'est ainsi que par un jugement du 12 février 1991<sup>1274</sup>, le tribunal de Paris s'est radicalement opposé à l'exécution forcée de la convention de vote qui avait été signée entre les associés, en admettant comme sanction, l'allocation des dommages et intérêts. Dans l'affaire en cause, le tribunal de Paris avait justifié sa décision en précisant que, « *le droit de vote d'un associé est un droit fondamental de l'associé et qu'il est de l'ordre public ; qu'un principe, incontournable, est que ce droit de vote doit être exercé librement lors de l'assemblée par l'associé qui doit conserver sa liberté jusqu'au bout ; que de ce fait, quels qu'aient pu être les engagements antérieurs qu'a pu prendre l'associé, il reste libre de modifier son vote jusqu'à la dernière seconde sauf éventuellement à engager sa responsabilité personnelle par rapport à ses engagements contractuels antérieurs et qui sont étrangers aux dispositions de la loi de 1966 applicables aux décisions des assemblées ; que la solution d'un tel problème, qui n'est d'ailleurs pas soulevé en l'espèce, ne relève pas du référé* ». Cette position a été confirmée quelques années plus tard par un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 8 Novembre 2011<sup>1275</sup>. Mais par la suite, elle a été remise en cause<sup>1276</sup>, toujours en France, par l'Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des obligations qui est venue consacrer l'exécution forcée des conventions de vote. Désormais, conformément au nouvel article 1221 du code civil français, le juge peut enjoindre un associé de voter dans le sens prévu par la convention.

**449.** Toutefois pour le juge de l'OHADA, la sanction en cas d'inexécution d'une convention de vote se résume en l'allocation des dommages et intérêts. D'ailleurs, le législateur de l'OHADA a cristallisé cette solution en reconnaissant le caractère principalement

<sup>1273</sup> Ruellan (C.), *La loi de la majorité dans les sociétés commerciales*, thèse Paris II, t.1, 1997, n° 473

<sup>1274</sup> TC Paris, 12 févr. 1991, *Bull. Joly Sociétés*, 1991, note Jeantin (M.) ; Douaoui-Chamseddine (M.), Le tribunal de la procédure collective en charge d'arrêter le plan peut-il connaître d'une demande en exécution forcée d'une convention de vote inexécutée, *Mélanges en l'honneur de Vallens (J.-L)*, éd. Joly, Lextenso, 2017, p. 20, p. 17 et s.

<sup>1275</sup> CA Paris 08 nov. 2011, pôle 1, 3<sup>e</sup> chbre, *Bull. Joly Sociétés*, mars 2012, note Couret (A.), Dondero (B.), Saintourens (B.).

<sup>1276</sup> V. Massart (Th.), « Réforme du droit des contrats -Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats », *Actes Pratiques et Ingénierie Sociétaire*, n°147, mai 2016, dossier 3.

indemnitaire à la sanction de la violation des conventions extrastatutaires<sup>1277</sup>. Parce que la liberté de vote reconnue à l'associé est un droit intangible, le juge pense qu'il ne saurait ordonner à un associé de voter dans tel ou tel sens, bien qu'exigé par une convention car cela permettrait de biaiser « *la dialectique contradictoire précédent le vote* »<sup>1278</sup>. Aussi, l'associé qui s'est engagé à voter dans un sens ne pourrait plus, au cours des débats précédents la tenue de l'assemblée, modifier le sens de son vote<sup>1279</sup> en dépit de nouveaux éléments qui pourraient influencer le sens dudit vote.

**450.** A bien y regarder, ces arguments ne suffisent pas à empêcher le juge d'enjoindre au débiteur du pacte de voter dans le sens prévu dans le pacte. Certes, la participation de l'associé aux débats précédents la tenue de l'assemblée a une grande importance sur l'orientation du vote de l'associé, puisque ces débats lui permettent d'avoir des informations nouvelles. Et que, ces informations peuvent influencer le sens de son vote. Mais, combien sont les associés qui assistent à ces débats ? Par ailleurs, de nombreux associés ne prennent pas part aux débats précédents la tenue de l'assemblée générale et préfèrent les votes par correspondance, par procuration<sup>1280</sup>.

**451. Le caractère *res inter alios acta* de la convention extrastatutaire.** En pratique, un autre élément pourrait justifier le refus judiciaire de prononcer l'exécution forcée des conventions de vote. Il s'agit de l'effet relatif des contrats. De toute évidence, il est admis que la convention de vote ne s'impose qu'aux parties signataires. Dès lors, la société et les associés qui n'ont pas fait parties du contrat ne peuvent évoquer le principe de l'effet relatif des contrats pour refuser l'exécution forcée des conventions de vote. En effet, il est admis que la convention de vote n'implique que les parties signataires. Par ailleurs, la société et les associés qui ne sont pas parties au contrat ne peuvent assumer les conséquences néfastes du non-respect d'une telle convention. Cela étant, en cas d'inexécution d'une convention de vote au moment de l'adoption d'une résolution en assemblée, ni la personne morale, ni les associés ne peuvent se voir opposer ladite convention. Exception faites des cas dans lesquelles la personne morale et tous les

---

<sup>1277</sup> Cf. Fénéon (A.), *Droit des sociétés en Afrique (OHADA)*, op. cit., p.666, n°1705 ; Sakho (A.), « L'exécution forcée des obligations de faire résultant des pactes de préférence dans les cessions d'actions », , *CRES*, Série de document de recherche, 2014, p.10 et s.

<sup>1278</sup> Cf. Ruellan (C.), *La loi de la majorité dans les sociétés commerciales*, thèse op. cit., n° 473.

<sup>1279</sup> V. Nemoz-Rajot (Q.), *Les interventions judiciaires spécifiques au droit des sociétés commerciales in bonis*, op. cit., p. 634 et s., n°931.

<sup>1280</sup> Cf. art. 538 AUDSCGIE.



associés seraient parties à la convention ou auraient connaissance de son existence<sup>1281</sup>. C'est notamment le cas lorsque la convention est sous la protection de la société<sup>1282</sup>.

**452. La souveraineté des décisions des assemblées générales.** La souveraineté des délibérations issues des assemblées générales est un principe bien ancré en droit des sociétés. De toute évidence, la délibération adoptée en assemblée générale ne saurait être remise en cause par une obligation née d'une convention de vote. Comme l'affirmait un auteur, « *la délibération constitue un droit acquis par la société que la convention de vote ne peut pas remettre en cause* »<sup>1283</sup>. Les décisions adoptées en assemblée générale sont souveraines et ne peuvent faire l'objet de nullité que dans les cas expressément prévus par le législateur. Précisément, concernant le droit de vote des associés, le seul cas de nullité des délibérations des assemblées générales est celui relatif à la violation de ce droit de vote<sup>1284</sup>. Or, l'inexécution d'une convention de vote n'en constitue pas une. Alors, pour éviter que l'annulation de ces décisions ne porte atteinte au sacro-saint principe établi en matière de nullité, le juge va en principe<sup>1285</sup> allouer les dommages et intérêts comme sanction à l'inexécution de cette obligation extrastatutaire.

**453.** À notre avis, l'absence d'exécution forcée des conventions de vote dans le contexte de l'OHADA remet en question la valeur et la sécurité de ces conventions, créant ainsi un doute dans l'esprit des investisseurs. Par ailleurs, la sanction consistant à allouer les dommages et intérêts au créancier ne met pas fin au préjudice que pourrait subir la société ou les organes sociaux du fait de l'inexécution de ces conventions. Ainsi, en considération de la spécificité du droit des sociétés, le législateur pourrait consacrer l'exécution forcée des conventions de vote lorsque leur inexécution porte atteinte à l'intérêt social<sup>1286</sup>. Dès lors que le législateur prévoit la nullité des délibérations issues des assemblées générales dans certains cas, il pourrait ajouter à cette liste les hypothèses d'inexécution des conventions de vote. Ainsi, le juge ne pourrait plus se fonder sur la liberté de vote pour refuser l'exécution forcée en nature d'une convention

---

<sup>1281</sup> V. Nemoz-rajot (Q.), *Les interventions judiciaires spécifiques au droit des sociétés commerciales in bonis*, *op. cit.*, p. 636, n°934.

<sup>1282</sup> Viandier (A.), « Après l'article de Michel Jeantin sur les conventions de vote », *Dalloz*, 1999, p. 311.

<sup>1283</sup> Cf. Mignon- Colombet (A.), *L'exécution forcée en droit des sociétés*, coll. Recherches Juridiques, éd. Economica, 2004, p. 205, n° 239.

<sup>1284</sup> Cf. art. 129-1 de l'AUDSCGIE.

<sup>1285</sup> De plus en plus, ce principe connaît des exceptions qui permettent au juge de prononcer les mesures d'exécution forcée en matière de conventions de vote.

<sup>1286</sup> V. *infra*.

de vote qui aurait été ignorée. Le seul obstacle auquel il ferait désormais face serait celui du principe de l'effet relatif des contrats.

## §2. Le respect du principe de l'effet relatif des contrats

**454. La force de l'effet relatif des contrats**<sup>1287</sup>. L'effet relatif des contrats est un principe qui limite les hypothèses de recours à l'exécution forcée des conventions extrastatutaires. Pour ne pas déroger à cette règle, le juge admet très souvent le principe d'inopposabilité de ces conventions aux tiers (A). Toutefois, ce principe est difficilement contournable en droit des sociétés, c'est ce qui semble justifier l'existence de nombreux aménagements spécifiques au droit des sociétés (B).

### A. Le principe d'inopposabilité de la convention extrastatutaire aux tiers

**455. Distinction entre les parties contractantes et les tiers.** Issu de l'adage *res inter alios alios nec nocere nec prodesse potest*<sup>1288</sup> qui signifie que la convention signée entre les parties « *ne nuit ni ne profite aux tiers* »<sup>1289</sup>, le principe de l'effet relatif des contrats<sup>1290</sup> a été consacré par l'ancien article 1165 du code civil français. Aux termes de cet article, il ressort qu'« *une convention n'a d'effet qu'entre les parties contractantes* ». Relevé dans de nombreuses affaires<sup>1291</sup> par le juge pour rejeter l'exécution forcée du pacte, ce principe pose la règle selon laquelle, les conventions n'engagent que les personnes qui les ont conclues et, par conséquent, sont inopposables aux tiers de bonne foi. En France, ce principe a été réitéré par

<sup>1287</sup> V. Fénéon (A.), *Droit des sociétés en Afrique OHADA*, op.cit., p.6523, n° 1679.

<sup>1288</sup> Cf. Roland (H.) et Boyer (L.), *Adages de droit français*, Litec, Paris, 4e éd., 1999, p. 736, n° 393 ; Martin (E.), *Etude sur la règle « res inter alios alios nec nocere nes prodesse potest » en droit Romain ; théorie des contre-lettres en droit français*, thèse Paris, 1885.

<sup>1289</sup> Roland (H.) et Boyer (L.), *Adages de droit français*, op. cit.

<sup>1290</sup> Cf. Goffaux-Callebaut (G.), *Du contrat en droit des sociétés*, l'Harmattan, 2008, p. 291, n° 411 et s. ; Didier (P.), « L'effet relatif », in *les concepts contractuels en droit français à l'heure des principes de droit Européen des contrats*, Dalloz, 2003, p. 187 ; Savatier (R.), « Le prétendu effet relatif des contrats », *RTD Civ.*, 1934, p. 525.

<sup>1291</sup> Cass. civ. 1<sup>er</sup> chbre, 11 avr. 1995, *Bull. civ.*, I, n° 172; *RTD civ*, 1996, p. 155, obs. Mestre (J.) ; Cass. civ., 3<sup>e</sup> chbre, 30 janv. 2008, *Dalloz*, 2008, AJ 548, obs. Forest, dans cette affaire, le juge a fait constater la distinction entre le syndic et le syndicat de copropriétaires, en rappelant au syndic qu'il est impossible au copropriétaire de bénéficier de la clause portant sur sa rémunération, conclue entre lui et le syndicat de copropriété. V. aussi Cass. civ., 1<sup>ère</sup> chbre civ., 15 févr. 2000, *Bull. civ.* I, n°47 ; Cass. civ., 1<sup>ère</sup> chbre 30 avr. 2009, *Dalloz*, 2009. 2400, note Andreu ; *JCP*, 2009, n°27, p. 17, note Ansault.

la réforme du droit des contrats<sup>1292</sup>. Ainsi, allant dans le même sens que l'article 1165 ci-dessus, le nouvel article 1199 du code civil français dispose que « *le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties* ». L'alinéa 2 de cet article ajoute que « *les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter* ».

**456.** En effet, la convention extrastatutaire, considérée comme un contrat<sup>1293</sup>, est soumise à ce régime. Par principe, les parties au contrat ne peuvent par leurs obligations, contraindre les tiers de bonne foi<sup>1294</sup>. Inversement, les tiers ne peuvent se prévaloir des droits issus d'un contrat auquel ils n'ont pas participé. Par conséquent, en cas d'inexécution de l'obligation née de la clause, le tiers ne peut demander l'exécution forcée de ladite obligation puisque du fait de l'effet relatif des contrats, cette clause lui est inopposable. Toutefois, de façon exceptionnelle, le juge peut enjoindre au débiteur de la clause d'exécuter son engagement s'il est prouvé qu'il existe une fraude<sup>1295</sup>. Cela a été décidé dans un arrêt du 12 juin 1954<sup>1296</sup> et confirmé par le nouvel article 1124 al. 3 du code civil français<sup>1297</sup>. Dans cette affaire, la haute juridiction approuvant la position des juges de fond, avait décidé qu'en matière de pacte de préférence ou de promesse unilatérale, ces derniers avaient « *la liberté d'accorder le mode de réparation qui leur paraît le plus adéquat au dommage subi et qu'en l'absence de texte l'édicteant, l'annulation de la vente critiquée n'est pour eux qu'une faculté et non une obligation* ».

**457. L'inopposabilité du pacte à la société.** Le principe de l'effet relatif des contrats s'applique à tous les tiers à la convention, c'est-à-dire, tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales. Ainsi, la société considérée comme une personne morale ne peut se voir opposer les obligations issues d'une clause extrastatutaire dont elle ne fait pas partie. Par ailleurs, elle ne peut demander au juge de prononcer l'exécution forcée de ladite clause quand bien même elle n'aurait pas été exécutée par son débiteur. Toutefois, ce principe a connu un assouplissement à la suite de l'arrêt Myr'ho<sup>1298</sup> en France et a été fragilisé par l'affaire

<sup>1292</sup> V. Bonnard (J.), *Droit des sociétés 2018-2019*, Hachette Supérieur, 15<sup>e</sup> éd., coll. Les Fondamentaux. la Bibliothèque de l'Étudiant, 2018, p.36.

<sup>1293</sup> Cf. Poracchia (D.), Lécuyer (H.) et Raynouard (A.), « Relativité et opposabilité des pactes extrastatutaires », *Dr. et patrimoine*, 2009, 186, Dossier pactes et opérations de M&A. Les auteurs pensent que le pacte extrastatutaire étant considéré comme un « *simple contrat, (...) ne peut créer de droits et d'obligations de nature contractuelle qu'à l'égard des parties* ».

<sup>1294</sup> V. Puig (P.), *Contrats spéciaux*, Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., coll. HyperCours, 2019, p.162, n°144.

<sup>1295</sup> Cf. *Infra*.

<sup>1296</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup> chbre, 12 juin 1954, *Dalloz*, 1954, p. 588 ; *JCP G*, 1954, II, 8225.

<sup>1297</sup> Neuville, « Promesse de contrat et contrat d'option », *Mélanges offerts à Le Tourneau (Ph.)*, Dalloz, 2008, p. 67 ; Mazeaud (D.), « Période précontractuelles », *Etudes offerts à Ghestin (J.)*, LGDJ, 2001, p. 637 et s.

<sup>1298</sup> Cass. ass. Plén., 6 oct. 2006, n°541.

ATLANTIQUE TELECOM SA<sup>1299</sup> dans le contexte de l'OHADA. Dans le premier cas, l'assemblée plénière avait décidé que « *le tiers a un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage* ». Dans le second, la CA de Ougadougou avait approuvé la décision des juges du fonds qui avaient imposé à la société Planor Afrique, nouvel actionnaire de la société Atlantique Télécom, l'exécution forcée des clauses d'exclusion et de cession forcée des actions contenues dans le pacte d'actionnaires, alors qu'il n'avait pas pris part à sa conclusion. Cette décision a été rejetée par la CCJA. En dépit de l'effet relatif des contrats, le tiers peut invoquer la situation de fait créée par la convention à laquelle il n'a pas été partie, dès lors que la situation lui cause un préjudice de nature à fonder une action en responsabilité délictuelle. En dehors de l'hypothèse de l'existence d'un préjudice, le pacte d'actionnaires est par principe inopposable aux tiers.

**458.** Ainsi considéré, l'inexécution de la clause extrastatutaire pourrait, dans certains cas, être préjudiciable à la société puisque par principe, l'adoption de la clause extrastatutaire doit répondre à la condition de la conformité à l'intérêt social. Parce qu'il n'est pas permis au juge de déroger au principe de l'effet relatif des contrats, aucune mesure ne pourrait être prise quand bien même il s'agirait de protéger l'intérêt social. Le « *divorce entre la théorie générale et la pratique des contrats préparatoires est de nature à faire douter de l'efficacité de notre droit, de sa capacité à assurer la prise en charge des prévisions à long terme* »<sup>1300</sup>. Comme le souligne un auteur<sup>1301</sup>, l'intérêt du tiers ignorant l'existence du pacte prime sur celui du signataire, en dépit de sa confusion à l'intérêt de la société. C'est donc dans l'optique de remédier aux conséquences engendrées par le principe de l'inopposabilité de la convention extrastatutaire aux tiers que des aménagements de ce principe ont été proposés.

<sup>1299</sup> CCJA, arrêt n°041/2010, aff. Atlantique Télécom SA c/ Planor Afrique SA.

<sup>1300</sup> Cf. Libchaber (R), « Des moyens et des fins en matière de contrat », in *Mélanges Le Cannu (P.)*, LGDJ, 2014, p. 195.

<sup>1301</sup> V. Nemoz-Rajot (Q.), *Les interventions judiciaires spécifiques au droit des sociétés in bonis*, op. cit., p. 592, n°864. L'auteur relève que : « *il semble logique que l'intérêt du signataire, quand bien même, il irait dans le sens de la société, ne puisse primer sur celui d'un tiers de bonne foi qui se trouvera hors d'atteinte* ».

## B. Les aménagements du principe

**459. La vulgarisation de la convention.** Dans nos précédents développements, nous avons pu relever que l'effet relatif des contrats est un principe qui empêche la réalisation efficace des droits des organes sociaux et par ricochet exerce une influence sur le bon fonctionnement de la société commerciale. Pour renforcer l'efficacité des conventions extrastatutaires<sup>1302</sup>, de nombreuses solutions ont été proposées. La première consiste à attirer la société dans le cercle des parties à la convention (1), et la seconde quant à elle procède de la publicité de la convention extrastatutaire (2).

### 1. L'attraction de la société dans le cercle des parties à la convention

**460. L'opposabilité de la cession des actions à la société.** Le législateur de l'OHADA a soumis la réalisation de la cession des actions au respect de nombreuses formalités au rang desquelles réside la condition liée à l'opposabilité de ladite cession à la société. En effet, l'article 763-1 al.2 a) de l'AUDSCGIE exige pour la validité de la cession, que celle-ci soit reconnue par la société dans un acte authentique<sup>1303</sup>. Cette condition d'opposabilité de la cession à la société protège de façon indirecte le bénéficiaire de la convention extrastatutaire, puisque c'est son accomplissement qui permet au cessionnaire d'acquérir la qualité d'associé<sup>1304</sup>. La société a le droit de diligenter l'opération, d'ailleurs, elle a la possibilité de ne pas valider la cession si elle constate que celle-ci est irrégulière<sup>1305</sup>. Ayant connaissance de la convention, elle serait mieux placée pour constater l'irrégularité de la cession conclue en violation de ladite convention.

**461. La société, gardienne de la convention extrastatutaire.** L'une des solutions au problème lié à l'inexécution des conventions extrastatutaires consiste à la rendre opposable à la société. En outre, pour contourner l'effet relatif des contrats, il faut permettre que cette dernière soit partie prenante à ladite convention<sup>1306</sup>. Cette opération peut se faire soit par

<sup>1302</sup> Cf. Dondero (B.), « Pactes d'actionnaires signé par la société », *Rév. Sociétés*, 2011, p. 535.

<sup>1303</sup> Relevons tout de même que cette condition semble être difficilement réalisable dans les sociétés qui ne sont pas encore immatriculées au RCCM.

<sup>1304</sup> Cf. Airault (D.), Frison-Roche, (M. A.), Revuz (J.), « L'effectivité des cessions d'actions nominatives à l'égard de la société émettrice », *RDB et de la bourse*, 1993, n° 36, P.64.

<sup>1305</sup> V. Desideri (- J.-P.), *La préférence dans les relations contractuelles*, PUAM, 1997, préface Mestre (J.), n° 625.

<sup>1306</sup> V. Massart (T.), « La problématique de l'opposabilité du pacte d'actionnaire à la société », *in la réforme du droit des contrats. Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats*, Etudes par Massart (T.), Caffin-Moi (M.), Schlumberger (E.) et *ali*, Actes pratiques et Ingénierie Sociétaire, n°147, mai 2016, dossier 3, p. 19, n°58.

l'insertion de la clause issue de la convention dans les statuts, soit par sa notification à la société, soit enfin par l'insertion dans la convention de certaines clauses qui obligent la société à certaines actions<sup>1307</sup>. Dans le dernier cas, les parties au contrat s'accordent à « *désigner de façon conjointe et irrévocable la société en qualité de gardien du pacte. La société agira en qualité de mandataire commun chargé de s'assurer du respect de l'exécution du pacte par les parties* »<sup>1308</sup>.

**462.** La société jouerait un rôle préventif considérable puisqu'elle pourrait empêcher le transfert des titres effectué en violation de certaines conventions. Elle pourrait dans certains cas, être autorisée « *à refuser de reporter toute cession effectuée en violation du pacte* »<sup>1309</sup>. En effet, le fait d'associer la société à la phase d'adoption de la convention « *sécurise l'opposabilité de la convention à la société s'agissant notamment des restrictions à la cessibilité des titres* »<sup>1310</sup>. Par le biais de cette procédure, la société s'engage, de façon implicite, à assurer l'exécution effective des obligations nées de la convention. Précisément, la société pourrait s'opposer à la réalisation de toute opération non conforme aux clauses contractuelles. Elle pourrait par exemple empêcher une cession dont la réalisation serait effectuée en violation d'un pacte de préférence<sup>1311</sup>.

**463. La limite de l'action de la société.** L'implication de la société dans la réalisation de la convention extrastatutaire n'est pas toujours une opération qui aboutit à la protection des intérêts sociaux. Elle peut à certains moments se présenter néfaste pour le bon fonctionnement de la société. En effet, par le contrôle de la conformité des opérations des associés à la convention extrastatutaire, la société va non seulement s'immiscer dans les relations privées de ces derniers, mais aussi limiter leur liberté. Outre la perte de leur caractère confidentiel, l'opposabilité de la convention à la société peut créer une réelle confrontation entre les intérêts des parties à la convention et ceux de la société<sup>1312</sup>. De même, « *les dirigeants de la société signataire du pacte seront quant à eux astreints à une tâche supplémentaire, puisqu'il leur incombera de veiller au respect du pacte auquel la société est partie, à moins que cette mission n'ait été confiée à une personne « dédiée », un « agent du pacte » qui pourra être*

<sup>1307</sup> *Ibidem*. L'auteur fait constater que dans certaines conventions extrastatutaires, les associés prévoient des « *clauses qui contiennent l'engagement de la société, en tant que personne morale, de prendre en compte dans le cadre de son activité différents critères environnementaux, sociaux, sociétaux, et de bonne gouvernance d'entreprise...* ».

<sup>1308</sup> Cf. Mignon-Colombet (A.), *L'exécution forcée en droit des sociétés*, op. cit., p.275, n°344 et s.

<sup>1309</sup> *Ibidem*.

<sup>1310</sup> V. Mousseron (P.), *Les conventions sociétaires*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., coll. Droit des affaires, 2014, p. 13, n° 19.

<sup>1311</sup> CA de Versailles, 28 mai 1998, *Bull. Joly*, 1998.1055, § 323, note Lucas (F. X.).

<sup>1312</sup> Nemoz-Rajot (Q.), *Les interventions judiciaires spécifiques aux sociétés in bonis*, op. cit., p. 594, n° 867.

*administrateur ou un cadre, particulièrement chargé de contrôler la bonne application du pacte d'actionnaires »<sup>1313</sup>.*

**464.** En plus, si la société a le droit d'empêcher la réalisation d'une cession d'actions irrégulière, a-t-elle la possibilité d'imposer l'exécution de l'obligation née d'une convention extrastatutaire ? Autrement dit, la société peut-elle, en cas de cession réalisée en violation d'une clause de préférence, demander la substitution du bénéficiaire au cessionnaire ? Cette opération nous semble difficilement réalisable par la société si elle n'a pas la qualité de bénéficiaire de la convention. En effet, cette restriction se justifie par le fait que la qualité du demandeur n'est reconnue qu'au bénéficiaire de la convention. Or la société, n'ayant en principe pas d'intérêt à agir, ne peut demander la substitution. L'implication de la société dans le processus de mise en œuvre de la convention ne garantit pas l'exécution forcée de l'obligation y découlant. Il en est de même de la publicité de la clause extrastatutaire qui a été proposée pour favoriser l'opposabilité de la convention aux tiers.

## ***2. La publicité de la convention extrastatutaire***

**465. Les aménagements possibles.** En droit des sociétés, de nombreux aménagements du principe d'inopposabilité des conventions extrastatutaires aux tiers ont été proposés. Celles-ci ont été faites dans le but de trouver des solutions aux différentes difficultés engendrées par sa mise en œuvre. Ainsi, des auteurs pensent que les publicités statutaires et légales des conventions extrastatutaires pourraient constituer des techniques efficaces d'opposabilité de ces conventions aux tiers. En effet, la publicité statutaire des conventions extrastatutaires prévue par le législateur de l'OHADA<sup>1314</sup> peut se faire par simple inscription dans les statuts, au moment de la formation de la société. Parce que les statuts ont l'obligation d'être déposés au registre de commerce et du crédit mobilier en vue de leur publicité, les conventions extrastatutaires contenues dans lesdits statuts sont par ricochet publiées. Cette publicité peut également se faire pendant le fonctionnement de la société. En réalité, l'accomplissement des formalités de publicité exigée lors de la modification des statuts entraîne automatiquement la publicité des conventions extrastatutaires contenues dans lesdits statuts.

---

<sup>1313</sup> Cf. Dondero (B.), « Pacte d'actionnaires signé par la société », *op. cit.*, n°10.

<sup>1314</sup> Cf. art. 765-2 al. 1 de l'AUDSCGIE concernant les la clause d'inaliénabilité ; art. 767 de l'AUDSCGIE s'agissant de la clause d'agrément et art. 771-3 de l'AUDSCGIE au sujet de la clause de préemption.

#### 466. La protection de la confidentialité inhérente aux conventions extrastatutaires.

Si la publicité statutaire des conventions extrastatutaires paraît évidente en droit des sociétés, leur publicité légale semble ne pas se justifier. En principe, les conventions extrastatutaires, contrairement aux statuts de la société, ne font pas l'objet d'une publicité légale obligatoire. En effet, les pactes d'associés sont caractérisés par la confidentialité qui elle-même représente le socle du secret qui gouverne le monde des affaires. Dès lors, leur publicité constituerait une atteinte à ce secret. Or, il est évident que le principe d'inopposabilité de ces pactes ne concourt pas à leur efficacité. C'est sans doute dans le but de pallier cette inefficacité qu'un Sénateur Français<sup>1315</sup> dans son rapport a proposé la publicité légale<sup>1316</sup> comme condition de validité des pactes d'associés. Pour cet auteur, les associés des sociétés non cotées au même titre que ceux des sociétés cotées, devraient publier dans un journal d'annonce légale, l'existence de leurs conventions extrastatutaires relatives aux titres sociaux. Ils devraient également permettre que leur contenu soit consultable au siège de la société ou au greffe du Tribunal. Cette proposition inspirée de la publicité légale en matière foncière<sup>1317</sup>, n'a pas retenu l'attention de nombreux auteurs<sup>1318</sup>. Ces derniers militent plutôt en faveur de la protection du caractère confidentiel des conventions extrastatutaires car « *la remise en cause systématique des cessions consenties en violation des droits personnels publiés constituerait une atteinte excessive au principe de la libre-négociabilité des actions* »<sup>1319</sup>.

467. En revanche, si la mise en œuvre de la publicité légale n'est pas acceptée dans les sociétés non cotées, elle est une formalité incontournable au sein des sociétés cotées<sup>1320</sup>. En effet, la publicité légale des contrats est l'un des sacro-saints principes applicables au sein des

<sup>1315</sup> Cf. Marini (P.), *La modernisation du droit des sociétés*, Rapp. A. N., La documentation française, 1996, p. 68.

<sup>1316</sup> Cf. Storck (M.), « La réglementation des conventions de vote », *RJ com*, 1991, p. 97.

<sup>1317</sup> Mignon-Colombet (A.), *L'exécution forcée en droit des sociétés*, *op. cit.*, p.270, n°s 334 et 335.

<sup>1318</sup> V. Bonnard (J.), « L'influence des principes généraux du droit des contrats en matière de pacte d'associés », *Prospectives du droit économique, Dialogues avec Michel Jeantin*, 1999, .139, p. 147 ; Goffaux-Callebaux (G.), *Du contrat en droit des sociétés*, l'Harmattan, 2008, p. 299, n° 424 ; Q. Nemoz-Rajot, *Les interventions judiciaires spécifiques aux sociétés in bonis*, thèse *op. cit.*, p. 602, n° 877, l'auteur souligne que « le secret qui règne dans le monde des affaires entre effectivement en opposition avec une publicité des pactes. Dès lors, une mesure si radicale risquerait de conduire à la fin d'une pratique contractuelle entrée dans les mœurs et très utile au bon fonctionnement des sociétés ».

<sup>1319</sup> Cf. Mignon-Colombet (A.), *L'exécution forcée en droit des sociétés*, *op. cit.*, p.270, n°s 334 et 335.

<sup>1320</sup> Cf. Ohl (D.), « Pactes et sociétés cotées : étude de certains effets perturbateurs du droit boursier sur le droit des contrats », *Dr. et patrimoine*, nov. 2009, n°186, p.90 ; Martin (D.) et Buge (G.), « Offres publiques et conflits d'intérêts », *Journ. Sociétés*, févr. 2009, n° 62, p. 20 ; Cafritz (E.), « Pactes d'actionnaires et offres publiques après la loi NRE », *Décideurs juridiques et financiers*, 2001, p. 28, n°40 ; Fénéon (A.), *Droit des sociétés en Afrique OHADA*, *op.cit.*, p.80 et s. n° 178 et s.



marchés financiers<sup>1321</sup>. Par ailleurs, la conclusion des conventions extrastatutaires doit respecter les formalités de transparence imposées par ce marché<sup>1322</sup>. Les associés doivent sous peine de sanction, communiquer leurs accords extrastatutaires au reste du marché. Cette mesure de publicité légale permet de mettre toutes les informations à la disposition des investisseurs afin de les éviter de prendre des décisions qui pourraient perturber le fonctionnement de la société et surtout de les rendre opposables aux tiers.

**468. Les effets limités de l'opposabilité des conventions aux tiers.** La publicité statutaire d'une part et la publicité légale d'autre part des conventions extrastatutaires permettent de les rendre opposables aux tiers. En effet, cette publicité permet non seulement à la société, mais aussi aux associés d'avoir connaissance des engagements contenus dans la convention et des parties contractantes. Si la publicité des conventions extrastatutaires brille par sa capacité à la rendre opposable aux tiers, celle-ci ne permet pas l'exécution forcée des obligations y découlant. Or, c'est ce à quoi devraient aspirer les mesures de protection<sup>1323</sup> des conventions extrastatutaires. L'opposabilité du pacte aux tiers a pour seul avantage de favoriser la paralysie de la cession et d'empêcher ainsi l'entrée du cessionnaire dans la société. En cas de cession des titres sociaux, la collusion frauduleuse serait aisément prouvée. Le juge pourrait ainsi prononcer la nullité de la cession sur le fondement de la mauvaise foi du tiers car « *en opportunité, cette sanction se présente du reste comme la plus efficace* »<sup>1324</sup>. En outre, en cas d'inexécution des obligations issues de la convention extrastatutaire, le bénéficiaire du pacte ne pourrait obtenir la substitution, parce que la publicité légale ou statutaire de ces conventions n'offre pas la possibilité au juge de contraindre le promettant. Il nous semble nécessaire d'encourager la valorisation des injonctions en matière de conventions extrastatutaires.

---

<sup>1321</sup> Cf. Martor (B.) et Thouvenot (S.), « Les acteurs des marchés financiers et l'appel public à l'épargne dans les zones OHADA », *RDAl*, n°7, 2002, p. 749 ; Ekome (E.), « Public issue of shares under the companies ordinance and the uniform act of the Ohada treaty », *Juridis périodique* n° 50, avril-mai-juin 2002, p. 95.

<sup>1322</sup>V. Moulin (J.-M.), *Le droit de l'ingénierie financière*, Gualino, 4<sup>e</sup> éd., coll. Master, 2013, p. 296, n° 563 et s ; Daigre (J.-J.), « Nouvelles régulations économiques. Aspects de droit des marchés financiers », *Rév. Sociétés*, 2001, p. 627.

<sup>1323</sup> Cf. Schiller (S.), « Les pactes d'actionnaires », *Rép. Sociétés*, Dalloz, n° 44 ;

<sup>1324</sup> Cf. Favario (T.), « La clause statutaire d'inaliénabilité », *Bull. Joly Sociétés*, 2010, p. 100, n°21.

## Section 2. La valorisation souhaitable des injonctions en matière de conventions extrastatutaires

**469. La confiance, un pis-aller en droit des sociétés.** Permettre l'exécution de la parole donnée par les mesures d'injonction nous paraît fondamental en droit des sociétés car dans ce milieu la confiance est le pis-aller. L'intervention du juge dans le domaine des conventions extrastatutaires nous semble donc nécessaire puisque c'est la mise en œuvre effective de ces contrats qui garantit leur efficacité. Le juge pourrait ainsi enjoindre à l'associé défaillant d'exécuter son obligation dès lors que cette obligation aurait été méconnue. Les nombreux efforts fournis par le législateur et le juge français favorisent l'émergence d'un principe d'exécution forcée des conventions extrastatutaires (§1). Au regard de son importance pour la sauvegarde la protection des intérêts sociaux, cette mesure de contrainte mériterait d'être admise au sein de l'AUDSCGIE (§2).

### §1. L'émergence d'un principe d'exécution forcée des conventions extrastatutaire

**470. La convergence d'action.** La tendance vers l'exécution forcée des pactes d'associés longtemps redouté en droit des sociétés voit désormais de nouveaux jours par sa cristallisation. Si cette exécution est désormais rendue possible dans certaines hypothèses, cela est dû non seulement aux évolutions jurisprudentielles (A), mais aussi et surtout à la nouvelle réforme du droit des contrats en France qui a contribué à la consolidation de ces avancées jurisprudentielles (B).

#### A. Les évolutions jurisprudentielles

**471. La prouesse judiciaire.** De plus en plus, les juges accueillent favorablement les demandes d'exécution forcée en nature des conventions extrastatutaires notamment lorsque leur exécution ne se « *heurte pas à l'impossibilité matérielle ou juridique* »<sup>1325</sup>. Or, cette belle

---

<sup>1325</sup> Cf. Gridel (J-P.) et Laithier (Y. -M.), « Les sanctions civiles de l'inexécution des contrats imputable au débiteur : état des lieux », *JCP G*, 2008, I, 143. « *L'accès à l'exécution forcée a progressivement été élargi par la jurisprudence, à tel point d'ailleurs qu'en droit comparé, le droit français est présenté comme l'un de ceux qui favorisent le plus cette sanction du monde* ».

prouesse judiciaire se heurte à de nombreuses controverses notamment dans les cas d'inexécution des conventions de vote (1) ou de non-respect des pactes de préférence (2).

### *1. L'inexécution des conventions de vote*

**472. Le respect de la parole donnée.** La consécration des conventions extrastatutaires dans l'AUDSCGIE est la preuve du libéralisme économique et juridique en droit des sociétés. Par le biais de ces conventions, les associés organisent leur relation et adaptent leur volonté aux réalités sociétales. Toutefois, leur efficacité pourrait être remise en cause. Outre les sanctions consistant à annuler tout contrat conclu en marge d'une convention et à établir la responsabilité des auteurs des contrats fautifs, les obligations extrastatutaires ne sont pas accompagnées des mesures garantissant leur exécution. Dominés par le principe de la liberté individuelle en droit des sociétés, les associés décident assez souvent de ne pas respecter l'engagement issu de ce contrat.

**473. La jurisprudence favorable à l'exécution forcée.** Face aux impératifs du droit des affaires, le juge s'est prononcé en faveur de l'exécution forcée de l'engagement de l'associé défaillant dans de nombreuses décisions. Tel a été le cas dans un arrêt rendu le 19 février 1970<sup>1326</sup>. En effet, un associé après avoir cédé une partie des actions qu'il détenait dans le capital social d'une société a, lors de la tenue de l'assemblée générale, voté contre l'agrément de son propre cessionnaire. Déçu par le comportement du cédant, le cessionnaire a saisi le juge. Les juges de la troisième chambre civile de la Cour de cassation ont approuvé la décision d'une Cour d'appel, qui après avoir nommé un administrateur provisoire chargé de convoquer une nouvelle assemblée, lui a demandé de « *tenir pour favorable le vote du cédant quel que soit son sens* »<sup>1327</sup>. L'attitude du juge témoigne d'une certaine audace. Non seulement, le juge a pris une décision valant vote<sup>1328</sup> mais aussi il a ordonné l'exécution forcée de la clause implicite qui existe entre le cédant et le cessionnaire. Cette clause contraignait le cédant à voter en faveur de l'agrément du cessionnaire. La position du juge dans cette affaire donne un nouveau visage à l'exécution forcée en droit des sociétés. Les parties peuvent désormais saisir le juge pour

<sup>1326</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup> chbre, 19 févr. 1970, *RTD civ.*, 1970, p. 785, n° 20, note Durry (G.).

<sup>1327</sup> Cf. Pietrancosta (A.), « Exécution forcée des pactes d'actionnaires extra-statutaires », compte-rendu de la Conférence « *campus 2013* », *op. cit.*

<sup>1328</sup> *Attitude qui lui est fortement reproché en droit des sociétés*, V. supra n° 78 et s.

obtenir l'exécution forcée de la promesse faite par leur co-contractant, au détriment de la volonté exprimée par la majorité lors de l'assemblée générale.

**474.** De même, l'exécution forcée d'une convention de vote a été admise par les juges dans un arrêt du 30 juin 1995<sup>1329</sup>. En l'espèce, une société s'était, par le biais d'un pacte extrastatutaire, engagée à souscrire à l'augmentation du capital d'une autre société à hauteur de 8 millions de francs. Lors de la tenue de l'assemblée générale, la société débitrice n'a pas exécuté son obligation. La Cour d'appel saisi de l'affaire a prononcé l'exécution forcée sous astreinte de la clause extrastatutaire à l'égard de la société débitrice. Elle a ainsi exigé la convocation d'une seconde assemblée pour que soit voté l'augmentation du capital et a enjoint la société débitrice de voter dans le sens prévu par le protocole. La Cour d'appel de Paris a justifié sa décision en déclarant que « *si aux termes de l'article 1142 du code civil (français), l'obligation de faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur, il résulte des dispositions suivantes que le créancier a néanmoins le droit de réclamer l'exécution en nature, chaque fois que cette exécution est possible, ce qui est le cas d'espèce* ». Il ressort de cette affaire que le créancier a la possibilité de saisir le juge afin d'obtenir l'exécution forcée sous astreinte d'une clause extrastatutaire dont l'exécution n'a pas été réalisée. Par ailleurs, lorsque l'intérêt de la société le justifie, le juge peut porter atteinte au principe d'intangibilité des décisions d'assemblée générale. Ces différentes décisions judiciaires ont ainsi posé les bases de l'exécution forcée dans les cas d'inexécutions des engagements extrastatutaires. Toutefois, la solution retenue par ces décisions n'a pas complètement fait l'unanimité au sein de la jurisprudence.

**475. La jurisprudence favorable à l'exécution forcée sous condition.** Par ordonnance de référé rendue le 3 août 2011<sup>1330</sup>, le tribunal de Paris, par le biais de l'article 873 al. 2 du code de procédure civile, a donné une nouvelle vision à l'exécution forcée des pactes extrastatutaires. En l'espèce, les associés avaient signé une convention de vote qui organisait la répartition des postes de direction. Or, au cours de la tenue de l'assemblée, les associés majoritaires n'ont pas exécuté leurs obligations extrastatutaires. Le président du tribunal de commerce de Paris saisi en référé a ordonné l'exécution forcée sous astreinte de ladite obligation, au motif que l'attitude des associés majoritaires était répréhensible parce qu'elle troublait le bon fonctionnement de la société. Sur le fondement de l'article 873 al. 2 cité plus

<sup>1329</sup> CA Paris, 5<sup>e</sup> chbre, 30 juin 1995, *JCP E*, 1996, II, n°795, note Daigre (J.-J.).

<sup>1330</sup> TC de Paris, 3 août 2011, ord. Réf., *RJDA*, 12/11, n° 1050; *JCP E*, 2011, 1826, chron. Deboissy (F.) et Wicker (G.).

haut, le tribunal a précisé qu'en effet, « *il ne s'agissait pas de mettre en cause la liberté individuelle du vote* », mais de sanctionner le comportement de l'associé défaillant qui constituait un trouble manifestement illicite. Evidemment, la liberté de l'associé a été manifestée dès l'instant où les associés ont signé le pacte extrastatutaire. Chaque fois qu'un associé décide de s'obliger par le biais d'un engagement extrastatutaire, ce dernier remplit son obligation. L'intervention du juge des référés permet simplement de faire respecter par les parties les engagements qu'elles ont pris au moment de l'exercice de leur liberté.

**476.** Toutefois, cette ordonnance a été rejetée par la Cour d'appel de Paris<sup>1331</sup> qui, à la suite dudit rejet, a nommé un mandataire *ad hoc* et lui a donné mission de siéger au sein du comité de direction de la société dans le but d'informer le minoritaire. Se fondant sur l'article 873 al. 1<sup>er</sup> du code de procédure civile, la Cour d'appel de Paris reprochait à l'ordonnance d'avoir porté atteinte à deux sacro-saints principes du droit des sociétés. L'un relatif à l'intangibilité des délibérations sociales, qui avait déjà été relevé par un auteur au sujet des affaires précédentes<sup>1332</sup>, et l'autre lié à l'excès de pouvoir judiciaire. Certes, la Cour a admis que le comportement des associés était répréhensible et que le juge pouvait d'ailleurs prononcer l'exécution forcée dès lors qu'elle était possible. Mais elle a rejeté l'outrecuidance du juge des référés. Selon elle, celui-ci n'avait pas le pouvoir de sanctionner l'associé récalcitrant par une mesure d'exécution forcée, encore moins par l'annulation de la délibération de l'assemblée et la révocation des membres du conseil de surveillance du fait de l'absence de « *fondement idoine* »<sup>1333</sup>. Ainsi, l'auteur de la demande pourrait par exemple démontrer, pour fonder sa demande, que la délibération avait été prise dans le seul intérêt de cet associé au détriment de l'intérêt social.

**477.** La position adoptée par la Cour d'appel de Paris dans cette affaire vient remettre en cause le pouvoir du juge des référés d'adjoindre sous astreinte les associés qui n'ont pas exécuté leurs obligations contenues dans les pactes extrastatutaires. Cette position nous semble regrettable, car elle favorise le non-respect du principe de la force obligatoire des contrats qui

---

<sup>1331</sup> CA de Paris, pôle 1, 3<sup>e</sup> chbre, 8 nov. 2011, *BRDA*, 2012, n°24, inf. 1 ; *Bull. Joly Sociétés*, 2012, p.209, note Couret (A.) et Dondero (B.).

<sup>1332</sup> En ce sens V. Schlumberger (E.), *Les contrats préparatoires à l'acquisition des droits sociaux*, thèse Paris I, 2011, Dalloz, 2013, p.415, n°474. L'auteur fait constater qu'en présence de l'exécution forcée des conventions de vote, « *l'intangibilité des délibérations sociales est mise en échec par la force obligatoire de l'engagement contractuel* ».

<sup>1333</sup> Cf. Massart (T.), « La problématique de l'exécution forcée des conventions de vote », in *réforme des droit des contrats – Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats*, Actes Pratiques et Ingénierie Sociétaire n°147, Mai 2016, dossier 3, LexisNexis, disponible sur <http://www.lexis360.fr>, consulté le 30/01/18, p.17 ; Adde, Couret (A.), *Sociétés commerciales*, Mémento pratique Fr. Lefevre, 2016, n°69312.

peut être source de conflits entre les organes sociaux. Or, il est sans ignorer que les conflits sociaux sont en majorité source de dysfonctionnement de la société. Toutefois, comme l'a souligné un auteur<sup>1334</sup>, l'arrêt de la Cour d'appel vient « *sonner le glas de certaines illusions quant à la possibilité d'une exécution forcée des pactes d'actionnaires, sans pour autant bloquer des perspectives que seule la Cour de cassation pourrait choisir d'anéantir véritablement* ». Au regard de l'article 873 al. 1<sup>er</sup> du code de procédure civile français, il nous semble donc justifié que le juge des référés puisse enjoindre un associé d'exécuter ses obligations issues du pacte extrastatutaire puisque cette sanction aboutit à une remise en état. Cette mission pourrait également lui être confiée en cas de non-respect des clauses de préemption.

## 2. Le non-respect des clauses de préemption

**478. La question de l'acquisition par le bénéficiaire du bien.** La clause de préemption<sup>1335</sup> généralement connue sous le vocable de pacte de préférence est définie par le vocabulaire juridique comme « *une convention par laquelle une personne s'engage, pour le cas où elle se déciderait à vendre un bien à offrir d'abord, aux conditions proposées par un tiers au bénéficiaire du pacte, lequel jouit ainsi, pour se porter acquéreur, d'un droit de préemption* »<sup>1336</sup>. Par le biais de la clause de préemption, l'actionnaire s'oblige en cas de vente, à permettre à son cocontractant d'agir en priorité sur la proposition de la vente. Prévue à l'article 771-2 de l'AUDSCGIE, cette clause donne un droit de priorité au bénéficiaire du pacte sur l'achat des actions mis en vente<sup>1337</sup>. Ainsi, les actionnaires peuvent prévoir dans un pacte

<sup>1334</sup> V. CA de Paris, 8 nov. 2011, *Bull Joly Sociétés*, 2012, p. 209, note Couret (A.) et Dondero (B.).

<sup>1335</sup> Dans la pratique certains auteurs ne font pas la distinction entre pacte de préférence et clause de préemption parce qu'ils estiment que ces deux notions renvoient à la même réalité. V. Nemoz-Rajot (Q.), *Les interventions judiciaires spécifiques au droit des sociétés commerciales en droit des sociétés in bonis*, op. cit., l'auteur rejoignant l'idée soutenue par de nombreux autres, relève que « *les deux termes sont employés l'un pour l'autre, comme désignant tous deux l'engagements pris par une personne, le promettant, envers une autre, le bénéficiaire, de lui offrir la conclusion d'un certain contrat avant de l'offrir au tiers* », Addé, Gaudemet (A.), « la portée des pactes de préférence ou de préemption sur les titres sociaux », *Rev. Sociétés*, 2011, p. 139 ; Cass. com., 7 jan. 2004, *Bull. Joly sociétés*, 2004, p. 544, note Le Cannu (P.) ; Sous Cass. com., 11 mars 2014, *Dr. sociétés*, 2014, comm. Gallois-Cochet (D.), comm. 82, n°2.

Pour d'autres, le pacte de préférence et le pacte de préemption sont deux mécanismes contractuelles différents au niveau de leurs sources et naturellement de leur sanction. V. Puig (P.), *Contrats spéciaux*, op. cit., p.156 et 157, n°137.

<sup>1336</sup> Cf. Cornu (G.), Vocabulaire juridique, op. cit., p. 723, V. *Pacte \*de préférence a/* (en matière de vente).

<sup>1337</sup> Cf. Fénéon (A.), *Droit des sociétés en Afrique*, op. cit., p. 651 et s. n°1675 et s ; Sakho (A.), « L'exécution forcée des obligations de faire résultant des pactes de préférence dans les cessions d'actions », *CRES*, 2014 ; Bénavent (A.), *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, 17<sup>e</sup> éd., coll. Domat droit privé, 2018, p. 68 et s., n°58 et s. ; Voir in (P.), « Le pacte de préférence », *JCP*, 1954, I, n°1192.

extrastatutaire que l'actionnaire qui voudrait céder ses actions est obligé de le notifier à l'actionnaire bénéficiaire de la clause. Celui-ci, à son tour, pourra faire savoir à l'actionnaire cédant qu'il exerce un droit de préemption aux prix et conditions qui lui ont été notifiés. Toutefois, le pacte d'actionnaire<sup>1338</sup> pose le problème de l'exécution forcée en nature de l'obligation du débiteur en cas de vente du bien objet du pacte et en l'absence de notification à l'actionnaire bénéficiaire de la clause. On pourrait se demander si dans ce cas l'exécution forcée en nature est possible vu que le bien appartient désormais au tiers ? En principe, lorsque le bénéficiaire a connaissance de l'intention du débiteur du pacte de céder le bien à un tiers, il peut obtenir du juge une mesure d'injonction qui obligera le débiteur à ne pas céder les titres. En revanche, si le bénéficiaire a saisi le juge à la suite de la réalisation de l'opération de cession en violation du pacte, le principe de l'effet relatif des conventions s'oppose au prononcé d'une mesure d'exécution forcée. Toutefois, l'évolution jurisprudentielle permet de noter un certain dynamisme judiciaire qui s'éloigne de cette logique.

**479. La substitution du bénéficiaire au tiers.** Dans son arrêt en date du 26 mai 2006<sup>1339</sup>, la chambre mixte de la Cour de cassation s'est inscrite en faux contre la décision de la Cour d'appel de Papeete. En effet, cette dernière avait exclu l'exécution forcée et s'était tenue à l'allocation des dommages et intérêts en guise de sanction du promettant qui avait manqué à son obligation. En l'espèce, le promettant, propriétaire d'un bien immobilier, avait cédé le bail à un tiers en méconnaissant la clause de préemption qu'il avait préalablement signée sur ledit bien. Le bénéficiaire, désapprouvant la décision de la Cour d'appel, s'était pourvu en cassation à fin d'obtenir l'exécution forcée en nature de la clause qui permettait que la vente lui soit adressée en priorité. La Cour de cassation réunie en chambre mixte a non seulement annulé la cession effectuée entre le promettant et le tiers, mais aussi autorisé la substitution forcée du bénéficiaire au promettant. La Haute juridiction a justifié sa décision par le fait qu'il existait une collusion frauduleuse entre le cédant et le cessionnaire. Elle a soutenu que dans ce cas, le juge a le pouvoir, d'une part, d'annuler la cession réalisée frauduleusement, et d'autre part d'exiger la substitution forcée du bénéficiaire au tiers. Dans cette affaire, la Haute juridiction a rompu avec la tradition<sup>1340</sup> en consacrant la mesure d'exécution forcée en

<sup>1338</sup> Cf. Bertel (J.-P.), *Liberté Contractuelle et droit des sociétés. Essai d'une théorie du juste milieu en droit des sociétés*, RTD com, 1996, p.595.

<sup>1339</sup> Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, RDC, 2006, p.1080, obs. Mazeaud (D.) ; JCP G., 2006, II, n°10 142, note Leveneur (L.) ; Bull. Joly sociétés, 2006, p. 1072, note Le Nabasque (H.) ; Rev. Sociétés, 2006, p. 808, note Barbière (J.-F.).

<sup>1340</sup> Traditionnellement, les juges s'opposaient à toute substitution du bénéficiaire du pacte au tiers. La sanction consistait simplement à l'annulation de la vente lorsque la loi le prévoyait et si le bénéficiaire avait apporté la preuve d'une collusion frauduleuse entre les parties et de son intention de s'en prévaloir. V. notamment Cass.

nature<sup>1341</sup> en cas d'inexécution d'une obligation issue d'une convention extrastatutaire. En outre, il appartient au bénéficiaire du pacte d'apporter la preuve de l'existence d'une collusion frauduleuse entre le cédant et le cessionnaire. Or, en pratique cette preuve s'assimile à la *probatio diabolica* car elle semble délicate à rapporter et donne les raisons au tiers de tirer les avantages de la faiblesse du bénéficiaire<sup>1342</sup>.

**480. L'article 1123 nouveau du code civil français.** Au-delà des débats doctrinaux qui sont nés à la suite de l'arrêt suscité, l'ordonnance du 10 février 2016 a entériné la position adoptée par les juges dans cette affaire. L'article 1123 nouveau du code civil français dispose que « *lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu* ». Ainsi, lorsque le promettant cède son bien à un tiers au mépris du contrat de réservation qu'il a signé avec le bénéficiaire de la clause de préemption, le bénéficiaire peut saisir le juge afin d'obtenir la sanction du promettant. Le code civil français lui permet alors de demander au juge, soit d'annuler le contrat de cession, soit de le substituer au tiers dans le contrat. Certes, cette solution est un expédient car il garantit l'efficacité de la clause. Toutefois, elle est difficile voire impossible à mettre en œuvre puisque le bénéficiaire ne peut exercer cette action que s'il prouve la mauvaise foi du tiers. Cela suppose qu'il doit prouver d'une part, qu'au moment de la cession, le tiers avait connaissance de l'existence du pacte et d'autre part, que ce dernier n'ignorait pas son intention de s'en prévaloir. En l'absence d'éléments de preuve<sup>1343</sup>, le juge ne pourra pas ordonner la substitution du bénéficiaire du pacte au tiers<sup>1344</sup> et comme nous l'avons déjà mentionné, ces éléments de preuve ne semblent pas toujours évidents à rapporter<sup>1345</sup>.

**481. L'article 771-3 de l'AUDSCGIE.** Contrairement au législateur français, le législateur de l'OHADA a fait preuve de plus de prudence. L'article 771-3 al. 1 de l'AUDSCGIE dispose que « *dans le cas où une clause de préemption est stipulée dans les*

---

com., 7 mars 1989, *JCP E*, 1989, II, n°15617, obs. Reinard (Y.) ; *Rev. Sociétés*, 1989, p. 478, note Faugérolas (M.-A.).

<sup>1341</sup> La position de la Chbre. Mixte a été suivie par d'autres juges. V. Cass. com., 13 févr. 2007, *Contrats, conc. Consom.* 2007, comm. 116, obs. Leveneur (L.) ; *Dalloz*, 2007, p. 2444, note Théron (J.).

<sup>1342</sup> Cass. civ., 3<sup>e</sup> chbre, 29 juin 2010, n°0968. 110, *RDC*, p. 30, obs. Savaux (E.).

<sup>1343</sup> Cf. Pietrancosta (A.), « L'exécution forcée des pactes d'actionnaires extrastatutaires », *op. cit.*, p.5.

<sup>1344</sup> Cass. civ., 3<sup>e</sup> chbre, 29 juin 2010, *RDC*, 2011, p. 30, obs., Savaux (E.).

<sup>1345</sup> Cf. Nemoz-Rajot (Q.), *Les interventions judiciaires spécifiques au droit des sociétés commerciales en droit des sociétés in bonis* », *op.cit.*, p. 574, n°839.



*statuts, toute cession d'actions réalisée en violation du droit de préemption est nulle* ». L'al. 2 du même article ajoute que « *dans le cas où la clause de préemption est stipulée dans les conventions de l'article 2-1 ci-dessus, toute cession d'actions réalisée en violation du droit de préemption est nulle dès lors qu'il est démontré que l'un des bénéficiaires en avait connaissance ou ne pouvait en ignorer l'existence* ». Certes, le législateur de l'OHADA limite l'intervention du juge à la nullité de la cession mais les conditions de la mise en œuvre de cette nullité paraissent plus appropriées car les éléments de preuve dans ce cas semblent moins difficiles à rapporter. Il suffit juste que le bénéficiaire prouve que le tiers ne pouvait ne pas avoir connaissance de l'existence d'un contrat entre le promettant et le bénéficiaire. Toutefois, malgré la prouesse législative, le juge ne peut intervenir dans l'optique de contraindre le promettant à exécuter son engagement. Or, l'intérêt de l'action du bénéficiaire réside dans l'efficacité de la clause. C'est sans doute cet objectif que vise à atteindre la dernière réforme du droit des contrats intervenue en France.

## **B. L'évolution apportée par la réforme du droit des contrats français**

**482. La pratique jurisprudentielle affirmée.** En prévoyant l'exécution forcée des pactes d'actionnaires, l'ordonnance de 2016 a cristallisé la pratique jurisprudentielle ayant cours depuis quelques années<sup>1346</sup>. En effet, en dehors des clauses contractuelles ou des dispositions légales expresses la prévoyant, le juge admettait l'exécution forcée en nature des pactes d'actionnaires lorsque cette exécution semblait manifeste. Allant dans le même sens, le nouvel article 1221 du code civil français dispose que « *le créancier d'une obligation peut, après mis en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier* ». Cette disposition est la manifestation d'un regain d'intérêt pour l'exécution forcée en nature<sup>1347</sup> des pactes d'actionnaires, car elle confirme le pouvoir de contrainte judiciaire<sup>1348</sup>. Par ailleurs, le texte pose la condition de l'existence de la mauvaise foi du tiers ou de la rétractation du promettant. En outre, si les éléments de preuve ne permettent pas au juge

<sup>1346</sup> L'exécution forcée a vu le jour grâce à de nombreuses décisions, certaines en matière de conventions de vote (Cass. civ. Chbre 3, 19 févr. 1970,) et d'autres en matière de pactes de préférence (Cass. Mixte, 26 mai 2006).

<sup>1347</sup> Cf. Gridel (J-P.) et Laithier (Y.-M.), « Les sanctions civiles de l'inexécution des contrats imputable au débiteur : état des lieux », *op. cit.*

<sup>1348</sup> Cf. Docq (S.), « Les pactes d'actionnaires », in *Réforme du droit des contrats. Le contrat des sociétés et la réforme du droit des contrats*. Etude par Massart (T.), Caffin-Moi (M.), Schlumberger (E.) et *ali*, Actes Pratiques et Ingénierie Sociétaire, n° 147, mai 2016, dossier 3, p.14.

d'établir la mauvaise foi du tiers, il ne peut remettre en cause le contrat conclu entre le promettant et le tiers<sup>1349</sup>. Ainsi, « *si le tiers ne connaissait pas l'existence de la promesse et que le promettant rétracte la promesse, on se retrouve dans une situation complexe : les conditions de la nullité ne sont pas rassemblées, la rétractation par le promettant n'empêche pas la formation du contrat promis, mais il l'a déjà été avec un tiers de bonne foi, lequel prime sur le second cocontractant, surtout s'il s'agit d'une vente. Là se trouvent sans doute les limites du raisonnement jurisprudentiel dont on peut considérer, malgré les critiques, qu'il n'est ni dogmatique ni irréflecti* »<sup>1350</sup>.

Cette condition existe également dans le cas spécifique des promesses unilatérales<sup>1351</sup>. En cette matière, le juge peut annuler toute cession réalisée en méconnaissance du pacte d'actionnaire, dès lors qu'il est prouvé l'existence d'une collusion frauduleuse entre le promettant et le tiers. Or, la collusion frauduleuse entre les contractants n'est pas toujours facile à rapporter puisque le législateur a cantonné son constat à la connaissance par le tiers de la promesse unilatérale<sup>1352</sup>. En dépit des avancées apportées en matière d'intervention judiciaire dans un milieu fortement influencé par la liberté des associés, la réforme du droit des contrats présente quelques lacunes.

**483. L'effet de la réforme du droit des contrats.** La réforme du droit des contrats en France a eu pour effet de permettre au juge d'intervenir dans les pactes d'actionnaires par le biais de la contrainte afin de garantir leur exécution<sup>1353</sup>. Comme le souligne un auteur, « *l'exécution forcée en nature est le point cardinal garantissant l'effectivité des pactes d'actionnaires* »<sup>1354</sup>. Le législateur a en effet consacré une pratique jurisprudentielle<sup>1355</sup> qui, sous l'impulsion de la doctrine, avait connu de nombreuses avancées. La cristallisation légale des avancées jurisprudentielles a permis de mettre fin à la frilosité de la doctrine en matière d'exécution forcée des conventions extrastatutaires. Elle a également contribué à « *clarifier,*

<sup>1349</sup> Cf. Mainguy (D.), « Promesse unilatérale et pacte de préférence : des définitions inopérantes », *Dr. et patrimoine*, 2014, 240.

<sup>1350</sup> *Ibidem*.

<sup>1351</sup> Cf. art. 1124 nouveau du c. civ. français.

<sup>1352</sup> Cf. Couret (A.) et Reygrobelle (A.), « Le projet de réforme du droit des obligations : incidences sur le régime des cessions des droits sociaux », *Bull. Joly Sociétés*, 2015, p. 247, n°12 ; Mainguy (D.), « Promesse unilatérale et pacte de préférence : des définitions inopérantes », *op. cit.*

<sup>1353</sup> Poitrinal (F.-D.), « L'exécution forcée en nature de la promesse de cession d'actions », *Bull. Joly Sociétés*, janv. 1995, p. 27 et s.

<sup>1354</sup> Cf. DOCQ (S.), « Les pactes d'actionnaires », in *Réforme du droit des contrats. Le contrat des sociétés et la réforme du droit des contrats*, Actes Pratiques et Ingénierie Sociétaire n° 147, Mai 2016, dossier 3, p. 21, n° 60.

<sup>1355</sup> Cass. ch. Mixte, 26 mai 2006, *RDC*, 2006, p. 1080, obs. Mazeaud (D.); *Bull. Joly sociétés*, 2006, p. 1072, note Le Nabasque (H.).

*sécuriser et consolider les solutions jusqu'alors acquises* »<sup>1356</sup> par la jurisprudence. Il nous semble donc nécessaire de consacrer l'exécution forcée en nature dans l'AUDSCGIE.

## §2. L'admission de l'exécution forcée en nature au sein de l'OHADA

**484. Une mesure incontournable.** Cela ne fait plus l'ombre d'aucun doute l'exécution forcée en nature est la mesure qui permet la réalisation effective et efficace des conventions extrastatutaires. Elle contribue également à mettre fin aux graves conséquences que peut entraîner l'inexécution de ces conventions sur le fonctionnement régulier de la société commerciale. Nous pensons que donner la possibilité au juge de contraindre l'associé d'exécuter son obligation (A) est une nécessité en droit des sociétés car elle permet de rechercher l'efficacité des conventions extrastatutaires (B).

### A. La possibilité pour le juge de contraindre l'associé

**485. Le cas général des clauses extrastatutaires.** Les conventions extrastatutaires occupent désormais une place de choix dans le contexte de l'OHADA. Les praticiens y font régulièrement recours car c'est le moyen pour eux de contourner la rigidité du droit des sociétés. Or, il existe un vide législatif et réglementaire sur la question du rôle du juge quant à l'effectivité de leur exécution. Afin de redynamiser l'office du juge dans ce domaine très fermé, il nous semble opportun de lui permettre d'avoir des moyens de contraintes sur les associés<sup>1357</sup>. Ainsi, nous proposons qu'à l'article 2-1 de l'AUDSCGIE soit prévu un nouvel alinéa dont les dispositions seraient les suivantes :

Article 2-1 alinéa 2 de l'AUDSCGIE, « *En cas de défaut du débiteur d'exécuter son obligation contenue dans la clause extrastatutaire, le bénéficiaire peut demander au juge statuant à bref délai de l'y contraindre sauf si cette exécution est impossible* »

---

<sup>1356</sup> En ce sens Cf. DOCQ (S.), « Les pactes d'actionnaires », in *Réforme du droit des contrats. Le contrat des sociétés et la réforme du droit des contrats*, op. cit.

<sup>1357</sup> Cf. Sakho (A.), *Les groupes de sociétés en Afrique. Droit, pouvoir et dépendance économique*, éd. Karthala-Cres, 2010, p. 131 et s., n°261 et s.

Le nouvel article permettrait l'uniformisation des sanctions dans les Etats membres de l'OHADA et empêcherait les juges de faire des appréciations divergentes et contradictoires. Sa mission consisterait à apprécier l'opportunité de l'exécution forcée de la convention.

**486. Le cas spécifique des clauses de préemption.** Toujours dans le but de renforcer l'efficacité de l'intervention régulatrice du juge au sein des sociétés, nous proposons, dans le cadre spécifique des clauses de préemption, un nouvel alinéa à l'article 771-3 de l'AUDSCGIE, qui pourrait être formulé de la manière suivante :

Article 771-3 al.3 de l'AUDSCGIE, « *La juridiction compétente peut ordonner, sous astreinte, la substitution du bénéficiaire de la clause de préemption au tiers, dès lors qu'il est démontré que celui-ci avait connaissance ou ne pouvait ignorer l'existence de la clause* ».

**487.** Ainsi, conformément au nouvel alinéa de l'article 771-3 de l'AUDSCGIE, le juge pourrait en cas de mauvaise foi du tiers, ordonner la substitution du bénéficiaire de la clause de préemption à ce dernier. L'office du juge consisterait à apprécier les éléments de preuve de l'existence d'une collusion frauduleuse entre le promettant et le tiers. Contrairement aux éléments de preuve exigés par le code civil français, cet alinéa rendrait plus souple l'obligation du bénéficiaire de la clause. Alors, pour obtenir l'annulation de la cession ou pour être substitué au tiers acquéreur, le bénéficiaire pourrait simplement prouver que celui-ci ne pouvait ignorer l'existence de la clause. Et comme le rappelait un auteur, « *il suffirait donc au bénéficiaire de démontrer que le tiers a eu connaissance du pacte, ce qui allégerait la charge de la preuve qui pèse actuellement sur les titulaires de droits de préférence* »<sup>1358</sup>. Cette nouvelle formulation de l'article 771-3 de l'AUDSCGIE protégerait non seulement le bénéficiaire mais aussi le tiers acquéreur. Toujours dans l'optique d'une meilleure régulation, le juge devrait vérifier que l'esprit<sup>1359</sup> et la lettre<sup>1360</sup> de la clause de préemption ont été respectés par les parties. Cette intervention judiciaire contribue à la recherche de l'efficacité des conventions extrastatutaires.

---

<sup>1358</sup> Cf. Couret (A.) et Reygrobellet (A.), « Le projet de réforme du droit des obligations : incidences sur le régime des cessions de droits sociaux », *Bull. Joly Sociétés*, 2015, p. 247, n°12.

<sup>1359</sup> V. Cass. com., 26 févr. 2013, *JCP E*, n°23, 2016, 1327, note Schiller (S.).

<sup>1360</sup> CA Paris, Pôle 1, 3<sup>e</sup> chbre, 14 févr. 2012, *Bull. Joly sociétés*, 2012, p. 553, note Kessler (G.) et Tazi (M.).

## B. La recherche de l'efficacité des conventions extrastatutaires

**488. Pour un souci de célérité.** Les nouvelles exigences du contexte sociétal, notamment la célérité dans la résolution des litiges, semble justifier la nécessité de recourir à l'exécution forcée des clauses extrastatutaires<sup>1361</sup>. Cela n'est pas un secret, « *le monde des affaires lui-même fonctionne selon le principe de célérité et le référé s'inscrit parfaitement dans son environnement* »<sup>1362</sup>. L'exécution forcée paraît donc être le moyen efficace pouvant permettre aux parties liées par ces aménagements contractuels de voir remplir leurs obligations. Cette mesure est la garantie effective de la réalisation du principe de la force obligatoire des contrats. De même, les parties dont les droits n'ont pas été respectés par l'inobservation des clauses extrastatutaires pourraient désormais saisir le juge des référés, sans toutefois craindre de subir les conséquences engendrées par les lenteurs judiciaires<sup>1363</sup>.

**489.** D'ailleurs, il a été relevé par un auteur<sup>1364</sup> qu'en droit des sociétés, les parties font moins souvent recours aux juridictions de fond pour le règlement de leurs conflits. Régulièrement soumis aux contraintes temporelles, les acteurs sociaux ont un besoin constant, celui d'obtenir « *des décisions grosses de conséquences qui sont de nature à donner un avantage déterminant à celui qui les obtient* »<sup>1365</sup>. Le juge des référés est celui qui détient le pouvoir de prendre des décisions rapides et définitives<sup>1366</sup>, mieux adaptées à ces contraintes temporelles. La grande liberté qui lui est offerte constitue un moyen suffisant lui permettant de donner des réponses conséquentes aux litiges qui lui sont soumis. Par ailleurs, ces réponses judiciaires participent à la stabilité de la société, dans la mesure où elles empêchent le litige né de l'inexécution des clauses statutaires d'avoir des répercussions sur le fonctionnement de celle-ci.

**490. Une garantie pour l'exécution des obligations extracontractuelles.** Par le biais de l'intervention judiciaire qu'un auteur qualifie d'« *intervention salvatrice* »<sup>1367</sup>, autant

<sup>1361</sup> Cf. Martin (D et Buge (G.)), « L'intérêt social dans le contentieux des ordonnances sur requête, en référé et en la forme des référés », *RTD com.*, 2010, p. 481, n°1.

<sup>1362</sup> Cf. Amrani-Mekki (S.), *Le temps et le procès civil*, thèse Paris I, 2000, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Vol. 11, 2002, p. 488, n° 502.

<sup>1363</sup> Cf. Nemoz-Rajot (Q.), *les interventions judiciaires spécifiques au droit des sociétés in bonis*, op. cit., p. 651, n°962.

<sup>1364</sup> En réalité, « *les litiges touchant au droit des sociétés, tant commerciales que civiles, ne sont pas ceux qui encombrant le rôle des tribunaux de premier degré et pas d'avantage ceux des cours d'appel* ». Cf. Jeantin (M.), « Le rôle du juge en droit des sociétés », in *Mélanges Perrot (R.)*, Dalloz, 1996, p.151.

<sup>1365</sup> Cf. Viandier (A.) et Causin (J.-J.), « Chronique de droit des sociétés », *JCP*, 1992, n°8, 3561.

<sup>1366</sup> Cf. Amrani-Mekki (S.) et Stricker (Y.), *Procédure civile*, PUF, Coll. Thémis droit, 2014, p. 603, n°362.

<sup>1367</sup> Cf. Nemoz-Rajot (Q.), « *les interventions judiciaires spécifiques au droit des sociétés in bonis* », p. 651 et s., n°962

l'intérêt des parties à la clause que l'intérêt de la société seront préservés. En effet, c'est dans le souci de préserver l'investissement fait par la société que le juge de référé a rendu l'ordonnance du 17 octobre 2014<sup>1368</sup>. Dans cette affaire le juge des référés a donné mandat à un tiers de vendre la totalité des titres sociaux afin d'assurer la liquidité de l'investissement dont avaient fait mention les associés dans le pacte extrastatutaire. Il s'agissait de l'exécution forcée d'une clause contenu dans un pacte extrastatutaire. Comme l'a relevé un auteur<sup>1369</sup>, « avec l'exécution d'une obligation en nature, c'est un système de « tout ou rien » qui est instauré ; il n'y a pas de place pour une demi-mesure ».

**491.** L'exécution forcée des clauses extrastatutaires, fortement encouragée par des auteurs<sup>1370</sup>, est une mesure favorable à la protection de l'intérêt social. De façon expresse, l'AUDSCGIE n'exige pas, pour la validité des clauses extrastatutaires, que celles-ci soient conformes à l'intérêt social<sup>1371</sup>. Toutefois, en référence à la jurisprudence française, on pourrait penser que le respect de l'intérêt social serait la condition d'existence de ces clauses<sup>1372</sup>. De même, il est admis par l'article 2-1 de l'AUDSCGIE que les clauses extrastatutaires organisent les aspects principaux du fonctionnement de la société. Pour autant, ces clauses ne pourraient être adoptées qu'en conformité avec l'intérêt social. Il paraît donc compréhensible que le juge intervienne urgemment pour contraindre les parties à respecter leurs engagements. Par ailleurs, l'exécution forcée pourrait être accompagnée d'une mesure supplémentaire, l'astreinte. C'est une mesure de contrainte<sup>1373</sup> qui aurait pour effet de garantir l'exécution de l'obligation contractuelle.

<sup>1368</sup> TC de Paris, 17 oct. 2014, ord. réf., *Bull. Joly Sociétés*, 2015, p. 131, note Messai-Bahri (S.).

<sup>1369</sup> Cf. Strickler (Y.), *Procédure civile*, Lacier, 6<sup>e</sup> éd., coll. Paradigme, p. 268, n°432.

<sup>1370</sup> Cf. Lucas (F.- X.), « L'exécution forcée des conventions de vote », *op. cit.* Cet auteur précise que, « loin d'inviter à la retenue, c'est peu dire que l'article 873 du Code de procédure civile invite le juge des référés à prendre les initiatives les plus variées que commande l'intérêt social. Si ce texte permet les interventions dans la vie sociale aussi spectaculaires, que celles consistant à neutraliser les dirigeants, à frapper des titres d'inaliénabilité ou à interdire à des associés de voter, on ne voit pourquoi il y aurait à s'émouvoir que le même juge des référés, sur le fondement de ce texte, ordonne l'exécution de l'obligation de faire » ; Addé, Sakho (A.), *Les groupes de sociétés en Afrique. Droit, pouvoir et dépendance économique*, *op. cit.*, p. 131 et s., n°261 et s.

<sup>1371</sup> Le législateur exige simplement que ces clauses respectent les dispositions de l'AUDSCGIE et les clauses statutaires.

<sup>1372</sup> Cf. Guyon (Y.), *Traité des contrats*, Les sociétés, *op. cit.*, n°201.

<sup>1373</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup> chbre, 4 janv. 2012, n°11-40.081. « L'astreinte a pour finalité de contraindre la personne qui s'y refuse à exécuter les obligations qu'une décision juridictionnelle lui a imposées et d'assurer le respect du droit à cette exécution ».

## Conclusion du chapitre 2.

**492.** En droit des sociétés de l'OHADA, il existe un vide législatif et réglementaire au sujet de l'exécution forcée des conventions extrastatutaires. Assurément, le caractère contractuel de la société concourt à ce que les associés exercent leurs droits en toute liberté. Toutefois, ce caractère contractuel fait naître à l'égard de ces mêmes associés, des obligations qu'ils se doivent de respecter. Le respect de la parole donnée est un principe consubstantiel au droit des affaires. Tout manquement à cette parole pourrait avoir des conséquences très graves sur le bon fonctionnement de la société. Il nous semble donc nécessaire de consacrer des mesures d'injonction spécifiques au droit des sociétés, d'encourager le recours au juge en matière d'exécution forcée en nature des conventions extrastatutaires. Ainsi, il conviendrait alors de reformuler les dispositions de l'AUDSCGIE qui traitent du régime des conventions extrastatutaires en y insérant des techniques judiciaires d'intervention propices à l'exécution effective de ces conventions. Cette mesure pourrait permettre de protéger efficacement les intérêts de la société tout en préservant ceux des organes sociaux puisque le juge interviendrait en amont pour mettre fin au litige. L'implication du juge<sup>1374</sup> devrait donc faciliter et permettre la réalisation des obligations légales ou conventionnelles. Il inciterait les parties contractantes à respecter leurs engagements du fait de la réelle menace qui pèserait sur elles en cas d'inexécution. Ce n'est qu'à la suite d'une intervention contraignante du juge que les obligations d'origines légales ou contractuelles trouveront leur efficacité. Ainsi comme le rappelle un auteur, « *en ces périodes de réaffirmation des valeurs pour une vie en société plus harmonieuse et plus juste, il serait dommage d'oublier ce qui fait le socle de la confiance en l'homme : le respect de la parole donnée* »<sup>1375</sup>.

---

<sup>1374</sup> Nemoz-Rajot (Q.), *Les interventions judiciaires spécifiques au droit des sociétés commerciales in bonis*, op. cit., p. 571, n° 836.

<sup>1375</sup> Sakho (A.), « L'exécution forcée des obligations de faire résultant des pactes de préférence dans les cessions d'actions », *CRES*, 2014, disponible sur [www. http://www.cres-sn.org/](http://www.cres-sn.org/), consulté le 11/08/19, p. 20.

## Conclusion du titre 1

**493.** L'importance de la contrainte judiciaire en droit des sociétés n'est plus à présenter. C'est un moyen qui permet au juge, dans un objectif de sécurité et de fonctionnement régulier de la société, d'assurer le respect des obligations des acteurs sociaux. Dès lors, elle permet d'éviter les conséquences que peut entraîner l'inexécution d'obligations tant sur le destinataire du droit que sur la personne morale. Pour cela, les injonctions devraient être renforcées au sein de l'OHADA, afin que le respect des obligations légales et statutaires soit assuré, et par ricochet, que les crises sociales bénéficient d'une meilleure prévention. La généralisation de l'information judiciaire serait un moyen d'assurer l'information effective et complète de l'environnement sociétal.

**494.** Concernant la sanction de l'inexécution des conventions extrastatutaires, la réparation par équivalent prévu dans le contexte de l'OHADA ne permet pas au juge de garantir l'efficacité du principe de la force obligatoire des contrats. Cela ne peut contenter les acteurs sociaux qui veulent, à travers ces conventions, organiser leur relation au sein de la société. Pour assurer la fonction et surtout la réelle efficacité des conventions extrastatutaires, il paraît nécessaire d'assortir ces promesses de mesures d'injonction. Ainsi, le juge pourrait, au-delà de l'établissement d'une éventuelle responsabilité civile, ordonner au contractant défaillant d'exécuter son obligation. Ce n'est qu'ainsi que les conventions extrastatutaires pourront garantir la stabilité sociale et le bon fonctionnement de la société. Les juges français et de plus en plus ceux des pays membres de l'OHADA se servent parfois des contradictions<sup>1376</sup> des textes pour accorder l'exécution forcée. En effet, celui qui demande une mesure d'injonction souhaite obtenir de son débiteur l'exécution de son obligation, son intention n'est certainement pas de se contenter d'une simple responsabilité civile de son débiteur.

---

<sup>1376</sup> Il existe une contradiction entre l'art. 1134, 1142 et 1184 du C. civ. français.



## **Titre 2.**

### **Une sanction civile peu efficace**

**495. La rareté de la sanction.** L'un des objectifs majeurs de la sanction civile est la réparation des conséquences de l'inobservation de la règle de droit ou de l'atteinte aux droits d'une personne. C'est dans cette logique que le droit civil prévoit de nombreuses sanctions réparatrices telles que la résolution, la résiliation, la nullité et la responsabilité. Nous axerons notre travail sur la nullité et la responsabilité parce qu'elles paraissent être des sanctions traditionnelles dont la mise en œuvre requiert l'intervention du juge. En matière de nullité, du fait de la tendance vers la rareté de son application en droit des sociétés, le juge intervient à un double degré. D'un côté, ses pouvoirs sont excessivement encadrés et ses interventions sont cantonnées aux cas de nullités expressément prévus par la loi. De l'autre côté, ses pouvoirs sont moins encadrés ce qui lui permet d'apprécier le cas de nullité de l'acte irrégulier qui lui est soumis. Or entre ces deux extrêmes, les imprécisions des textes ont permis au juge, à tort ou à raison, d'élargir ses missions. Cela pose la question de l'étendue de ses pouvoirs face au régime spécifique de cette sanction au sein des sociétés commerciales.

**496.** Par ailleurs, en dehors du cas de responsabilité civile du dirigeant social qui a été consacrée au sein de l'AUDSCGIE, les autres cas de responsabilité civile n'ont véritablement pas fait l'objet d'un traitement particulier. Il paraît donc très difficile, voire impossible au juge d'imposer un comportement à un organe social, en particulier à un associé. Face à cette situation, le juge s'est progressivement vu prendre quelques libertés, certaines en marge des textes et d'autres en référence au droit commun. Cependant, celles-ci ne sont pas adaptées au contexte sociétaire et contribuent davantage à rendre incertaine la nullité des actes irréguliers ou abusifs et à une mise en jeu contestée de la responsabilité. Les limites des effets de la sanction en droit des sociétés sont dues aux imperfections du régime des nullités (Chapitre 1) et aux lacunes du régime de la responsabilité civile (Chapitre 2).

## Chapitre 1. Les imperfections du régime des nullités

**497. Le régime des nullités en droit des sociétés.** La nullité est généralement définie comme « *la sanction encourue par un acte juridique entaché d'un vice de forme ou d'une irrégularité de fond qui consiste dans l'anéantissement de l'acte* »<sup>1377</sup>. En effet, la nullité peut être décrite comme une sanction civile prioritaire, ayant pour but la destruction d'un contrat irrégulier permettant la remise des choses en leur état antérieur<sup>1378</sup>. Ainsi Considérée, tout acte juridique mal formé devrait naturellement être annulé par le juge. Cependant, par un conformisme judiciaire à la volonté législative<sup>1379</sup> clairement exprimée, cette sanction a des effets spécifiques<sup>1380</sup> et est très rare en droit des sociétés puisqu'elle est prévue dans des cas très limités<sup>1381</sup>. L'adage « *pas de nullité sans texte* »<sup>1382</sup> y trouve en effet une belle place. D'un côté, les cas de nullités prévus par le législateur sont, pour certains, fondés sur la violation d'une disposition expresse, pour d'autres, sur les dispositions impératives, et pour d'autres enfin, sur une clause des statuts jugée essentielle. Si dans le premier cas, la mise en œuvre de cette sanction ne pose pas de difficulté particulière pour le juge, il n'en est pas de même dans les deux derniers cas. Les notions de « *disposition impérative* » et « *clause des statuts jugée essentielle* » n'ont pas été définies par le législateur. Il revient donc au juge de rechercher les éléments de leur définition, or cela ne va pas sans poser de difficultés.

**498.** De l'autre côté, le législateur a laissé la faculté au juge, dans des rares cas, de prononcer la nullité lorsque certaines conditions sont respectées. Ces cas de nullité font appel au pouvoir d'appréciation du juge qui cependant n'a fait l'objet d'aucun encadrement. En plus, les critères d'appréciation des fondements de la nullité n'ont pas été clairement posés par l'Acte uniforme. Par ailleurs, le législateur ne s'est pas prononcé sur tous les cas de nullités, il est resté muet sur le sort réservé à certains actes sociaux irréguliers. Ce mutisme pose la question

<sup>1377</sup> Cf. Cornu (G.), dir., *Vocabulaire juridique*, Ass. Henri Capitant, PUF, 13<sup>e</sup> 2020, p. 691, V° *Nullité*, sens n°1.

<sup>1378</sup> V. Bénabent (A.), *Droit des obligations*, Montchrestien, Domat droit privé, 17<sup>e</sup> éd., 2018, p. 181, n°201.

<sup>1379</sup> Certains auteurs relèvent le dynamisme du législateur de l'OHADA en matière de nullité. Cf. Massamba (R.), « Le régime des nullités issu de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE », disponible en ligne sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté le 15/05/2016, p.3. La position du législateur de l'OHADA en matière de nullité ne s'éloigne pas de celle adoptée par son homologue français. V. Cozian (M.), Viandier (A.), Deboissy (F.), *Droit des sociétés*, LexisNexis, coll. Manuel, 31<sup>e</sup> éd., 2018, p.276, n° 623 et s.

<sup>1380</sup> Sur la question des effets de la nullité en droit des sociétés, V.Parachkévova (I), « La rétroactivité des sanctions en droit des sociétés », *JCP E*, n°38, 2013, p. 1511.

<sup>1381</sup> Kassia (B.), « Le recul de la nullité dans l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et le GIE », *Penant* n° 848, 2004, p. 352.

<sup>1382</sup> L'auteur rappelle que cet adage s'applique en principe aux actes de procédure et que les contrats ne peuvent en tirer profit que de façon exceptionnelle. Bénabent (A.), *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 183, n°204.

de l'attitude du juge saisi d'un contentieux relatif à la nullité. Il s'agit là en effet de nombreuses problématiques liées au pouvoir judiciaire face au régime particulier des nullités en droit des sociétés. Elles tiennent d'une part, aux limites de l'annulation de plein droit des actes sociaux irréguliers ou abusifs (Section 1) et d'autre part, aux lacunes de l'annulation facultative des actes sociaux (Section 2).

## **Section 1. Les limites de l'annulation de plein droit des actes sociaux irréguliers ou abusifs**

**499. La restriction de la liberté du juge.** En référence à de nombreuses dispositions de l'AUDSCGIE en matière de nullité, dès lors que la nullité d'un acte, d'une décision ou d'une délibération, modifiant ou non les statuts est expressément ou implicitement prévue par une disposition de l'Acte uniforme, le juge a l'obligation de prononcer la nullité de l'acte irrégulier. Il s'agit de l'annulation de plein droit issue du principe classique « *pas de nullité sans texte* ». Elle a pour objectif de restreindre la liberté du juge en matière de nullité. Cependant cette restriction n'est que partielle puisque dans certains cas, le juge doit déterminer la cause de la nullité. En réalité, le législateur s'est contenté d'émettre des hypothèses de causes de nullité. Il revient donc au juge de déterminer si l'acte irrégulier appartient à l'une des hypothèses prévues par la loi. Or pratiquement, il n'est pas évident qu'un accord soit trouvé quant à la définition de la cause sur laquelle repose la nullité. Cela fait naître une incertitude au sujet de l'annulation de plein droit des actes irréguliers ou abusifs (§1) et est source de difficultés liées à la détermination de la cause de la nullité (§2).

### **§1. L'incertitude quant à l'annulation de plein droit des actes irréguliers ou abusifs**

**500. Le régime particulier des nullités en droit des sociétés.** La société commerciale est un contrat mais un contrat pas identique aux autres<sup>1383</sup>. C'est sans doute pour cette raison que le législateur de l'OHADA et son homologue français ont fait de la nullité en droit des

---

<sup>1383</sup> Massamba (R.), « Le régime des nullités issu de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE », *Op. cit.*, p.1

sociétés, une particularité<sup>1384</sup>. Conscient de cela, le juge annule un acte ou la société<sup>1385</sup> dès lors que la loi le prévoit et couvre la nullité si les textes l'exigent. Si ces obligations permettent d'encadrer les pouvoirs du juge en cette matière, elles ne lui donnent pas la possibilité de remédier aux insuffisances nées du régime particulier des nullités en droit des sociétés. Cela peut se vérifier lorsque l'annulation est fondée sur une disposition expresse (A) ou lorsque le juge est invité à couvrir la nullité puisque dans ce cas particulier il rencontre de nombreuses difficultés (B).

### A. Le principe de l'annulation de plein droit des actes sociaux

**501. La limite des textes.** Le législateur de l'OHADA a expressément prévu des cas dans lesquels le juge a l'obligation de prononcer la nullité de l'acte irrégulier. Toutefois, il existe un nombre important d'actes irréguliers dont le sort ou le régime n'a pas été défini par les textes. Les imprécisions du législateur face à l'annulation ou non de ces actes sociaux suscite des interrogations relativement au pouvoir du juge. Il est important de présenter le contenu du principe (1) avant de montrer l'inefficacité de ce principe (2).

#### 1. Le contenu du principe de l'annulation de plein droit des actes sociaux

**502. Une exigence légale.** Les irrégularités qui naissent au sein des sociétés sont, dans de nombreux cas, sources de contestations. Conscient de l'impact sur le cours normal de la société, le législateur essaie de cantonner les effets du contentieux en restreignant les cas de nullité. L'AUDSCGIE est le texte de base qui régit la création, l'organisation, le fonctionnement et la dissolution des sociétés commerciales dans le cadre de l'OHADA. A raison du caractère public de ses dispositions, il s'impose tant aux acteurs sociaux qu'au juge. Les articles 243-1 et 244-1 de l'AUDSCGIE prévoient que la nullité d'un acte, d'une décision ou d'une délibération, modifiant les statuts ou non, ne peut résulter que d'une disposition de

<sup>1384</sup> Dièye (A), *Régime juridique des sociétés commerciales dans l'espace Ohada. Acte uniforme sur le droit des sociétés commerciales et du GIE (AUSGIE)*, Cabinet AZIZ Dièye, 4<sup>e</sup> éd., 2014, n°62 à 75, préface de Diouf (A.).

<sup>1385</sup> Masamba (R.), « Le régime des nullités issu de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE », *Op. cit.*, p.3. L'auteur parlant de la nullité des sociétés pense que « ouvrir la porte largement à l'anéantissement d'une société à la moindre irrégularité reviendrait à méconnaître la réalité spécifique qu'engendre le contrat de société par la création d'un être moral dont l'existence et le développement ou la chute impactent la vie de la collectivité autant qu'ils se répercutent sur le patrimoine des apporteurs de capitaux, le sort du monde du travail et les intérêts des consommateurs ».

cet Acte uniforme la prévoyant expressément. Conformément à ces articles, le juge a l'obligation<sup>1386</sup> de respecter les dispositions légales en prononçant l'annulation de l'acte irrégulier dès lors que le cas est expressément prévu par la loi. Cette obligation traduit l'idée d'une absence d'appréciation judiciaire du cas de nullité<sup>1387</sup>. Elle impose une application, un respect strict de la volonté du législateur et ne laisse aucune marge de manœuvre à cet organe. C'est ainsi que dans l'arrêt du 29 mars 2018<sup>1388</sup>, la CCJA a donné raison à la Cour d'appel en précisant que la violation d'une disposition impérative de l'Acte uniforme par une décision du conseil d'administration constitue un motif légal de nullité de cette décision. L'automatisme de la sanction peut vouloir dire que le rapport entre l'irrégularité ou l'illicéité de l'acte et les dispositions du texte est si évident et direct qu'il ne nécessite aucune interprétation. Le juge prononce immédiatement la sanction dès lors que la règle est violée. Ses pouvoirs sont ainsi restreints et sont réduits à la volonté législative.

**503. La restriction du pouvoir judiciaire.** La restriction des pouvoirs du juge en matière de nullité est la conséquence de la volonté du législateur OHADA de vouloir limiter les cas de nullité et, par ricochet, d'éviter les tensions au sein de la société. En effet, cette restriction peut trouver une explication au niveau des effets que la décision d'annulation peut avoir sur le cours normal de la société. C'est notamment le cas lorsque le bon fonctionnement de la société est perturbé à la suite de l'annulation d'une décision de gestion ou de celle d'une assemblée. S'il est vrai que les associés ont droit à des décisions régulières, il est encore plus vrai que la moindre irrégularité juridique ne doit pas entraîner la nullité. Les articles 243-1 et 244-1 de l'AUDSCGIE circonscrivent de façon étroite les cas de nullité. Quelques cas ont donc été expressément énumérés par le législateur. Il s'agit du principe de l'unanimité pour les décisions de la société en nom collectif<sup>1389</sup> ; des modalités de cession des parts sociales dans les sociétés à responsabilité limitée<sup>1390</sup> ; des délibérations du conseil lorsque tous les membres

---

<sup>1386</sup> V. KALIEU ELONGO (Y. R.), « Les modifications apportées au régime des autres sociétés commerciales », Actes des Journées Annuelles de l'OHADA, co-organisées par le GERDIIC, la Fédération des clubs OHADA du Cameroun et l'AEDJ, Université de Dschang, Séminaire du 30 octobre 2014.

<sup>1387</sup> V. Bénabent (A.), *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 197, n° 223.

<sup>1388</sup> CCJA, 3<sup>e</sup> chbre., n°076, 29 mars 2018, Aimable Mpire c/ MTN-CI SA, disponible sur <https://www.labase-lextenso.fr/jurisprudence/CCJA>, consulté le 07/05/20.

<sup>1389</sup> Cf. art. 283 de l'AUDSCGIE qui prévoit qu'en matière de décisions collectives, sont nulles toutes les décisions qui excédant les pouvoirs des gérants n'ont pas été prises à l'unanimité des associés ou qui ont été prises au détriment de la majorité prévu par les statuts pour leur adoption.

<sup>1390</sup> Cf. art. 319 dernier al. de l'AUSCGIE. Cet article dispose qu'est nulle, « toute cession de parts intervenue en violation des clauses statutaires établies conformément à l'alinéa 1er du présent article ou, à défaut, en violation des alinéas 2 et suivants du présent article ».

n'ont pas été régulièrement convoqués<sup>1391</sup>. Cette limitation des pouvoirs du juge s'explique par les conséquences d'annulation des décisions et délibérations qui, parfois, sont beaucoup plus lourdes, eu égard à la nature des décisions adoptées. Toutefois, la limitation de l'intervention judiciaire pourrait justement être une source d'insécurité juridique. Certes, le législateur a expressément prévu des cas de nullité, mais il est également resté muet sur le sort réservé à certains actes sociaux irréguliers. Malgré l'impressionnante activité juridictionnelle en la matière, l'intervention judiciaire reste inefficace.

## ***2. L'inefficacité du principe de l'annulation de plein droit des actes sociaux***

**504. Le caractère sibyllin<sup>1392</sup> de certaines dispositions de l'Acte uniforme.** La soumission de la nullité à des prévisions législatives pourrait entraîner plus d'inconvénients que d'avantages. Le juge pourrait, par exemple, rencontrer des difficultés dans la formulation des solutions à proposer du fait de l'absence de clarté des textes, ou de l'imprécision de la volonté du législateur. Cela permet de nous poser la question suivante : quelle sera l'attitude du juge face aux décisions et délibérations modifiant les statuts dont aucune disposition de nullité n'est expressément prévue ? S'abstiendra-t-il d'annuler le texte au risque d'occasionner un dysfonctionnement ? ou alors usera-t-il de son pouvoir d'appréciation ? Quelques exemples nous permettront de mieux illustrer nos propos.

**505. Le cas de l'article 562 al.3 AUDSCGIE.** L'article 562 al.3 de l'AUDSCGIE dispose que dans le cadre des SA, l'augmentation par majoration du montant nominal des actions n'est décidée qu'avec le consentement unanime des actionnaires, à moins qu'elle ne soit réalisée par incorporation de réserves, bénéfices ou primes d'apports, d'émission ou de fusion. Ce texte pose la nécessité d'un consentement unanime pour augmenter le capital par majoration du nominal des actions dans les SA. La décision d'augmentation est de la compétence exclusive de l'assemblée générale extraordinaire, car elle emporte modification des statuts. La question qui se pose est celle de savoir quelle sera l'attitude du juge face à une demande de nullité d'une décision d'augmentation par majoration prise sans unanimité, dans la mesure où aucune nullité n'est prévue par le législateur de l'OHADA en cette matière.

---

<sup>1391</sup> Cf. art. 519 al.4 de l'AUDSCGIE qui énonce que : « toute assemblée irrégulièrement convoquée peut être annulée ».

<sup>1392</sup> V. Cozian (M.), Viandier (A.) et Deboissy (Fl.), *Droit des sociétés*, op. cit, p. 276, n°623.

**506. Le cas de l'article 628 al. 2 de l'AUDSCGIE.** L'article 628 al.1 de l'AUDSCGIE organise les modalités de réduction de capital. Cet article prévoit que « *la réduction du capital est autorisée ou décidée par l'assemblée générale extraordinaire, qui peut déléguer au conseil d'administration ou à l'administrateur général* ». L'alinéa 2 du même article ajoute qu'« *en aucun cas* » cette réduction de capital ne peut, en principe, porter atteinte à l'égalité des actionnaires. Le terme « *en aucun cas* », employé dans cet alinéa marque implicitement le caractère impératif de ce texte. Cependant, le législateur n'a pas renseigné sur la sanction applicable en cas de violation de cette disposition. Une fois de plus, aucune nullité textuelle n'est prévue.

**507. L'article 326 al. 1 de l'AUDSCGIE.** L'article 326 al.1 de l'AUDSCGIE dispose que dans la SARL, « *le ou les gérants statutaires ou non sont révocables par décision des associés représentant plus de la moitié des parts sociales. Toute délibération prise en violation du présent alinéa est nulle* ». Ce texte pose clairement l'exigence d'une majorité absolue en matière de révocation des dirigeants, et prévoit expressément la nullité en cas de violation. La question posée plus haut est aussi valable dans ce cas. Quelle sera l'attitude du juge face à une demande de nullité d'une décision de révocation d'un dirigeant ne respectant pas les exigences de l'article 326 al.1 l'AUDSCGIE ? La question est d'autant plus pertinente que le législateur a établi une distinction entre le régime des nullités des décisions modificatives des statuts et celui des nullités des autres décisions. Alors peut-on affirmer que la décision de révocation du dirigeant social est une décision modificative des statuts ? La mise en œuvre de la distinction et encore moins la réponse à cette interrogation ne sont pas évidente pour le juge.

**508.** Dans la SARL, les associés sont libres de choisir le mode de nomination du dirigeant social. Ils peuvent le faire « *dans les statuts ou dans un acte postérieur* »<sup>1393</sup>. Si la nomination est faite par acte postérieur, la question ne se pose pas. Le juge sera soumis à l'article 244 de l'AUDSCGIE<sup>1394</sup>. En revanche, si la nomination s'est faite dans les statuts, la révocation est-elle modificative de ceux-ci ? on pourrait penser que par le biais de cette nomination, la mention du nom du gérant dans les statuts devient simplement caduque et les statuts sont modifiés indirectement. De façon théorique, le juge pourra sanctionner le non-respect des conditions de l'article 326 al.1 de l'AUDSCGIE quand la décision sera sans effets sur les statuts, ou ne le sera pas si l'on considère que cette décision est modificative des statuts.

---

<sup>1393</sup> Art. 323 al. 2 de l'AUDSCGIE.

<sup>1394</sup> *Ibidem*.

L'incohérence des textes ou leur caractère restreint met le juge dans une situation d'incertitude qui a pour conséquence le maintien de l'acte ou de la décision contesté. Le juge rencontre également de nombreuses difficultés lorsqu'il est appelé à couvrir la nullité.

## **B. Les difficultés liées à l'obligation de couvrir la nullité**

**509. Des mesures judiciaires correctrices des irrégularités.** Pour éviter de revenir sur les décisions ayant produit des effets à l'égard des parties<sup>1395</sup>, le juge s'est conformé à la sanction des irrégularités décidée par le législateur<sup>1396</sup>. Ainsi, face au risque de nullité, il est souvent contraint d'adopter des mesures pour couvrir la nullité par le biais de techniques diverses, notamment l'incitation à la régularisation ou les délais de prescription. Cependant, la mise en œuvre de ces techniques visant à empêcher la nullité est souvent difficile. Certaines difficultés sont liées aux faiblesses des techniques de régularisation (1) et d'autres sont relatives à l'imprécision du point de départ de la prescription (2).

### *1. Les faiblesses des techniques de régulation*

**510.** Nous présenterons prioritairement les techniques d'incitation judiciaire à la régularisation (a) avant de montrer les lacunes liées à leur mise en œuvre (b).

#### *a. Les techniques d'incitation judiciaire à la régularisation*

**511. Définition de la régularisation.** La régularisation est une technique ou un ensemble de moyens visant à mettre fin à une irrégularité par la réparation ou la suppression du vice qui était à l'origine de cette irrégularité. Elle a pour conséquence de valider « l'acte attaqué à l'égard de tous et dès l'origine »<sup>1397</sup>. En droit des sociétés, le juge saisi d'une action en nullité est contraint d'inciter les acteurs sociaux à la régularisation lorsque la loi le prévoit.

<sup>1395</sup> Guyon (Y.), *Traité des contrats, les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd, 2002, p. 21, n°8 ; la Cour de justice européenne n'a pas cessé de rappeler aux juridictions nationales leur obligation d'appliquer un régime restrictif des nullités (Rép. Dalloz, V° « nullités », n°95 et s. par Honorat (J.), Le Nabasque (H.), « Commentaire des principales dispositions de la loi n° 2003-706 du 1<sup>er</sup> août 2003 sur la sécurité financière intéressant le droit des sociétés », *Bull. Joly*, 2003, Chron. P. 888.

<sup>1396</sup> Martor (B.), Pilkington (N.), Sellers (D.), et al., *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, LexisNexis, 2e éd., coll. Litec professionnels -droit commercial, 2009, p75.

<sup>1397</sup> Bénabent (A.), *Droit des obligations, op. cit.*, p. 195, n°219.



Un auteur définit la régularisation comme « *une technique de consolidation d'un acte nul qui réalise une validation de l'acte, obtenu grâce à une réparation ou à une disparition du vice* »<sup>1398</sup>. Un autre auteur quant à lui, voit en la régularisation, « *un acte juridique, ni réglementaire, ni législatif, qui valide, rétroactivement et à l'égard de tous, un acte initialement nul, en lui apportant l'élément objectif ou subjectif, qui lui faisait défaut* »<sup>1399</sup>. En dépit des éléments de définition utilisés par l'un ou l'autre auteur, il ressort de ces définitions que la régularisation est une technique visant à confirmer rétroactivement la nullité d'un acte, en lui apportant des éléments qui lui font défaut<sup>1400</sup>.

**512. La régularisation née de l'extension tacite de la cause de nullité.** Le juge, sous l'impulsion de la loi, favorise désormais la réparation des cas de nullité en matière de sociétés. En effet, les actions dirigées sont éteintes dès lors que la nullité a cessé d'exister au jour où le tribunal statue sur le fond en première instance, sauf si cette nullité est fondée sur le caractère illicite de l'objet social<sup>1401</sup>. L'affinement des sanctions judiciaires<sup>1402</sup> conduit à la limitation des pouvoirs du juge en matière de nullité. L'objectif est de limiter davantage les interventions judiciaires. Dans ce sens, l'article 339 de l'AUDSCGIE prévoit que lorsque le vice est relatif à l'irrégularité formelle de convocation des associés à une assemblée générale, « *l'action en nullité n'est pas recevable lorsque tous les associés étaient présents ou représentés* ». Dans une affaire du 21 juin 2001, le tribunal de première instance d'Abidjan a fait une application de ce texte en décidant que « *tous les actionnaires ayant été présents ou représentés à l'assemblée générale du 14 septembre 1998, il y'a lieu de déclarer irrecevable l'action en nullité exercée par certains actionnaires contre les délibérations de cette assemblée* »<sup>1403</sup>. Toutefois, ce texte comporte une limite qui se trouve à l'article 246 de l'AUDSCGIE. En effet, cet article dispose que la régularisation ne peut avoir lieu si la cause de la nullité porte sur le caractère illicite de l'objet social. La seule obligation faite au juge est l'obligation de vérifier

<sup>1398</sup> Cf. Dupeyron (C.), La régularisation des actes nuls, thèse Toulouse, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 127, 1973, n° 7.

<sup>1399</sup> Ghestin (J.), Loiseau (G.) et Serinet (Y.-M.), Traité de droit civil, Formation du contrat, L'objet et la cause – Les nullités, t. 2, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., coll. Traités, 2013, p.1071, n° 2383.

<sup>1400</sup> Pougoué (P.-G.), et Anoukaha (F.), *Droit des obligations au Cameroun*, Dschang Université press, t. 1, Les actes juridiques, p. 66.

<sup>1401</sup> Cf. art. 246 de l'AUDSCGIE qui dispose : « *l'action en nullité est éteinte lorsque le cause de nullité a cessé d'exister le jour où la juridiction compétente statue sur le fond en première instance, sauf si cette nullité est fondée sur le caractère illicite de l'objet social* ».

<sup>1402</sup> CCJA, 03 juill. 2008, obs. Njeufack Temgwa (R.), *in les grandes décisions de la Cour Commune de Justice et d'arbitrage de l'OHADA*, Pougoué (P.-G.), et. Kuate Tameghe (S. S.) dir., l'Harmattan, coll. Etudes Africaines, 2010, p.128 ; Le Cannu (P.) et Dondero (B.), *Droit des sociétés*, LGDJ, 8<sup>e</sup> éd., coll. Domat droit privé, 2019 ; V. Grosclaude (L.), Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés, *op. cit.*, p. 25.

<sup>1403</sup> TPI Abidjan, 21 juin 2001, *Ohadata J-02-19*.

l'absence de cette illicéité. En dehors de ce cas, la régularisation doit être envisagée pour toutes les autres causes de nullité.

### 513. Régularisation en cas de vice de consentement ou d'incapacité de l'associé.

Aux termes de l'article 248 de l'AUDSCGIE<sup>1404</sup>, le juge met en œuvre la procédure de régularisation au détriment de la nullité<sup>1405</sup>, en cas d'incapacité d'un associé ou le vice de consentement<sup>1406</sup>. Cet article précise que la procédure de régularisation ne peut intervenir que si cela est possible. On se demande à qui appartient le pouvoir d'apprécier la possibilité de la régularisation ? Est-ce au juge, aux associés, ou à l'huissier qui est chargé de faire la mise en demeure ? Comme l'indique l'article, « *toute personne y ayant un intérêt peut mettre en demeure* » de régulariser l'associé incapable ou dont le consentement a été vicié. Le juge s'attèle à la vérification de quelques informations préalables. La qualité de la personne à agir ne pose *à priori* aucune difficulté puisque le juge doit simplement vérifier qu'il a un intérêt à agir<sup>1407</sup>. Au regard du caractère ouvert de la procédure, il peut s'agir des associés, de la société elle-même, ou des tiers<sup>1408</sup>.

514. En outre, le juge doit vérifier que la procédure a fait l'objet d'une mise en demeure préalable<sup>1409</sup>, d'où le caractère subsidiaire de son intervention. Toutefois, nous pensons que le verbe « *peut* » utilisé par le législateur traduit le caractère facultatif de cette mise en demeure et que l'intervention du juge n'a rien d'automatique. Dès que la mise en demeure est réalisée et dénoncée à la société, le législateur fait obligation au destinataire, soit d'agir en nullité dans un délai de six mois, soit de régulariser sa situation s'il le désire. Si l'associé opte plutôt pour la première possibilité, le juge saisi d'une action en nullité pourra-t-il à nouveau inciter à la

<sup>1404</sup> L'art. 248 de l'AUDSCGIE dispose qu'« *en cas de nullité de la société ou de ses actes, de ses décisions ou de ses délibérations fondées sur un vice de consentement ou l'incapacité d'un associé et lorsque la régularisation peut intervenir, toute personne y ayant un intérêt peut mettre en demeure l'associé incapable ou dont le consentement a été vicié de régulariser ou d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion* ».

<sup>1405</sup> CA Poitiers, 8 juin 2004, *JCP E*, act., 1616. La Cour a précisé que cette procédure n'est mise en œuvre que si la nullité est fondée sur un vice du consentement ou l'incapacité d'un associé.

<sup>1406</sup> Charvériat (A.), Couret (A.) et Zabala (B.), *Sociétés commerciales 2015*, Francis Lefebvre, coll. Mémento pratique, 2014, p. 1590, n°89463 ; Mestre (J.), Velardocchio (D.) et Mestre-Chami (A.-S.), *Lamy sociétés commerciales 2015*, Lamy, coll. Lamy droit des affaires, 2014, n°392 ; Didier (P.) et Didier (Ph.), *Droit commercial, Les sociétés commerciales*, Economica, coll. Corpus droit privé, t.2, 2011, p. 426, n° 522.

<sup>1407</sup> Le juge pourra se référer à l'art. 31 du code de procédure civile qui dispose que « *L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé* ».

<sup>1408</sup> Legros (J.-P.), « Nullité des sociétés. Sanctions des irrégularités de constitution », *JCL. Sociétés*, fasc. 32-30, n° 175.

<sup>1409</sup> La procédure de mise en demeure est organisée par l'art. 248 al 2 de l'AUSCGIE en ces termes « *la mise en demeure est faite par un acte d'huissier ou notifié par tout moyen permettant d'établir sa réception effective par le destinataire. Elle est dénoncée à la société* ».

régularisation ? L'article 249 de l'AUDSCGIE répond à cette interrogation en ses alinéas 1<sup>1410</sup> et 2<sup>1411</sup>. Les objectifs recherchés sont la continuité d'une activité viable et la sécurité de l'environnement sociétaire, le juge dispose par conséquent d'une option. Il va soit prononcer la nullité, soit rendre obligatoires les mesures proposées par l'associé, destinées à supprimer l'intérêt à agir du demandeur<sup>1412</sup>, si possible par le rachat des titres de l'associé incapable ou dont le consentement a été vicié. Toutefois, le juge exerce ici un rôle subsidiaire. Pour que sa décision soit validée, il faut qu'elle ait été adoptée préalablement par l'assemblée générale. Le rôle du juge n'est pas limité pour autant, il lui revient finalement de choisir entre la nullité et la mesure adoptée par l'assemblée générale. Son pouvoir semble parfois très affirmé puisqu'il neutralise la cause de la nullité.

**515. Neutralisation judiciaire de la cause de nullité.** En dehors du cas prévu par l'article 249 de l'AUDSCGIE, il existe d'autres cas dans lesquels le pouvoir d'appréciation du juge trouve l'occasion de s'affirmer. L'article 245 al. 1 de l'AUDSCGIE dispose que « *dans les sociétés en commandites simples, ou en nom collectif, l'accomplissement des formalités de publicité est requis à peine de nullité de la société, de l'acte, de la décision, ou de la délibération (...)* ». L'al. 2 du même article ajoute « *toutefois, la juridiction compétente a la faculté de ne pas prononcer la nullité encourue si aucune fraude n'est constatée* ». Le juge n'est donc tenu de prononcer la nullité qu'en cas de fraude. Dans les autres cas, il reste libre d'apprécier la nécessité de prononcer la nullité ou pas. Dans ce cas, l'intérêt de la société lui servira certainement de boussole.

**516. La régularisation d'office.** L'article 247 de l'AUDSCGIE prévoit que « *la juridiction compétente saisie d'une action en nullité peut, même d'office, fixer un délai pour permettre de couvrir la nullité* ». Par le biais de cet article, le législateur a substitué la régularisation à la nullité. Le pouvoir de contrainte judiciaire est clairement posé par l'article 247 de l'AUDSCGIE. Ainsi, la réparation de l'irrégularité se fera par une injonction de faire, qui à notre sens, est la seule issue possible conduisant à la sécurisation de l'environnement

---

<sup>1410</sup> Art. 249 al. 1 de l'AUDSCGIE dispose « *la société ou un associé peut soumettre à la juridiction compétente saisie (...) toute mesure susceptible de supprimer l'intérêt à agir du demandeur notamment le rachat des titres sociaux de l'associé incapable ou dont le consentement a été vicié* ».

<sup>1411</sup> Art. 249 al. 2 de l'AUDSCGIE dispose qu'« *en ce cas, la juridiction compétente peut, soit prononcer la nullité, soit rendre obligatoires les mesures proposées si celle-ci ont été préalablement adoptées par la société aux conditions prévues pour la modification des statuts* ».

<sup>1412</sup> Cf. Legros (J.-P.), « Nullité des sociétés. Sanctions des irrégularités de constitution », *op. cit.*, n° 176. L'auteur soulignait le fait que, « *La loi, soucieuse d'éviter à tout prix les nullités en matière de sociétés, n'a pu limiter ainsi la possibilité de régulariser. En conséquence, il paraîtrait logique de décider que seule l'action en nullité se trouve forclosée au bout de six mois* ».

sociétaire. Ce texte prévoit également que pour couvrir la nullité, une assemblée doit être convoquée et si elle est justifiée d'une convocation régulière de cette assemblée, le tribunal accorde, par un jugement le délai nécessaire pour que les associés puissent prendre une décision. Tout ce qui précède témoigne à suffisance l'importance de la régularisation face au risque d'annulation de la société ou des actes sociaux. Toutefois, le juge rencontre d'importantes difficultés lors de la mise en œuvre du processus de régularisation. L'étendue de ces difficultés mérite d'être présentée.

### *b. La mise en œuvre lacunaire du processus de régularisation*

**517. L'adoption de la nouvelle décision.** Au-delà de l'importance que présente la régularisation des causes de nullité des décisions et délibérations sociales, sa mise en œuvre peut rencontrer des difficultés. En principe, lorsque la régularisation d'une décision sociale est demandée, l'organe normalement compétent doit prendre une autre décision qui, cette fois, devra être régulière. Toutefois, cette procédure d'adoption de la nouvelle décision n'est pas toujours envisageable. Prenons le cas d'une décision de fusion déclarée irrégulière. Pour que cette décision fasse l'objet d'une régularisation, il faudrait que l'organe chargé de la régularisation soit lui-même capable de le faire ou qu'il soit capable de se réunir à nouveau. Dans le cas contraire, le juge peut-il désigner l'organe qui sera en mesure de délibérer régulièrement, ou d'exiger que cet organe se réunisse à nouveau en vue de la régularisation dudit acte ? En l'absence de précision par les textes, nous pensons que le juge pourrait nommer un mandataire qui sera chargé de convoquer à nouveau les organes de régularisation. Cette position pourrait valablement se justifier par le souci d'assurer la stabilité sociale. Si cette solution est reconnue pour son effet stabilisateur, elle ne résout pas les effets produits par l'acte avant la décision judiciaire de régularisation.

**518. Les effets de l'acte produits antérieurement à la décision de régularisation.** Dans certains cas, les effets de la régularisation ne s'étendent pas aux conséquences produites par l'acte antérieur à sa réalisation. Certes, l'objectif de la stabilité sociale est atteint. Cependant, les droits des organes sociaux ne retrouvent pas forcément leur statu quo ante. Prenons par exemple le cas d'une décision sociale qui déclarée irrégulière parce que lésant les droits de certains organes sociaux, a été incitée à la régularisation. Qu'entre temps, ces droits lésés ont pris une nouvelle valeur. A quel stade devra se placer l'auteur de l'acte pour procéder à sa régularisation ? Au stade des droits antérieurs ou à celui des droits revalorisés ? Nous

pensons que les conditions de la régularisation doivent être appréciées au moment où la régularisation est faite. Ainsi, les droits des organes sociaux seraient plus protégés et le juge trouvera moins l'occasion de s'impliquer dans la vie sociale. S'il est admis qu'en droit des sociétés commerciales le principe « *pas de nullité sans texte* » limite le pouvoir d'appréciation du juge, cette limite perd sa valeur lorsque le juge doit déterminer la véritable cause de la nullité. En effet, avant de prononcer la nullité de l'acte irrégulier, il apprécie la cause<sup>1413</sup> de cette nullité. Toutefois, l'exercice de cette mission fait face à de nombreux obstacles, notamment l'imprécision du point de départ de la prescription.

## *2. L'imprécision du point de départ de la prescription*

**519. Les dispositions de l'Acte uniforme.** La prescription est entendue comme le mode d'acquisition ou d'extinction d'un droit, elle a pour objectif d'assurer l'ordre et la sécurité juridique. Dès lors, elle peut être un atout pour les acteurs sociaux, les associés, les dirigeants sociaux, les créanciers sociaux<sup>1414</sup>, puisqu'elle leur permet de limiter les interventions judiciaires fréquentes. C'est ainsi dans le sillage de la réduction des cas de nullité en droit des sociétés<sup>1415</sup>, le législateur de l'OHADA au même titre que son homologue français, a prévu un régime particulier en matière de délais de prescription. Cette particularité est posée dans certaines dispositions de l'Acte uniforme. C'est ainsi que, l'article 251 al 2 de l'AUDSCGIE qui dispose que le délai de prescription de l'action en nullité des actes, décisions ou délibérations de la société est de trois ans à compter du jour où la nullité est encourue. L'alinéa 3 du même article prévoit, quant à lui, que « *l'action en nullité d'une fusion ou d'une scission se prescrit par six mois à compter de la date de la dernière inscription au registre du commerce et du crédit mobilier rendue nécessaire par l'opération de fusion ou de scission* ». Cette dernière disposition va beaucoup plus loin que la précédente, car elle fait une exception aux délais de prescription de trois ans posés par celle-là au sujet de l'action en nullité des actes, décisions et délibérations de la société. Il s'agit en effet de la particularité du droit des sociétés.

---

<sup>1413</sup> Cf. Pougoué (P.-G.), et Anoukaha (F.), *Droit des obligations au Cameroun*, Dschang Université press, t. 1, Les actes juridiques, p.55.

<sup>1414</sup> V. Rumeau-Maillot (H.), « Les délais de prescription en droit des sociétés », *Rev. Sociétés*, 2012, p. 203 ; Bénavent (A.), *Sept clefs pour une réforme de la prescription extinctive*, Dalloz, 2007, p. 1800.

<sup>1415</sup> V. Hannoun (C.), « Remarques sur la prescription de l'action en nullité en droit des sociétés », *Rev. Sociétés*, 1991, p. 45, n°10 ; Germainet (M.), Magnier (V.), Rippert (G.) et Roblot (R.), *Traité du droit commercial, Les sociétés commerciales*, t. 2, LGDJ, 21<sup>e</sup> éd., 2014, p.77, n° 1586.

**520. La particularité du droit des sociétés.** Ces textes se distinguent fondamentalement des délais de prescription prévus non seulement en droit commun de l'OHADA<sup>1416</sup>, mais aussi de celui du droit commun des nullités<sup>1417</sup>. Ils sont quasi-généralisés et s'appliquent à toutes les nullités relatives à l'adoption des actes et délibérations sociales dans toutes les formes de sociétés. Même si pour certains auteurs il s'agit là d'un moyen radical de réduire les cas de nullité<sup>1418</sup>, le juge prend en compte la spécificité de certaines opérations sociétaires pour lesquelles le prononcé tardif d'une annulation serait particulièrement imprudent<sup>1419</sup>. L'action du législateur semble donc trouver des justificatifs.

**521. Une abréviation de délais de prescription justifiée.** La prescription extinctive prévue en droit des sociétés paralyse l'action en nullité dans un délai plus court que celui du droit commun. L'objectif visé par le législateur est la suppression des situations incertaines au détriment des droits de quelques acteurs sociaux, et surtout la survie de la société. L'article 251 al 2 précise que ce délai de prescription court à compter « *du jour où la nullité est encourue* ». Dès lors, le délai de prescription court à compter du jour de la prise de l'acte ou de la délibération objet du contentieux. Toutefois, l'article 445 de l'AUDSCGIE pose une exception lorsque la convention a été dissimulée.

**522. La dissimulation de la convention.** L'article 445 de l'AUDSCGIE dispose qu'en matière de conventions réglementées, « *l'action en nullité se prescrit par trois ans à compter de la date de la convention. Toutefois, si la convention a été dissimulée, le point de départ du délai de la prescription est réputé fixé au jour où elle a été révélée* ». Ainsi, face à un cas de dissimulation, le point de départ de la prescription est reporté au jour de la révélation de l'opération. Toutefois, les juges ont essayé d'apporter des précisions quant à la notion de dissimulation en relevant qu'elle suppose la preuve d'un élément intentionnel<sup>1420</sup>. Alors, se pose le problème de la détermination du caractère intentionnel ou non de la dissimulation. Depuis l'arrêt du 8 février 2011<sup>1421</sup>, il a été décidé que la révélation de la convention s'apprécie à l'égard de la personne qui exerce l'action, lorsque la volonté de dissimulation est manifestée.

---

<sup>1416</sup> Cf. Massamba (R.), « Le régime des nullités issu de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE », *op. cit.*, p.15.

<sup>1417</sup> Cf. Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile. Ou l'article 2224 du code civil en l'absence de disposition spéciale.

<sup>1418</sup> Cf. Dondero (B.), *Droit des sociétés*, Dalloz, coll. Hypercours, 6<sup>e</sup> éd., 2019, p. 119, n°183.

<sup>1419</sup> V. Dondero (B.), *Droit des sociétés*, LGDJ, coll. Domat droit privé, 6<sup>e</sup> éd., 2014, p 302, n° 473.

<sup>1420</sup> La Cour de cassation en date du 4 juillet 1995, en référence à l'article L. 225-42 du C. com., a décidé qu'il ne y peut avoir dissimulation sans volonté de dissimuler.

<sup>1421</sup> Cass. com., 8 févr. 2011, *Dr. Sociétés*, 2011, p. 70, comm. Roussille (M.); *Dalloz*, 2011, p. 1321, note Marmoz (F.) ; *JCP E*, 2011, 1151, note Dondero (B.).

Cette solution qui permet de protéger tant les droits des parties que la survie de la société mériterait d'être appliquée à tous les cas de nullités pour lesquels la dissimulation sert de point de départ du délai de prescription, car les délais de prescription abrégés perdent leur valeur en présence d'exception posés par certaines dispositions de l'Acte uniforme. En France, d'importantes réformes qui visent à mettre fin aux nombreuses interrogations en matière de nullité sont en cours.

### *3. Une efficacité des nullités recherchée par le droit français*

**523. Vers une approche plus restrictive des nullités en France.** Le dispositif en matière de nullité des actes et délibérations sociales comporte de nombreuses lacunes qui rendent difficile la mise en œuvre de cette sanction et étend ses effets. C'est dans le but de pallier ces lacunes que le Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris a dressé le rapport du 27 mars 2020 sur les nullités en droit des sociétés. Dans ce rapport, le Haut Comité prévoit de raccourcir les délais de prescription en droit des sociétés de trois ans à deux ans. Cela « *laisserait le temps aux sociétés de réagir et de régulariser la cause de nullité* ». Le groupe de travail privilégie une approche restrictive des nullités en droit des sociétés. En ce sens, il encourage le juge à favoriser « *les moyens d'éviter la nullité au travers des mesures préventives ou des mécanismes de régularisation (...)* ». C'est ainsi que la nouvelle mesure proposée permet au juge, même d'office, de fixer un délai pour couvrir la nullité ou de nommer un mandataire chargé de la régularisation<sup>1422</sup>. Le Haut Comité encourage également le juge, dans le cadre des nullités facultatives « *à mesurer les effets des effets d'une nullité avant de la prononcer* ». Nous espérons que la réforme prendra forme. Elle permettrait de limiter les risques de nullités des actes et délibérations sociales sur les intérêts des différents acteurs sociaux.

---

<sup>1422</sup> La nouvelle disposition serait la suivante « *à la demande de tout intéressé ou du ministère public, le président du tribunal, statuant sur requête ou dans le cadre de la procédure accélérée au fond, peut enjoindre, le cas échéant sous astreinte, au dirigeant d'une société la réalisation de toute mesure visant à se conformer aux dispositions législatives ou réglementaires. Le président peut dans les mêmes conditions et à cette même fin, désigner un mandataire chargé d'effectuer ces mesures* ».

## §2. Les difficultés liées à la détermination de la cause de nullité

**524. Les difficultés judiciaires.** Du fait du mutisme du législateur ou des nombreuses imprécisions des textes en matière de nullité, le juge rencontre de nombreux obstacles lorsqu'il est appelé à déterminer la cause de la nullité. Il s'agit notamment des difficultés de détermination de la disposition impérative (A), des difficultés de détermination d'une clause des statuts jugée essentielle (B) et de la difficulté d'appréciation de la violation des textes régissant les contrats (C).

### A. Les difficultés de détermination d'une disposition impérative

**525. Une disposition palliative.** L'article 244-2 et 3 de l'AUDSCGIE prévoit que la nullité de tout acte, décision ou délibération ne modifiant pas les statuts de la société ne peut résulter que « *de la violation d'une disposition impérative du présent acte uniforme* », ou « *de la violation d'une disposition impérative des textes régissant les contrats* ». Il ressort clairement de cet article et de l'article L. 235-1 du code de commerce français<sup>1423</sup> que le juge ne peut prononcer la nullité d'un acte, d'une décision ou d'une délibération ne modifiant pas les statuts que lorsque l'acte, la décision ou la délibération concerné, viole une disposition impérative soit de l'Acte uniforme, soit des contrats. Point d'obligation que la règle violée soit explicitement prescrite à peine de nullité. Il suffit qu'elle ait un caractère impératif. Certainement, le législateur de l'OHADA utilise cette tournure pour pallier les insuffisances présentées par l'ancienne formule<sup>1424</sup>. Cependant une fois de plus, autant le législateur de l'OHADA que le législateur Français n'a pris le soin de définir la notion de disposition impérative. C'est donc au juge qu'il revient de distinguer les dispositions impératives de celles qui ne le sont pas. Cette tâche n'est pas aisée, le caractère impératif d'un acte n'étant pas évident à déterminer.

**526. La notion de disposition impérative, une notion rattachée à une disposition pénale.** Une disposition impérative, qu'elle fasse référence à l'Acte uniforme ou aux textes

<sup>1423</sup> Cet article dispose que la nullité d'actes ou délibérations « *ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent livre ou des lois qui régissent les contrats* ».

<sup>1424</sup> Avant la révision l'AUDSCGIE de 2014, le législateur faisait référence à la notion « *d'ordre public* ». Ainsi devait être annulée toute disposition qui la violait.



régissant les contrats, est difficile à interpréter<sup>1425</sup>. Et pourtant, le législateur de l'OHADA l'a mentionné à maintes reprises à l'article 244 de l'AUDSCGIE sans donner davantage de précisions. Un auteur pense qu'une disposition doit être considérée comme impérative dès qu'« elle est inspirée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi »<sup>1426</sup>. Dans ce sens, il serait légitime de penser que toute disposition, dès lors qu'elle est sanctionnée pénalement, est impérative. Cette définition a été retenue par la Cour d'appel de Montpellier dans un arrêt du 7 janvier 1980<sup>1427</sup>. La Cour avait annulé la décision prise par le gérant d'une SARL au motif que l'interdiction d'adoption de cette décision avait un caractère impératif qui prenait sa source d'un fait réprimé pénalement. Alors, le juge doit-il constater le caractère impératif d'une disposition chaque fois qu'elle est sanctionnée pénalement, si l'on doit considérer qu'une loi pénale est forcément impérative ? Certains juges ont répondu à cette question par l'affirmative en annulant pour cause illicite l'acte d'un gérant pour abus de biens sociaux<sup>1428</sup>.

**527. Le courant allant au-delà.** Une réponse affirmative n'est pas totalement approuvée par de nombreux auteurs<sup>1429</sup>. Certains pensent par exemple que « *les incriminations pénales figurant sous les articles 423 et suivants ont souvent vocation à suppléer la nullité, soit que cette dernière soit matériellement sans objet ou inefficace* », « *soit que, pour une raison proprement juridique, l'irrégularité ne puisse donner prise à la sanction de l'article 360* »<sup>1430</sup>. Les juges ont ainsi refusé dans une affaire, d'annuler une délibération sociale sur le seul fondement de la violation d'un texte réglementaire. L'article 244-2 et 3 vise respectivement la violation des dispositions impératives de l'Acte uniforme d'une part et celles des textes régissant les contrats d'autre part. La question jadis posée par l'ancienne formulation, celle relative à l'extension des causes de nullité pour toute disposition statutaire, demeure. Le juge

<sup>1425</sup> Cf. Le Cannu (P.) et Dondero (B.), *Droit des sociétés*, op. cit., p. 327, n°464 et s. ; Cozian (M.), Viandier (A.), Deboissy (Fl.), *Manuel Droit des sociétés*, p.278, n°629 ; Le Cannu (P.), « Le contentieux de la SAS-I : la nullité des décisions d'associé (s) fondée sur l'article L.227-9, dernier alinéa, du code de commerce », p. 4, n°10, disponible sur [www.revuegeneraledudroit.eu](http://www.revuegeneraledudroit.eu), consulté le 01/08/2016 ; Grillet-Ponton (D.), « La méconnaissance d'une règle impérative de la loi, cause de nullité des actes et délibérations des organes de la société », *Rev. Sociétés* 1984, p.259.

<sup>1426</sup> Cf. Ghestin (J.), Loisseau (G.) et Serinet (Y.-M.), *La formation du contrat : le contrat, le consentement*, t.1, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., coll. Traité, 2013, n°93.

<sup>1427</sup> CA Montpellier, 7 janv. 1980, *Rev. Sociétés*, 1980, p.738, note Mouly (C.).

<sup>1428</sup> Cass. com., 13 déc. 2005, n°03-18002, *Rev. Sociétés*, 2006, p.382, note Bouloc (B.).

<sup>1429</sup> Hémar (J.), Terré (F.), Mabilat (P.), « Sociétés commerciales », *Revue Internationale de droit comparé*, vol. 25, n°3, juill-sept., 1973, p. 755 ; ; Barrière (F.), « ordre public et impérativité », *Rev. Sociétés*, 2007, p.713 ; Grillet-Ponton (D.), « La méconnaissance d'une règle impérative de la loi... », op. cit., p.271.

<sup>1430</sup> V. CA de Paris 22 mars 1977, *Rev. Sociétés*, 1978, p.90, note Hémar (J.) ; *Dalloz*, 1978, p.157, note Gourlay (G.).

rencontre également des difficultés lorsqu'il doit déterminer si l'acte irrégulier viole une clause des statuts jugée essentielle.

## **B. Les difficultés de détermination d'une clause des statuts jugée essentielle**

**528. La jurisprudence française.** A défaut d'une disposition expresse la prévoyant, les juges se sont prononcés sur la question de la violation des clauses statutaires. Ainsi, la Cour de cassation dans plusieurs arrêts<sup>1431</sup> a décidé que la violation des statuts ou du règlement intérieur ne constitue pas en elle-même une cause de nullité de la délibération sociale contestée. Toutefois dans un autre arrêt<sup>1432</sup>, la Cour a précisé que la violation des statuts ou du règlement intérieur constitue une cause de nullité, si l'aménagement conventionnel dont il s'agit a été fait conformément à une disposition impérative. Elle<sup>1433</sup> a ainsi annulé une décision d'agrément non conforme à la disposition qui dans la SARL donne la possibilité aux associés de limiter la cessibilité des parts sociales. Il ressort clairement de cette décision qu'en principe, la violation des statuts par un organe social ne constitue pas une cause de nullité, exception faite « *des cas dans lesquels il a été fait usage de la faculté, ouverte par une disposition impérative, d'aménager conventionnellement la règle posée par celle-ci* ». Plusieurs auteurs<sup>1434</sup> ont approuvé la position des juges français qui, selon nous, reste très critiquable. Du point de vue de la protection de l'intérêt social, elle limite le pouvoir d'appréciation du juge qui est inoffensif face à un cas de nullité déterminant pour la société. De façon innovante, le législateur de l'OHADA s'est démarqué de son homologue français en donnant au juge le pouvoir d'apprécier le caractère essentiel de l'acte ou de la décision contestée.

## **529. Les nouvelles dispositions de l'AUDSCGIE relatives à la violation des statuts.**

Le législateur de l'OHADA, contrairement à son homologue français, a évolué en prévoyant une nouvelle règle relative aux dispositions statutaires. Ainsi, l'article 243-3 et l'article 244-4 de l'AUDSCGIE disposent que la nullité de tout acte, décision ou délibération modifiant les

<sup>1431</sup> Cass. com., 19 mars 2013, *Rev. Sociétés*, 2014, p. 51, note Le Cannu (P.) ; Cass. com., 30 mai 2012, *Bull. Joly Sociétés*, 2012, p.615, note Gaudemet (A.) ; Cass. com., 18 mai 2010, *Dalloz*, 2010, p. 1345, obs. Lienhard (A.) ; Dr. *Sociétés*, 2010, n° 156, note Coquelet (M.-L.) ; *JCP E*, 2010, 1562, note Couret (A.) et Dondero (B.) ; *JCP E*, 2011, 1000, n° 2, obs. Deboissy (Fl.) et Wicker (G.) ; *Rev. Sociétés*, 2010, Le Cannu (P.).

<sup>1432</sup> Cass. com., 10 févr. 2015, *Bull. Joly Sociétés*, 2015, p. 238, note Pagnucco (J. Ch.).

<sup>1433</sup> La cour a estimé que la disposition statutaire était conforme à une disposition impérative.

<sup>1434</sup> Cauzian (M.), Viandier (A.) et Deboissy (Fl.), *Manuel Droit des sociétés*, op. cit., p. 279, n°632. Les auteurs pensent que la décision des juges dans cette affaire « *est parfaitement fondée et serait au demeurant impraticable (...). Une telle violation constitue certes un acte illicite au regard de l'article 1134 du code civil, mais cela n'implique en aucune façon que la sanction d'un acte illicite soit la nullité* ». Les auteurs ajoutent que « *dans un nombre important d'hypothèses, la méconnaissance des statuts ou du règlement intérieur est simplement constitutive d'une faute, laquelle engage la responsabilité de son auteur pourvu qu'il en résulte un dommage* ».

statuts ou ne modifiant pas les statuts ne peut résulter que « *de la violation d'une clause des statuts jugée essentielle par la juridiction compétente* ». La question posée plus haut retrouve tout son sens dans la mesure où, le législateur de l'OHADA lors de la révision de l'AUDSCGIE a confirmé le caractère contractuel de la société. Cette innovation faite par le législateur témoigne du rôle essentiel joué par les statuts dans l'organisation sociétaire à travers la liberté contractuelle. De cet article découle une réponse affirmative : Oui ! le juge peut prononcer la nullité d'un acte, d'une décision ou d'une délibération qui viole une clause statutaire. Toutefois, cette clause doit être jugée « *essentielle* ». Cependant, la notion de clause essentielle pose un problème. En précisant que la « *clause* » doit être jugée « *essentielle par la juridiction compétente* », le législateur a ainsi laissé de façon explicite, le soin au juge d'apprécier le caractère « *essentiel* » de la clause statutaire violée. Quels en sont les fondements judiciaires ? A quel moment le juge devra-t-il considérer une clause essentielle pour la société ?

**530. L'appréciation jurisprudentielle de la clause « essentielle ».** Il n'est pas toujours aisé pour le juge de déterminer dans les statuts ce qui est essentiel et ce qui ne l'est pas. Lorsque les statuts sont clairs et précis, la détermination judiciaire de la clause jugée « *essentielle* » ne devrait véritablement pas poser de problèmes. Logiquement, le juge va se référer aux mentions rendues légalement obligatoires dans les statuts. Notamment, les clauses relatives au capital social dans les SA, aux apports, aux pouvoirs des organes sociaux, l'interdiction de la distribution des réserves considérées comme indisponibles par la loi ou les statuts<sup>1435</sup>; la majorité requise pour la révocation du gérant dans les SNC<sup>1436</sup>, les décisions collectives. Le problème lié à l'appréciation judiciaire de la clause jugée « *essentielle* » se pose lorsque les statuts sont restés muet sur la question ou n'ont pas été suffisamment clairs. Dans ce cas, le juge peut-il apprécier les clauses statutaires ? Cette question a été soulevée plusieurs fois devant le juge des référés. Il a été clairement affirmé que le juge de référés était incompétent pour connaître des demandes en nullité des résolutions prises en violation des clauses statutaires. La raison simple et évidente tient en ce que les clauses statutaires appartiennent à l'ordre public contractuel. Cet ordre public s'impose en principe au juge. De même, il n'est pas de la compétence du juge des référés d'apprécier les clauses statutaires. Le

---

<sup>1435</sup> L'art. 143 al.2 de l'AUDSCGIE dispose que « *l'assemblée peut décider de distribuer tout ou partie des réserves à condition qu'il ne s'agisse pas de réserves considérées comme indisponibles par la loi ou par les statuts* ». Le même article précise que toute décision non conforme à cette disposition ou non conforme aux statuts est nulle. Le juge pourra faire de ce texte une clause essentielle.

<sup>1436</sup> En référence à l'art. 278 de l'AUDSCGIE, le juge peut considérer qu'il y a violation d'une clause essentielle lorsque la décision de rémunération d'un gérant n'a pas respecté la règle de la majorité en nombre et en capital des associés prévue par la loi ou lorsque celle-ci n'a pas respecté les clauses statutaires.

pouvoir d'appréciation judiciaire du cas de nullité se manifeste également lorsque l'acte contesté viole les textes régissant les contrats.

### C. Les difficultés d'appréciation de la violation des textes régissant les contrats

**531. La référence aux principes généraux des contrats.** La réforme intervenue en France le 10 février 2016 a donné un nouveau visage au contrat. En effet, la nouvelle définition<sup>1437</sup> du contrat prévue par l'ordonnance se détache des notions classiques d'obligations de donner, de faire ou de ne pas faire. Il ressort donc des 243<sup>1438</sup> et 244<sup>1439</sup> de l'AUDSCGIE que l'appréciation judiciaire du cas de nullité est faite en référence aux principes généraux des contrats. La référence judiciaire aux causes de droit commun des contrats pose plus de problème, en raison de la difficulté de transposition dans le contexte africain. Le juge doit partir des formules énoncées par l'article 1128<sup>1440</sup> le code civil français<sup>1441</sup> pour déterminer les cas de nullité. Cet article soumet la formation du contrat aux nouvelles<sup>1442</sup> conditions suivantes : le consentement des parties, leur capacité, un contenu licite et certain. Ainsi, le rôle du juge consiste à apprécier l'opportunité de la nullité en référence à ces conditions. Nous analyserons dans le cadre de ce titre la consistance du rôle judiciaire lorsque la condition est liée au consentement (1) et celle relative au contenu licite et certain (2). La condition liée à la capacité ne sera pas abordée parce qu'elle ne suscite pas de nombreux débats liés au fonctionnement de la société.

---

<sup>1437</sup> L'article 1101-1 définit le contrat comme « *un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destinées à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ».

<sup>1438</sup> Cet article dispose que la nullité des actes et délibérations modificatives des statuts ne peut résulter que « *des textes régissant la nullité des contrats en général* ».

<sup>1439</sup> Cet article précise que la nullité des actes et délibérations non modificatives des statuts ne peut résulter que « *d'une disposition impérative des textes régissant les contrats* ».

<sup>1440</sup> L'article 1128 traitant des conditions de validité du contrat énonce que : « *sont nécessaires à la validité du contrat : le consentement des parties, leur capacité de contracter, un contenu licite et certain* ».

<sup>1441</sup> Banabent (A.), *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 27, n°30.

<sup>1442</sup> Les notions d'objet et de cause ont disparu de ce texte. Cette disparition pose une autre difficulté liée à l'intervention du juge. L'article 246 de l'AUDSCGIE énonce que l'action en nullité est éteinte lorsque la cause de nullité a cessé d'exister, sauf si cette nullité est fondée sur le caractère illicite de l'objet sociale. C'est dire que malgré la cessation de la cause de nullité, le juge garde son pouvoir de sanction lorsque cette cause porte sur l'objet sociale. Ainsi dans le cadre de l'OHADA, l'illicéité de l'objet reste une cause de nullité des actes sociaux. Ces articles mettent en conflit le code civil français et l'AUDSCGIE. Nous espérons que le législateur y en tiendra compte lors de la prochaine révision de l'acte uniforme. En attendant cette révision, le juge se chargera d'atténuer les effets créés par ces textes.

### 1. Le vice de consentement

**532. Le caractère déterminant des vices de consentement.** Aux termes de l'article 1129<sup>1443</sup> du code civil français, le contrat ne peut être valable que lorsqu'il a été consenti par des personnes saines d'esprit. L'article 1130<sup>1444</sup> du même code vient compléter cet article en précisant que l'insanité d'esprit<sup>1445</sup> peut être provoqué par les vices de consentement. Ces vices sont l'erreur, le dol et la violence, lorsqu'ils ont soit déterminé le consentement de la partie contractante ou alors qu'en leur absence, elle a contracté à des conditions substantielles différentes. Ainsi, le juge doit en premier lieu vérifier que les vices ont déterminé<sup>1446</sup> le consentement de la partie. L'article 1130 ajoute que le juge doit apprécier le caractère déterminant des vices « *eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné* ». Le juge doit constater que la victime s'est engagée par crainte, ce qui ne va pas sans difficulté.

**533. Les difficultés judiciaires de transposition.** La protection du consentement est un moyen de faire respecter la finalité de l'acte ou de la délibération adoptée. Dès lors que le consentement d'un ou de plusieurs associés a été vicié, le juge considère que l'acte ou la délibération est irrégulière. Les cas de vices de consentement se rencontrent dans la plupart des cas lors des assemblées. Ils prennent le plus souvent la forme de pressions, de mensonges ou de réticences dolosives. Le juge a l'obligation d'annuler l'acte ou la délibération si le vice est caractérisé et s'il est déterminé par le consentement. C'est ainsi que par un arrêt rendu le 04 novembre 2008<sup>1447</sup>, la Cour de cassation a, à bon droit, confirmé la décision rendue le 12 juin 2007 par la Cour d'appel de Paris<sup>1448</sup>. La Cour d'appel avait annulé les contrats conclus entre les membres du directoire d'une SAS aux motifs que le consentement de la société n'avait pas

<sup>1443</sup> L'art. 1129 du C. civ. français dispose que « conformément à l'article 414-1, il faut être sain d'esprit pour consentir valablement à un contrat.

<sup>1444</sup> L'art. 1130 du code civil français dispose que « l'erreur, le dol, la violence et la violence vicent le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté à des conditions substantiellement différentes »

<sup>1445</sup> V. pour la définition de la notion Chantepie (G.) et Latina (M.), *La réforme du droit des obligations. Commentaires théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*. Dalloz, 2e éd., 2016, p.248 et s., n° 290 et s. ; Terré (F.), Lequette (Y.), et Gaudemet (S.), *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Précis Droit privé, 2013, n°278.

<sup>1446</sup> Cass. com., 7 juin 2011, *RDC* 2011, p.1148, obs. Laithier (Y. M.)

<sup>1447</sup> Cass. Com., 4 nov. 2008, *BJS*, 2009, p.382, note Le Cannu (P.).

<sup>1448</sup> CA, 12 juin 2007, *JCP E*, 2007, note Bonneau (Th.) ; *BJS*, 2007, p.1341, note Le Cannu (P.).

été donné alors même que les statuts de cette société exigeaient l'autorisation préalable du conseil de surveillance pour la validation de tel contrat.

**534.** Le régime des nullités en droit des sociétés, reconnu par son caractère très fermé, emprunte pour sa mise en œuvre les règles régissant la nullité des contrats en général et les dispositions impératives des textes régissant les contrats. Ceux-ci, *à contrario*, ont un caractère beaucoup plus ouvert. Ce qui peut être source de difficultés de transposition pour le juge lorsque la nullité est fondée sur le vice de consentement. En effet, dans l'affaire suscitée, il s'agissait plus d'une violation d'une clause statutaire que d'un vice de consentement. Toutefois, l'analyse faite par les juges peut être acceptée dans la mesure où cette décision n'avait pas à produire des effets sur les tiers. Une autre difficulté peut se poser au juge, celle relative aux décisions collectives.

**535. Le problème lié aux décisions collectives.** Quelques années avant, le problème lié aux décisions collectives s'était posé devant la Cour de cassation. Celle-ci avait rejeté une action en annulation d'une décision de fusion prise par une assemblée générale extraordinaire. Les actionnaires fondant leur action sur le dol<sup>1449</sup>, estimaient que le contrat conclu entre la société Matra et Taïwan présenté par le commissaire à la fusion, n'avait pas été porté à leur connaissance. Cet arrêt condamne les pratiques de quelques officines, dont l'activité consiste à chercher des irrégularités juridiques dans le fonctionnement d'une société afin de déstabiliser la direction, et obtenir des transactions avantageuses<sup>1450</sup>.

**536. Le Dol.** La position du juge dans cette affaire est assez surprenante. Le dol est défini par L'article 1137 comme « *le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges* » ; ou « *la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie* ». Il ressort de ce texte que le dol est la conséquence de l'absence d'information. Le juge n'a pas besoin d'avoir la preuve que le cocontractant était tenu d'une obligation de prouver, il suffit juste qu'il ait la preuve que celui-ci disposait d'une information qu'il savait déterminante pour le consentement de l'autre partie. Par conséquent, il semblait logique qu'après avoir apporté cette preuve, le juge retienne la demande.

<sup>1449</sup> Cass. com., 3 juin 1998, *Dr. Sociétés*, 1998, n°142, note Vidal (D.), sur pourvoi de CA Paris, 16 janv. 1996, *Bull. Joly*, 1996, p. 500, note Couret (A.).

<sup>1450</sup> Couret (A.), « Le harcèlement des majoritaires », *Bull. Joly*, 1996, p.112.

Il semble que dans le cas d'espèce, le juge ait fait primer l'intérêt de la société. Les associés n'ont pas le droit de recevoir le détail de l'information et doivent se contenter des éléments nécessaires pour voter en toute connaissance. De même, les conséquences de l'annulation de la décision de fusion des sociétés d'une grande ampleur sont plus désastreuses que l'abus de droit d'une poignée d'associés. Cette décision suscite une interrogation relative à la détermination judiciaire de l'auteur du vice, face à la nature collective de la décision votée. Les dirigeants qui fixent l'ordre du jour et qui communiquent les documents utiles au vote peuvent-ils être considérés comme des cocontractants ? Un tiers peut-il être l'auteur du dol ou de l'erreur ? À notre avis, il semble cohérent de considérer que les dirigeants, initiateurs et garants du bon déroulement des opérations peuvent être des auteurs du vote. Il n'en est pas de même pour le tiers, à moins de prouver un cas de complicité avec le dirigeant ou un autre associé par le biais d'un abus de droit, ou d'apporter la preuve du contenu licite et certain de l'acte.

## ***2. L'absence de contenu licite et certain du contrat, une condition nouvellement consacrée***

**537. Le contenu de l'acte.** Aux termes de l'article 1128 du code civil français, le contenu licite et certain du contrat constitue la nouvelle condition requise pour la formation du contrat. Elle est venue remplacer la condition liée à la cause et à l'objet du contrat. Cette nouveauté ne va pas sans causer de difficultés au juge. Le législateur n'ayant pas défini la notion de cause, il revient au juge de déterminer son contenu. Toutefois, l'article 1162 du même code a apporté quelques précisions en prévoyant que « *le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par des stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties* ». Dès lors, on comprend que pour le législateur, le contenu du contrat renvoie à deux choses : les stipulations contractuelles et le but contractuel. Toutefois, cet article ne change pas grand-chose à la situation du juge qui se trouve encore face à deux notions dont les contenus n'ont pas été déterminés.

**538. Le contenu des « stipulations ».** La notion de « *stipulation* » est communément définie comme une « *clause d'un contrat, (un) élément convenu dans une convention* »<sup>1451</sup>. Par

---

<sup>1451</sup> V. Cornu (G.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 982, V. *stipulation*, sens 1 et 2.

extension, il s'agit de « *toutes prévisions contractuelles* »<sup>1452</sup>. Les stipulations renvoient à ce qui a été convenu par les parties. Certains auteurs pensent qu'elles rejoignent « *assez logiquement la notion de licéité de l'objet* »<sup>1453</sup>, la finalité recherchée par l'article 1162 du code civil français étant la protection de l'ordre public. Dans ce sens, la notion d'ordre public<sup>1454</sup> étant elle-même suffisamment large, le juge pourrait également appréhender la notion de « *stipulations* » de manière large. Seront ainsi considérées par le juge comme contraire à l'ordre public, « *les exigences propres à l'opération économique sur laquelle les parties se sont entendues, en incluant les d'obligations, de prestations, d'objet, de prix, voire de cause* »<sup>1455</sup>. En d'autres termes, le but contractuel.

**539. Le but contractuel.** Certains auteurs assimilent le but contractuel aux mobiles<sup>1456</sup>, à la cause du contrat<sup>1457</sup>. Abordant dans le même sens, nous pensons que le but contractuel renvoie à l'objectif des parties, ce sont les raisons qui ont conduit les parties à contracter. L'article 1162 fait obligation au juge d'annuler l'acte en cas de but illicite, en dépit de sa connaissance ou non par les parties. Par conséquent, une partie ne peut, pour échapper à la sanction, prétendre n'avoir pas eu connaissance du but contractuel. La protection des associés, des tiers et des impératifs économiques est la raison de la limite de la liberté contractuelle. L'article 1162 du code civil français pose clairement que l'obligation du respect de l'ordre public par les clauses contractuelles. Le juge prononce la nullité de la décision ou de la délibération dès lors qu'il constate sa contrariété à l'ordre public. Il le fait également si la décision ou la délibération a pour objectif de permettre la réalisation d'une activité illicite. Cependant, quel sera l'attitude du juge face à une décision ou délibération dont les stipulations ou le but n'ont pas été clairement définies ? pourrait-il les déterminer leur sens ? L'article 1163<sup>1458</sup> du code civil français fait obligation aux parties de prévoir des stipulations claires et précises, déterminées et déterminables. Dans le cas contraire, il serait très improbable que le juge les détermine<sup>1459</sup>. Cela à en raison du principe de non-immixtion dans la sphère

---

<sup>1452</sup> *Ibidem*.

<sup>1453</sup> Chantepie (G.) et Latina (M.), *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil*, Dalloz, 2016, p.328, n°402.

<sup>1454</sup> V. *Infra* n°supra.

<sup>1455</sup> Chantepie (G.) et Latina (M.), *La réforme du droit des obligations... », op. cit.*, p. 326, n° 400.

<sup>1456</sup> *Ibidem*.

<sup>1457</sup> Wicker (G.), « La suppression de la cause dans le projet d'ordonnance : la chose sans mot ? », *Dalloz* 2015, p.1557.

<sup>1458</sup> L'article 1163 du code civil dispose *l'obligation a pour objet une prestation présente ou future. Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable* ». Cet article définit la prestation déterminable comme « *une prestation qui « peut être déduite du contrat ou par références aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire* ».

<sup>1459</sup> Cf. art. 1164 et 1165 du C. civ français.



contractuelle qui lui interdit de corriger le contenu de la loi des parties. Ce principe qui lui est également imposé lorsqu'il fait usage de son pouvoir d'appréciation du cas de nullité, constitue l'une des lacunes de l'annulation facultative des actes sociaux.

## **Section 2. Les lacunes de l'annulation facultative des actes sociaux irréguliers ou abusifs**

**540. Le pouvoir d'appréciation judiciaire du cas de nullité.** De manière exceptionnelle, l'AUDSCGIE attribue des pouvoirs importants au juge dans le but d'empêcher que la nullité ne soit une sanction disproportionnée à l'irrégularité commise. Dès lors dans certains cas, le juge ne se contente pas de l'existence de la seule irrégularité pour prononcer la nullité de la décision ou de la délibération, il s'interroge sur l'opportunité du prononcé de l'annulation. Par conséquent, le juge n'est pas obligé de prononcer la nullité de l'acte, même si la situation de fait ne concorde pas avec les prévisions légales. Dans ce cas, le sort de l'acte irrégulier dépend de l'appréciation faite par le juge. Or, cette appréciation peut très vite être subjective en raison de l'imprécision des causes de nullité facultative (§1) ou de la précision partielle des fondements de son pouvoir d'appréciation. Cela a pour conséquence de rendre complexe l'appréciation de l'abus de majorité (§2).

### **§1. L'imprécision des causes de nullité facultative**

**541. Le pouvoir d'appréciation.** Dans l'optique d'apporter des ajustements au caractère radical de la nullité en droit des sociétés, le juge met très souvent en œuvre son pouvoir d'appréciation du cas de nullité. Ainsi, malgré l'imprécision des textes, il fait usage de son pouvoir d'appréciation à l'occasion de la violation de certaines dispositions de l'AUDSCGIE (A) ou en cas d'existence d'une fraude (B).

### A. La violation de certaines dispositions

**542. Le pouvoir souverain implicitement reconnu.** La liberté reconnue au juge ne peut prendre effet que lorsqu'un texte le prévoit, même de façon implicite. Ainsi, dans certains articles de l'AUDSCGIE, le législateur a utilisé des formules particulières pour consacrer cette liberté. Notons à titre d'exemple le cas des articles 286 al.3, 303 al.3, 412 et 519 al.4 de l'AUDSCGIE qui énonce qu'en matière d'assemblée, toute irrégularité de convocation, peut être annulée. L'utilisation du verbe « *peut* » par le législateur montre la liberté qu'il a laissé au juge d'apprécier l'opportunité de la nullité, à l'exception des cas dans lesquels tous les associés étaient présents ou représentés. C'est ce qui ressort de la décision de l'affaire<sup>1460</sup> société Atlantique Télécom contre Société Planor Afrique et Société Telecel Faso. En effet, c'est à bon droit qu'en l'espèce, les juges de la Cour d'appel avaient confirmé le jugement attaqué. En l'espèce, les premiers juges avaient annulé l'assemblée générale au motif que le défaut de convocation de l'actionnaire aux assemblées générales ordinaire et extraordinaire vicie les décisions prises lors des dites assemblées. Si dans ce cas les juges ont procédé à une application stricte des textes notamment des articles 125, 519, 552 et 892 de l'AUDSCGIE, il n'en est de même lorsqu'ils usent de leur pouvoir d'appréciation.

**543.** L'Acte uniforme dispose que dans la SNC, la SCS, le SARL et la SA, le juge a la liberté d'annuler toute assemblée sur convocation irrégulière s'il trouve cette mesure opportune. Le juge français a fait usage de ce pouvoir dans un arrêt du 9 juillet 2002<sup>1461</sup>. Dans cet arrêt, la haute juridiction a approuvé la décision de la Cour d'appel qui avait fait usage de son pouvoir d'appréciation en refusant de prononcer la nullité d'une assemblée à laquelle n'avait pas pris part un actionnaire. Dans le cas spécifique, la décision du juge est à saluer car en dépit du fait qu'elle prive un actionnaire de son droit de vote, elle repose sur des critères objectifs d'appréciation. L'actionnaire qui demandait l'annulation de l'assemblée représentait une voix sur trois mille au sein de la société. Cela laisse penser que sa participation à l'assemblée n'aurait eu aucune influence majeure sur les délibérations prises puisqu'il représentait la minorité. Le juge dispose d'un pouvoir souverain peu encadré qui peut être source d'inégalités.

---

<sup>1460</sup> CA Ouagadougou, ch. Com., n°030, 15 mai 2009, société Atlantique Télécom c/ Société Planor Afrique et Société Telecel Faso, *Ohadata* J-10-213, disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté le 2/10/2016

<sup>1461</sup> Cass. com., 2 juill. 2002, n°99-10.453, disponible sur [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr), consulté le 15/11/2018.

**544. Le pouvoir souverain peu encadré.** La nullité facultative est non seulement l'une des grandes originalités des nullités en droit des sociétés, mais aussi l'un des sujets faisant l'objet de grands débats en cette matière<sup>1462</sup>. En effet, le pouvoir judiciaire d'appréciation de l'opportunité du cas de nullité permet au juge de disposer d'un important pouvoir discrétionnaire qui met la nullité facultative « *au centre des préoccupations actuelles du droit* »<sup>1463</sup>. Elle préoccupe d'autant plus que le pouvoir d'appréciation judiciaire peut très vite basculer vers des appréciations subjectives. Par ailleurs, il a le choix de recourir à de nombreux fondements notamment la bonne foi, la loyauté. A côté de son intervention rattachée à l'existence de certaines dispositions de l'AUDSCGIE, le juge peut faire usage de son pouvoir d'appréciation lorsqu'il existe une fraude.

## B. L'existence d'une fraude

**545. La fraude une cause de nullité.** L'article 245 al.1 de l'AUDSCGIE prévoit que dans les SCS et les SNC, l'absence d'accomplissement des formalités de publicité entraîne la nullité de l'acte, de la décision ou de la délibération concernée. Toutefois, l'alinéa 2 du même article précise que « *la juridiction compétente a la faculté de ne pas prononcer la nullité encourue si aucune fraude n'est constatée* ». Il ressort de ce texte que, en présence de fraude, la nullité est obligatoirement prononcée. En revanche, en l'absence de fraude, il revient au juge d'apprécier l'opportunité du prononcé de la sanction. Le législateur de l'OHADA au même titre que son homologue français fait de la fraude une cause de nullité. Pourtant, l'existence de cette fraude doit être appréciée par le juge qui décide en principe de l'opportunité de la nullité. Or, cette mission ne va pas sans poser de difficultés au juge au regard de l'absence de précision législative sur la notion.

**546. La notion de fraude.** La fraude<sup>1464</sup> peut être définie comme un acte de mauvaise foi, une tromperie ou un acte accompli dans le dessein de porter préjudice à des droits que l'on doit respecter. Cette notion résulte d'un adage bien connu « *la fraude corrompt tout* »<sup>1465</sup>, elle n'a fait l'objet d'aucune définition par le législateur. Pourtant, en raison de son importance<sup>1466</sup>

<sup>1462</sup> Rubellin (P.), « Les nullités facultatives », Etudes offertes au Doyen Simler (Ph.), Litec, 2006, p.710.

<sup>1463</sup> Kamnang K. (I.-Fl.), *Les pouvoirs du juge dans les sociétés commerciales de droit OHADA*, op. cit., p.296, n°321.

<sup>1464</sup> V. Cornu (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 477, V° fraude, sens n° 1 b.

<sup>1465</sup> Roland (H.) et Boyer (L.), *Adages du droit français*, Litec, 4<sup>e</sup> éd., 1999, n°148.

<sup>1466</sup> Cass. com., 28 janv. 1992, *JCP E*, 1993, I, 264, n°3, note Reinhard (Y.), l'auteur pense que la fraude, parce qu'elle corrompt tout, « *ne devait pas apparaître comme une cause autonome et universelle de la nullité des*

elle « prend place parmi les notions correctives de régime juridique au même titre que l'apparence ou l'ordre public ». C'est ce qui justifie le rôle incontournable qu'elle joue en matière de nullité dans le cadre du droit des sociétés<sup>1467</sup>. En effet, même si la fraude a pour fondement un élément intentionnel et un élément matériel, elle repose avant tout sur le résultat qui en découle. Le juge, allant dans ce sens, ne la sanctionne qu'en raison de l'illicéité dont elle a été la cause<sup>1468</sup> et annule l'acte, chaque fois que « la production d'un résultat interdit par une règle obligatoire sans que cette dernière soit violée, sans que les sanctions efficaces dont la violation est assortie soient applicables »<sup>1469</sup>. Toutefois, le juge peut-il adopter cette position lorsque la nullité est liée à l'assemblée d'associés.

**547. La fraude, cause de nullité des assemblées ?** Dans un arrêt du 6 juillet 1983<sup>1470</sup>, la Cour de cassation a annulé pour fraude une assemblée générale d'augmentation de capital réunie après exclusion par « ruse et artifice », des actionnaires représentant 45 % du capital. De même en date du 25 novembre 2008<sup>1471</sup>, toujours pour fraude aux droits des associés minoritaires, la Cour d'appel a annulé une décision d'augmentation de capital décidée précipitamment en période estivale, dans des conditions rendant nécessairement compliquée, sinon impossible, la souscription à cette augmentation de capital par les minoritaires. Au regard des décisions qui précèdent et en vertu du principe selon lequel la fraude « corrompt tout », on est en droit de se demander si le juge considère la fraude comme une cause de nullité des assemblées au même titre que les abus de majorité. La réponse à cette interrogation peut être négative, car au-delà d'un abus de majorité, le juge sanctionne des hypothèses « pathologiques ». Son intention n'est nullement de faire concurrence à la notion d'abus de majorité. Pour preuve, dans un arrêt du 3 février 2011<sup>1472</sup>, le juge a refusé de sanctionner pour fraude une augmentation de capital. La fraude a un champ d'application très large. Elle peut être la cause de nullité des délibérations modificatives des statuts, des décisions restreignant ou

---

*sociétés* » ; Schiller (S.), « La fraude, nécessaire *deus ex machina* face à l'évolution du droit des sociétés », *Rev. Sociétés*, 2014, p.211, n°22. La fraude est présentée par l'auteur comme palliatif au régime très restrictif des nullités du droit des sociétés en ces termes, « face à toutes les difficultés du droit commun des sociétés pour exercer une action, le fondement de la fraude semble être une oasis au milieu du désert ».

<sup>1467</sup> Cf. Gibirila (D.), *Droit des sociétés*, Ellipses, coll. Manuel universités, 4<sup>e</sup> éd., 2012, p. 154, n°267 ; Legros (J.-P.), « Nullité des sociétés. Présentation générale », *op. cit.*, n° 135 et s. ; A. Charvériat (A.), Couret (A.) et Zabala (B.), *Sociétés commerciales* 2015, Francis Lefebvre, coll. Mémento pratique, 2014, n°89150.

<sup>1468</sup> Vidal (J.), *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe fraus omnia corrumpit*, thèse Toulouse, Dalloz, 1957, p. 154.

<sup>1469</sup> Vidal (J.), *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe fraus omnia corrumpit*, *op. cit.*, p. 178.

<sup>1470</sup> Cass. com., 6 juill. 1983, *Bull. civ.*, 1983, IV, n°206.

<sup>1471</sup> CA Paris, 25 nov. 2008, *RJDA*, 2009, n°236.

<sup>1472</sup> CA Paris, 3 févr. 2011, *Dr. Sociétés*, 2011, comm. 146, note Mortier (R.) ; V. aussi Cass. com., 20 mars 2007, *Bull. Joly Sociétés*, 2007, p.745.

méconnaissant les droits des tiers ou des associés. Dans cette dernière hypothèse, on peut citer le cas de la convocation anormalement précipitée du conseil d'administration destinée à agréer un nouvel actionnaire en l'absence d'un opposant à ce projet<sup>1473</sup>. Il s'agit d'un comportement consistant à peser de manière fautive sur l'équilibre des pouvoirs dans la société<sup>1474</sup> qui s'apprécie de façon particulière dans le contexte de l'OHADA.

**548. Contexte de l'OHADA.** L'article 245 al. 1 de l'AUDSCGIE dispose que dans les SCS ou SNC, « *l'accomplissement des formalités de publicité est requis à peine de nullité de la société, de l'acte, de la décision ou de la délibération* ». L'alinéa 2 ajoute qu'en présence de fraude, la juridiction compétente doit prononcer la nullité. Cette disposition réduit considérablement l'intervention judiciaire. Non seulement la fraude ne peut être une cause de nullité que dans un certain type de sociétés, mais aussi, elle ne s'applique qu'en matière de publicité. Quid des autres formes de sociétés ? Ou des autres cas d'irrégularités ? On pourrait tout de même penser qu'en application du droit commun des contrats, le juge pourra se fonder sur l'adage « *la fraude corrompt tout* ». Ainsi, pourra-il décider de la nullité des décisions ou délibérations modificatives ou non des statuts puisqu'en cette matière il détient un pouvoir d'appréciation du cas de nullité comme c'est le cas en présence d'abus de droit, même s'il faut souligner que cette appréciation est complexe.

## §2. L'appréciation complexe de l'abus de majorité

**549. L'innovation en droit de l'OHADA.** Le recours judiciaire à l'abus de majorité<sup>1475</sup> peut être appréhendé comme une mesure régulatrice lorsque l'objectif est de rétablir les équilibres au sein de la société<sup>1476</sup>. En droit français, l'abus de majorité ne fait l'objet d'aucune réglementation puisqu'il a pour origines la doctrine<sup>1477</sup> et la jurisprudence<sup>1478</sup>. Il a été créé dans

<sup>1473</sup> CA Versailles, 29 juin 2000, *Bull. Joly Sociétés*, 2000, p.1149, §285, note Le Cannu (P.).

<sup>1474</sup> CA Pais, 02 juill. 2002, *Bull. Joly Sociétés*, 2002, p.1204, §257, note Le Cannu (P.).

<sup>1475</sup> L'abus de minorité et d'égalité ne feront pas l'objet de cette étude dans la mesure où les décisions collectives constitutives d'abus de minorité et d'égalité ne sont pas sanctionnées par la nullité.

<sup>1476</sup> V. Némoy-Rajot (Q.), *Les interventions judiciaires spécifiques au droit des sociétés in bonis*, op. cit., p. 117, n° 152. Cet auteur pense que si l'abus de droit est une mesure de sanction, le juge y fait recours dans l'objectif de réguler la vie sociale.

<sup>1477</sup> Champetier de Ribes-Justeau (A.-L.), *Les abus de minorité et d'égalité, Etude comparative des droits français et américain des sociétés*, thèse Paris I, 2008, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, p. 24, n°28 et s. ; Esmel-Beraudy (P.), *De la spécificité de l'abus de droit en matière fiscale*, thèse Nice, ANRT, 2001, p.1, n°2, Malaurie (P.), Aynes (L.) et Stoffel-Munck (P.), *Les obligations*, LGDJ, coll. Droit civil, 6<sup>e</sup> éd., 2013, n°119.

<sup>1478</sup> En droit français, l'abus de majorité est défini pour la première fois dans la jurisprudence française par un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 18 avril 1961. Aux termes de cet arrêt, a été

l'optique de sanctionner tout comportement abusif lié à l'exercice du droit de vote des associés majoritaires. Contrairement au droit français, le droit de l'OHADA<sup>1479</sup> a évolué en apportant quelques précisions sur les éléments de définition de cette notion. Ces éléments obligent le juge à vérifier dans la décision contestée, la protection de l'intérêt majoritaire au mépris de l'intérêt des associés minoritaires, d'une part et de l'intérêt social, d'autre part. Or, la recherche de la contradiction entre ces multiples intérêts rend la mission du juge difficile. C'est pour cette raison que, malgré les précisions apportées par le législateur de l'OHADA quant à la détermination de l'abus de majorité, les débats autour de cette notion sont légions (A) et les limites dont elle fait l'objet exigent l'accès du juge aux nouvelles pistes de qualification de l'abus de droit (B).

### A. Les débats autour de la notion d'abus de majorité

**550. L'abus de majorité, une notion flexible.** L'abus de majorité est une notion historiquement controversée. Ses fondements, dont il convient de présenter les contours (1), ont été partiellement évoqués au sein de l'Acte uniforme OHADA. En l'absence d'une réelle définition de la notion d'abus de majorité par les textes, le juge l'adapte en fonction des situations. Cela rend son appréciation difficile (2).

#### 1. Les contours législatifs de l'abus de majorité

**551. La notion d'abus de droit.** En droit des sociétés, le *jus fraternitatis* qui caractérise le contrat de société perd son sens lorsque certains associés utilisent leurs droits et pouvoirs pour s'avantager soi-même au détriment des autres, pour privilégier un intérêt autre que l'intérêt social. Le bon fonctionnement de la société résulte davantage de la manière dont le droit est mis en œuvre par les associés eux-mêmes que des règles juridiques. Traditionnellement, l'abus entendu comme l'usage mauvais qu'on fait de quelque chose est réprimé lorsqu'il y'a rupture d'égalité des associés. Il s'agit d'une notion que l'on retrouve

---

retenu abusive, la décision prise « *contrairement à l'intérêt général et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité, au détriment de la minorité* ». V. Tricot (D.), « Abus de droit dans les sociétés : abus de majorité et abus de minorité », RTD com, 1994, p. 617.

<sup>1479</sup> Fénéon (A.), « Les droits des actionnaires minoritaires dans les sociétés commerciales de l'espace OHADA », Penant, n°839, p. 153 ; Carton (A.-M.), Martor (B.), « L'associé minoritaire dans les sociétés régies par le droit OHADA », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°1, 2010, p. 28.

dans toutes les disciplines juridiques<sup>1480</sup>. Un auteur<sup>1481</sup> a décrit la théorie de l'abus de droit comme une théorie « *qui permet d'apprécier, afin éventuellement de le sanctionner, le comportement d'une personne dans l'exercice d'un droit dont elle est titulaire* »<sup>1482</sup>. L'abus de droit peut être défini de façon restrictive et de façon extensive. Dans le premier cas, il désigne l'intention de nuire. Ainsi, il y'aurait abus, chaque fois qu'un droit sera utilisé dans un autre but que celui qui lui est socialement assigné<sup>1483</sup>. Dans le second, il fait référence à la notion de faute intentionnelle ou non intentionnelle. Dans l'un ou l'autre cas, le point de départ est la violation par certains organes de l'esprit du contrat de société, par la recherche d'un intérêt exclusivement personnel au détriment de l'intérêt social. Un auteur voit en l'abus de droit, « *la faute qui consiste à exercer son droit sans intérêt pour soi-même et dans le seul dessein de nuire à autrui, ou suivant un autre critère, à l'exercer en la connaissance de ses devoirs sociaux* »<sup>1484</sup>. Ainsi, l'abus survenu lors de l'adoption des décisions collectives est l'hypothèse classique d'usage de l'abus en droit des sociétés.

**552. Les éléments de définition de l'abus de majorité.** L'article 130 al 2 de l'AUDSCGIE dispose qu'« il y'a abus de majorité lorsque les associés majoritaires ont voté une décision dans leur seul intérêt, contrairement aux intérêts des associés minoritaires, et que cette décision ne puisse être justifiée par l'intérêt de la société ». Il ressort de cette définition deux critères cumulatifs qui renvoient à deux obligations pour le juge. Il doit en premier lieu, constater que la décision contestée votée par les associés majoritaires est contraire aux intérêts des associés minoritaires et en second lieu, vérifier qu'elle est contraire à l'intérêt de la société.

**553. La rupture d'égalité entre les associés.** La contrariété de l'acte contesté aux intérêts des associés minoritaires peut être un critère déterminant de définition de l'abus de majorité. Il est important de rappeler que toute société doit être constituée dans l'intérêt commun des associés. De même, la majorité tient son pouvoir non pour servir ses propres intérêts, mais pour servir les intérêts de tous les actionnaires. En matière d'abus de majorité, la création d'une rupture d'égalité<sup>1485</sup> entre associés est un élément décisif. Il pourrait même être retenu, comme seul critère de définition de l'abus de majorité. La tendance serait l'abandon de

<sup>1480</sup> Cf. Fages (B.), *Droit des obligations*, LGDJ, coll. Manuels, 8<sup>e</sup> éd., 2018, p. 345, n°396.

<sup>1481</sup> V. Josserand (L.), *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2006, Préface de Deroussin (D.).

<sup>1482</sup> V. Fages (B.), *Droit des obligations, op. cit.*

<sup>1483</sup> Josserand (L.), *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits, op cit.*

<sup>1484</sup> Cornu (G.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p.7, V. abus de droit a/ (civ.).

<sup>1485</sup> Cf. Faye (A.), « L'égalité entre associés (Acte uniforme sur le droit des sociétés et du GIE), *Rev. Droit écrit, Dr. Sénégalais* n°2, université des sciences sociales Toulouse, juin 2003, p.9.

la référence à l'intérêt social comme semble nous présenter la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 8 juillet 2015<sup>1486</sup>.

**554. Les arguments liés à l'abandon de la référence à l'intérêt social.** Les arguments à faire valoir sont nombreux pour soutenir l'idée d'abandon de la référence à l'intérêt dans le cadre de l'appréciation judiciaire de l'abus de majorité. D'abord, l'intérêt d'une société est celui de tous les associés égaux entre eux à raison de leur participation au capital. Apprécier l'intérêt des associés serait par ricochet, apprécier l'intérêt de la société. Ensuite, le critère unique permettrait de prévenir toute appréciation judiciaire de l'intérêt de la collectivité et le juge s'attèlerait à l'exercice de sa véritable fonction. Toutefois, ce critère manque de pertinence.

**555. L'absence de pertinences de ce critère.** Cette approche paraît moins pertinente car elle peut favoriser une ingérence déplorable du juge dans la société. En faisant de la rupture d'égalité le seul critère de détermination de l'abus de majorité, on reconnaîtra ainsi au juge le pouvoir de déterminer librement ce qu'il faut entendre par « *égalité* » entre associés ; et celui d'apprécier souverainement si l'acte contesté a brisé cette « *égalité* ». Or, en droit « *l'égalité* » est une notion polysémique voire mythique dont il est prudent pour le juge de ne peut en faire recours en matière d'appréciation de l'abus de droit. De même, ce sera l'occasion pour le juge de sanctionner une décision qui rompt l'égalité entre associés alors même qu'elle n'est pas contraire à l'intérêt social. Or, une décision peut rompre l'égalité entre associés, tout en étant conforme à l'intérêt social. Tel est le cas lorsque la survie de la société nécessite que les associés procèdent à la cession forcée des droits d'un associé, ou à l'augmentation de capital. La condition de l'intérêt social paraît donc être l'élément essentiel de la détermination de l'abus de majorité.

**556. L'intérêt social, critère incontournable de détermination de l'abus de majorité.** Au détriment de la reconnaissance de la rupture intentionnelle de l'égalité entre associés comme critère de définition de l'abus de majorité, on pourrait reconnaître l'intérêt social comme seul critère de détermination de l'abus de majorité. Ainsi, c'est en vue de

---

<sup>1486</sup> Cass. civ., 8 juill. 2015, *Dr. des sociétés*, n°11, 2015, comm. 190, commentaire Mortier (R.). L'auteur observe que « le critère de la rupture d'égalité ne posait, une fois de plus, pas de difficulté particulière : en évitant soigneusement et systématiquement toute distribution de dividende, afin de prêter les sommes correspondantes à certaines de ses associés, l'associé majoritaire prenait manifestement une décision prise dans l'unique dessein de se favoriser au détriment des associés minoritaires ».



protéger l'intérêt social que les décisions prises par les associés majoritaires se détournent de l'usage abusif de leur droit. Il s'agit là également d'une conception limitée.

**557. Les limites liées à cette conception.** L'abus de majorité ramené à la seule conformité à l'intérêt social remettrait en cause le pouvoir reconnu aux membres de la majorité, dans la détermination du contenu de l'intérêt social. Ce pouvoir serait exclusivement reconnu au juge avec pour conséquence, le risque de substitution au gouvernement majoritaire un gouvernement judiciaire sur initiative minoritaire. Le pouvoir de sanction reconnu au juge est alors limité par les pouvoirs de l'assemblée. L'adoption de l'un ou l'autre de ces critères individuellement entraîne une conception trop large de l'abus de majorité. L'appréciation de l'abus de majorité ne peut provenir ni de l'atteinte aux intérêts des associés minoritaires, ni de la seule atteinte à l'intérêt social, mais du cumul des deux critères. Ce cumul est le moyen le plus efficace permettant d'éviter que le juge n'opère qu'un contrôle d'opportunité de la politique sociale, puisqu'il a l'obligation de procéder à la vérification d'un double critère dont les deux termes sont cumulatifs. En tout état de cause, il revient en dernier ressort au juge de faire application de l'abus de majorité et cette tâche ne va pas sans poser de difficultés.

## *2. Une application jurisprudentielle difficile de l'abus de majorité*

**558. Essai de mise en commun des critères de l'article 130 al 2 de l'AUDSCGIE.** Il est important de rappeler que l'existence de l'abus de majorité implique la présence de deux éléments. La décision critiquée doit être prise dans le seul but de favoriser les associés majoritaires au détriment des associés minoritaires. En outre, elle doit être contraire à l'intérêt social. Il est question ici de voir comment le juge met en relation ces deux critères de détermination de l'abus de majorité. L'examen d'une décision du Tribunal de Niamey du 26 mars 2003<sup>1487</sup> intervenue à ce sujet nous semble opportun.

**559. Des critères méconnus.** Dans cette affaire, le juge n'a pas retenu l'abus de majorité pour plusieurs motifs tirés du comportement de l'associé minoritaire, d'une part et l'état de santé de la société, d'autre part. D'un côté, le juge a reproché à cet associé son abstention. Il n'avait rapporté ni la preuve d'une faute de gestion du gérant, ni de la fausseté des comptes des associés, ni la preuve que les résolutions visées avaient été inspirées pour favoriser un groupe d'associés au détriment de l'autre, et encore moins la preuve que l'intérêt

---

<sup>1487</sup> T.Niamey, 26 mars 2003, n°96, *Ohadata* J-02-198.

social avait été méconnu. Par ailleurs, le juge a relevé que l'associé minoritaire, contestateur de la décision, avait fait valoir son droit d'associé en s'abstenant de voter. D'un autre côté, le rapport d'expertise avait confirmé l'état des comptes des associés et avait révélé que la société avait un important besoin de financement en capitaux. En l'espèce, on constate que le Tribunal est allé au-delà des exigences prévues à l'article 130 al.2 de l'AUDSCGIE. Cela se justifie par la mention judiciaire de l'absence de preuve d'une faute de gestion et de la fausseté des comptes d'associés. L'absence de preuve du caractère objectif de la résolution et l'absence de preuve de la méconnaissance de l'intérêt social auraient, à notre avis, suffi à justifier le refus de l'abus de majorité. Il serait bon que seuls les deux critères prévus par le législateur soient pris en considération par le juge.

**560. La contrariété à l'intérêt social, critère déterminant de l'abus de majorité.** De nombreuses décisions tant des juridictions françaises que de celles de l'OHADA, révèlent qu'il ne suffit pas qu'une décision majoritaire ait méconnu le principe du traitement égalitaire des associés. Cette condition est certes nécessaire mais pas suffisante. Le juge doit en plus et surtout constater que cette décision est contraire à l'intérêt social. Elle pourrait être une condition déterminante, voire suffisante si l'on accorde du crédit à l'arrêt de rejet non publié du 24 mai 2016<sup>1488</sup>. En l'espèce, la chambre commerciale a retenu que la décision des associés majoritaires de vendre le terrain acquis par la société et l'immeuble en cours de construction à un prix inférieur à sa valeur était contraire à l'intérêt social. Par conséquent constitutive d'abus de majorité. Selon les juges, il est inutile de se demander si l'opération critiquée protège les intérêts des uns et empiète sur les intérêts des autres. Il suffit de s'interroger sur la contrariété à l'intérêt social. En l'absence d'une telle contrariété, il n'y a pas d'abus. De façon systématique, on pourrait conclure qu'encourt cassation, l'arrêt qui juge abusive une résolution prise au détriment d'un associé minoritaire sans rechercher en quoi la résolution était contraire à l'intérêt social. Cette solution constituerait certes un début de solution, mais elle ne suffira pas à mettre fin aux difficultés d'intervention judiciaire. Car, les difficultés d'appréciation judiciaire de l'abus de majorité résultent, aussi et surtout, de l'absence de précision de la notion d'intérêt social et nécessite de nouvelles pistes de qualification de l'abus de droit.

---

<sup>1488</sup> Cass. com, 24 mai 2016, n°14-28.121, inédit, disponible sur [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr), consulté le 19/11/16

## **B. La nécessité de nouvelles formes d'abus de droit en droit de l'OHADA : la décision de révocation du dirigeant social**

**561. L'affirmation du principe de loyauté.** Le recours judiciaire au principe de loyauté en matière de contrôle des décisions de révocation du dirigeant social nous semble indispensable dans le contexte de l'OHADA<sup>1489</sup>. La loyauté est une notion qui, en dépit de son caractère sibyllin, prend de plus en plus ses marques en droit des sociétés. Un auteur la définit comme « *une norme de comportement consistant à adopter une attitude, adaptée à chaque situation, générant de la confiance et conforme à la confiance légitime reçus dans le cadre de ladite situation* »<sup>1490</sup>. Dans de nombreuses affaires, les juges français ont considéré comme abusives les décisions de révocation des dirigeants sociaux intervenues de manière brutale. Ainsi, par arrêt du 14 mai 2013<sup>1491</sup>, la Cour de cassation a décidé que la révocation ne peut être abusive « *que si elle a été décidée brutalement, sans respecter l'obligation de loyauté dans l'exercice du droit de révocation* ». De même, conformément à l'attendu de l'arrêt du 3 mars 2015, la Cour de cassation a décidé que, « *attendu, en second lieu, qu'ayant constaté, sans avoir à faire d'autre recherche dès lors qu'il n'était pas allégué par les sociétés que M. X avait été mis en mesure de s'exprimer utilement devant les différents organes sociaux investis du pouvoir de le révoquer avant que les décisions de révocations fussent prises, qu'il était établi « qu'il n'y avait pas eu respect du contradictoire » à l'occasion de ces révocations, la cour d'appel, qui a ainsi fait ressortir que les sociétés avaient manqué à leur obligation de loyauté dans l'exercice de leur droit de révocation, de sorte que celui-ci était entaché d'abus, a légalement justifié sa décision* »<sup>1492</sup>.

**562.** Quelques années plus tard, l'exigence du respect du principe de loyauté a été imposée par la Cour de cassation dans l'affaire du 22 novembre 2017<sup>1493</sup>. Dans cette affaire, le principe de loyauté a été le point fondamental des débats. La Cour a déclaré que la décision de révocation du président d'une SAS n'a pas respecté l'obligation de loyauté parce que cette décision a été obtenue sur le fondement d'un rapport ne correspondant pas à la réalité des griefs reprochés au président. Par conséquent, le président n'a pas pu s'expliquer sur les points qui ne lui avaient pas été préalablement annoncés. Le principe de la loyauté a ceci d'avantageux

---

<sup>1489</sup> V. Infra n° 32.

<sup>1490</sup> Périn (P.-L.), « L'affirmation du principe de loyauté dans la conduite de la révocation du dirigeant de la SAS », note sous Cass. com., 22 nov. 2016, n°15-14.911, *Rev. Sociétés*, 2017, p. 215, n°2.

<sup>1491</sup> Cf. Cass. com., 14 mai 2013, *Rev. Sociétés*, 2013, p. 566, n°10, note sous Saintourens (B.).

<sup>1492</sup> V. Cass. com., 3 mars 2015, *Bull. Joly sociétés*, 2015, n°6, p.286, note Poracchia (D.).

<sup>1493</sup> V. Cass. com., 22 nov. 2016, n°15-14.911, *Rev. Sociétés*, 2017, p. 213, note sous Périn (P.-L.).

qu'elle s'appuie sur la réalité sociale d'une part et sur les intentions de l'auteur de l'acte d'autre part. De la sorte, le juge ne devrait considérer comme abusives que les circonstances de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la réputation du dirigeant social et les révocations grossières. Toutefois, ce principe de loyauté ne viendrait pas remettre en cause le caractère abusif de la révocation. En revanche, elle participerait à rendre caduque le formalisme dont fait preuve l'exigence du respect du principe du contradictoire<sup>1494</sup>.

**563. L'abus de droit fondé sur l'absence de loyauté.** La prise en considération du principe de loyauté n'aurait pas pour effet d'exclure la notion d'abus de droit en tant que fondement de la sanction de la décision de révocation contestée. En effet, il devrait permettre d'établir une révocation abusive, car son adoption n'aurait de sens que parce qu'il aurait inclut la notion d'abus de droit. Par ailleurs, l'article 522 al. 2 de l'AUDSCGIE trouverait désormais à s'appliquer<sup>1495</sup> dans la mesure où, l'attitude grossière de l'assemblée constitutive d'abus ne serait plus dorénavant entendue comme le non-respect du principe du contradictoire. L'exigence jurisprudentielle du principe du contradictoire dans l'exercice du droit de révocation du dirigeant laisserait place à l'exigence du principe de loyauté. Ainsi, la déloyauté constituerait le fondement d'une révocation abusive. Il reviendrait au juge d'apprécier souverainement le caractère grossier de la révocation. Son appréciation devrait rester exceptionnelle et justifiée par la protection de l'intérêt social.

L'assemblée générale a un large pouvoir en matière de révocation du dirigeant social qu'il convient d'encadrer. Pour une meilleure protection tant de l'intérêt de la société que de celui des dirigeants sociaux, le juge devrait sanctionner la décision de révocation prise de manière abusive. Ainsi, la sanction du comportement abusif de l'auteur de l'acte permettrait d'allouer des dommages et intérêts au dirigeant révoqué et de réguler les rapports sociaux afin d'éviter des différends sources de crises sociales.

---

<sup>1494</sup> Périn (P.-L.), « L'affirmation du principe de loyauté dans la conduite de la révocation du dirigeant de la SAS », note sous Cass. com., 22 nov. 2016, n°15-14.911, *Rev. Sociétés*, 2017, p. 218, n° 12.

<sup>1495</sup> L'art. 522 al. 2 de l'AUDSCGIE qui consacre la liberté de révocation discrétionnaire trouve un contre poids avec la création prétorienne du principe du contradictoire. D'un côté, la loi laisse le soin à l'assemblée générale de procéder à la révocation du dirigeant sans inscription préalable de la question à l'ordre du jour de l'assemblée. Ainsi, le dirigeant n'a pas besoin d'être informé de sa révocation. D'un autre côté, la jurisprudence exige que la décision de révocation respecte le principe du contradictoire, c'est à dire que le dirigeant soit en même de se défendre sur les causes de sa révocation.

## Conclusion chapitre 1

**564.** En droit des sociétés commerciales, le principe « *pas de nullité sans texte* » occupe une place majeure. En effet, conformément à l'annulation de plein droit, le juge ne peut prononcer la nullité d'un acte irrégulier que lorsqu'un texte le prévoit. Par ailleurs, cet organe est parfois contraint de procéder à la régularisation de l'acte irrégulier, en dépit de la réunion de toutes les conditions nécessaires à l'exercice de l'action en nullité. Il peut par exemple, ordonner des mesures correctives pour faire disparaître l'irrégularité de l'acte contesté, en dépit des obstacles qu'il rencontre lors de leur mise en œuvre. La restriction des pouvoirs judiciaires en matière de nullité en droit des sociétés commerciales ne va pas sans inconvénients dans la mesure où, cette restriction n'a pas été accompagnée des techniques d'intervention judiciaire adaptées au contexte sociétaire. En réalité, les nombreuses lacunes et imprécisions des textes rendent difficile la mise en œuvre du régime particulier de ces nullités. C'est notamment le cas en matière d'annulation de plein droit lorsque le juge est appelé à déterminer soit la disposition impérative, soit la disposition jugée essentielle pour les statuts, soit enfin à apprécier la violation d'un texte régissant les contrats. Du fait de l'imprécision des textes sur ces différentes notions, le juge fait recours à des critères divers et divergents. Par ailleurs, l'annulation de plein droit pose un autre problème relatif au pouvoir du juge face aux actes irréguliers qui n'appartiennent à aucun cas de nullité expressément prévus par le législateur.

**565.** En revanche dans certaines hypothèses, la détermination du cas de la nullité est laissée à l'appréciation du juge. Le législateur de l'OHADA a utilisé des expressions telles que « *le juge a la faculté de prononcer la nullité* » ou encore « *le juge peut prononcer la nullité* », pour consacrer le pouvoir souverain du juge en matière de nullité. Le pouvoir judiciaire d'appréciation du cas de nullité est une arme permettant au juge de créer des sanctions lorsqu'il existe un vide juridique, ou d'apporter des éléments de définitions aux nombreux standards créés par le législateur. Le pouvoir judiciaire pose des problèmes chaque fois que l'Acte uniforme est muet ou ne donne aucune indication terminologique à partir de laquelle le juge pourrait retenir son pouvoir. La nullité est une sanction incontournable dans l'environnement sociale. Elle incite au respect des normes et invite les parties à plus de vigilance lors de la rédaction des actes. Sa mise en œuvre se fait nécessairement par une intervention judiciaire. La clarté des textes en matière de définition des pouvoirs judiciaires en ce domaine demeure nécessaire pour l'implication efficace du juge au sein des sociétés.

## Chapitre 2. Les lacunes du régime de la responsabilité civile

**566. La mise en œuvre de la responsabilité civile.** La responsabilité civile peut être définie comme l'obligation de réparer « *le dommage causé à autrui, soit en nature, soit par équivalent* »<sup>1496</sup>. Un courant doctrinal et jurisprudentiel a toujours soutenu que celui qui commet une faute en exerçant son droit engage sa responsabilité<sup>1497</sup>. Dans cette optique, le juge saisi d'une action en responsabilité doit permettre l'accomplissement des trois fonctions suivantes : la fonction punitive, la fonction indemnitaire et la fonction préventive<sup>1498</sup>. Ainsi, qu'il s'agisse de la mise en œuvre de la responsabilité civile dans le cadre de droit commun ou de sa réalisation en droit des sociétés commerciales, la mission du juge est répartie en trois étapes auxquelles on peut ajouter une quatrième. Elle consiste en l'appréciation de la faute, la détermination du préjudice subi, lorsque cela est nécessaire<sup>1499</sup>, et l'établissement du lien de causalité entre la faute et le préjudice. Ces actions sont précédées d'une phase préalable : celle du contrôle des conditions de recevabilité de l'action. Concernant l'appréciation de la faute, une grande instabilité existe quant aux critères de sa définition car les textes ne sont pas suffisamment clairs en la matière. En l'absence de clarté des textes le juge a, au fil des années, créé des concepts sur lesquels reposent soit la responsabilité des dirigeants sociaux, soit la responsabilité des associés ou encore celle de la société. Cependant ces concepts, divers et divergents, évoluent en fonction du cas soumis au juge. S'agissant de la détermination du préjudice, quant à elle, les faiblesses sont nombreuses. Il est très difficile que la faute commise soit la seule cause ou la cause principale du préjudice. Cela concourt à l'établissement équivoque du lien de causalité. Par ailleurs, en raison de l'absence de régime de responsabilité civile autonome<sup>1500</sup> en droit des affaires, le juge recourt à la fois aux régimes spéciaux<sup>1501</sup> et au

<sup>1496</sup> Cf. Guinchard (S.), Debard (T.) dir., *Lexique des termes juridique 2020/2021*, Dalloz, 28<sup>e</sup> éd., 2020, p.929, v. *Responsabilité civile*.

<sup>1497</sup> V. Ripert (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949, n°90, p. 159.

<sup>1498</sup> Cf. Mekki (M.), « La cohérence sociologique du droit de la responsabilité civile », in *Etudes offerts à Geneviève Viney*, Liber Amicorum, LGDJ, 2008, p.747.

<sup>1499</sup> En France, les juges ont décidé dans une affaire que l'existence d'un préjudice n'est pas nécessaire matière de responsabilité contractuelle. V. Cass. civ., chbre 3<sup>e</sup>, 3 déc. 2003, n°02-18.033, *Bull.civ.* 2003 ; *Addé*, Delebecque (Ph.) et Pansier (Fr.- J.), *Droit des obligations. Responsabilité civile, délit et quasi-délit*, LexisNexis, 8<sup>e</sup> éd., 2019, 22, n°39.

<sup>1500</sup> Cf. Ballot-Léna (A.), *La responsabilité civile en droit des affaires, des régimes spéciaux vers un droit commun*, thèse Paris X, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, t. 493, 2008.

<sup>1501</sup> Le recours judiciaire aux règles spécifiques en matière de responsabilité de la société est imposé par les limites du régime de la responsabilité civile de droit commun. V. sur la question not. Ballot-Léna (A.), *La responsabilité civile en droit des affaires, des régimes spéciaux vers un droit commun, op. cit.*, p. 487, n°525.

régime de droit commun de la responsabilité<sup>1502</sup>. Or, la cohabitation de ces différents régimes rend la mission du juge difficile. La mise en œuvre de la responsabilité civile en droit des sociétés commerciales est très complexe pour le juge. Cette complexité prend ses sources soit des défaillances propres à la responsabilité civile de la société et des associés (Section 1), soit des lacunes de la responsabilité civile des dirigeants sociaux (Section 2).

## **Section 1. Les défaillances propres à la responsabilité civile de la société et des associés**

**567. Une responsabilité conditionnée.** En droit des sociétés, la mise en œuvre de la responsabilité civile de la société et des associés n'est pas automatique. En effet, ces différentes responsabilités ont été longtemps critiquées et ne sont admises aujourd'hui, en priorité par la jurisprudence et la doctrine, que sous certaines conditions difficilement applicables. La question de la personnalité juridique de la société et celle de la faute personnelle de l'associé soulèvent des interrogations quant au pouvoir judiciaire d'appréciation du cas de responsabilité. Le juge se trouve confus face au domaine limité de la responsabilité des sociétés (§1) ou au caractère exceptionnel de la responsabilité civile des associés (§2).

### **§1. Le domaine limité de la responsabilité des sociétés commerciales**

**568. L'absence de régime spécial.** L'AUDSCGIE n'a pas prévu un régime spécial de responsabilité civile de la société commerciale. Or en tant que personne morale, elle doit répondre de ses faits dommageables. C'est ainsi qu'au même titre que la personne physique et en référence au droit commun de la responsabilité contractuelle de droit commun, le juge peut engager la responsabilité de la société en cas de faute. Toutefois, cette mission ne semble pas aisée. En effet, si la nature hybride de la société a permis au juge de poser le principe de l'autonomie de la responsabilité civile de la société (A), la question de l'existence de la

---

<sup>1502</sup> En effet, « Le mécanisme de la responsabilité civile a été exporté hors champs du droit civil par le législateur comme par la jurisprudence, notamment pour réguler les relations d'affaires, et s'applique désormais dans tous les domaines du droit ». V. Baillot-Léna (A), « Les pratiques des affaires saisies par le droit commun de la responsabilité civile français », *Pratique des affaires et règles juridiques : Influences, limites*, 2016, disponible sur [www.revuegeneraledudroit.eu](http://www.revuegeneraledudroit.eu), consulté le 06/11/16.

personnalité juridique des sociétés contribue à rendre impossible la mise en œuvre de cette responsabilité dans certaines formes sociales (B).

### A. La reconnaissance judiciaire de la responsabilité civile autonome des sociétés

**569. La réalité de la personne morale.** Les débats<sup>1503</sup> entre les adeptes de la réalité de la personne morale et ceux de la fiction n'est plus d'actualité. La responsabilité de la société commerciale est désormais reconnue par les juges. Cette responsabilité repose sur l'article 1242 nouveau du code civil français qui dispose qu'« *on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde* ». Conformément à cet article, toute personne ayant subi un préjudice du fait des actes sociaux peut saisir le juge pour que soit établie la responsabilité de la société<sup>1504</sup>. En effet, la société commerciale, en sa qualité de sujet de droit, est tenue de répondre de ces actes indépendamment de son auteur, dirigeant ou préposé. Il s'agit de l'obligation qu'elle a de réparer les dommages causés au cours de son fonctionnement<sup>1505</sup> par les biens ou les personnes qui sont chargées d'assurer sa gestion.

**570.** Cette conception de la faute est celle retenue en France par le projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017<sup>1506</sup>. Ce projet proposait la réécriture de l'article 1242-1 du code civil français en ces termes : « *la faute de la personne morale résulte de celle de ses organes ou d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement* ». Ainsi, une lecture minutieuse de cet article permet de comprendre que le juge pourrait retenir la faute dans deux hypothèses distinctes. Dans un premier temps, la responsabilité de la société serait engagée chaque fois que le préjudice résulterait d'un acte de toute nature posé par un organe social. Dans un second temps, le juge retiendrait la faute lorsque l'acte préjudiciable aurait été commis par l'organe social au moment de l'organisation ou du fonctionnement de la société. Cette définition n'a pas été approuvée par une partie de la doctrine<sup>1507</sup> qui propose, dans l'une de ses recommandations,

<sup>1503</sup> V. sur la question Cozian (M.), Viandier (A.) et Deboissy (Fl.), *Droit des sociétés*, LexisNexis, 31<sup>e</sup> éd., coll. Manuel, 2018, p. 101, n°266 ; Wicker (G.), *La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit ; Mélanges Oppetit*, Litec, 2009, p.689.

<sup>1504</sup> Sur la question de l'autonomie de la responsabilité civile de la société V. Schmeidler (J.), « La responsabilité de la société mère pour les actes de sa filiale », *Dalloz*, 2013, p. 584.

<sup>1505</sup> V. Cass. civ., 15 janv. 1872, *Dalloz* 1872, 1, 166.

<sup>1506</sup> Projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017, disponible sur [www.justice.gouv.fr](http://www.justice.gouv.fr), consulté le 18/03/20.

<sup>1507</sup> Chagny (M.), « La réforme du droit français de la responsabilité civile et les relations économiques », *Rapport du groupe de travail de la Cour d'appel de Paris*, avr. 2019, disponible sur [www.justice.gouv.fr](http://www.justice.gouv.fr), consulté le 18/03/20.



l'abandon de cet article. Selon elle, cette conception octroie d'importants pouvoirs au juge et l'expose à un énorme risque d'ingérence dans la gestion de la société. À notre avis, cette définition nous semble adaptée au contexte sociétaire dans la mesure où elle donnerait au juge l'opportunité d'apprécier la faute en se fondant sur l'intérêt social. Le juge devrait simplement faire preuve de prudence si cette définition est retenue. En tout état de cause, le juge a désormais la possibilité de sanctionner directement la société « *sans avoir à mettre en cause la personne qui est intervenue dans la réalisation du dommage, dirigeant ou préposé* »<sup>1508</sup>. La confusion de la faute de l'organe social avec celle de la société fait appel, à notre avis, à la notion de faute attachable à la fonction évoquée par la jurisprudence française.

**571. La faute attachable à la fonction.** Si en droit des sociétés commerciales, le juge peut engager la responsabilité civile de la société, l'auteur de la demande en responsabilité n'est nullement contraint d'apporter la preuve de l'existence d'une faute propre commise par la société elle-même<sup>1509</sup>. Il s'agit en effet d'un principe posé par l'arrêt du 27 avril 1977. Dans cette affaire, les juges avaient décidé que « *la personne morale répond des fautes dont elle s'est rendue coupable par ses organes et en doit la réparation à la victime sans que celle-ci soit obligée de mettre en cause, sur le fondement de l'article 1384, alinéa 5*<sup>1510</sup>, *lesdits organes pris comme préposés* »<sup>1511</sup>. Ce principe posé dans le cadre des sociétés civiles, a été suivi en droit des sociétés commerciales dans un arrêt du 3 juin 2008<sup>1512</sup>. En l'espèce, la Haute cour avait cassé la décision de la Cour d'appel en rappelant que la société est responsable des fautes commises par ses organes dans l'exercice de leurs fonctions. Autrement dit, le juge peut admettre la responsabilité civile de la société dès lors que la faute de son organe ayant causé le dommage est liée à l'exploitation de la personne morale.

En effet, cette position qui nous semble logique trouve ses fondements dans le mode de fonctionnement de la société commerciale. Les organes sociaux, notamment les dirigeants sociaux, sont des mandataires qui représentent la personne morale. Par conséquent, il paraît évident que les conséquences nées des limites de son fonctionnement soient supportées par la

<sup>1508</sup> Cozian (M.), Viandier (A.) et Deboissy (Fl.), *Droit des sociétés*, op. cit., p. 146, n°350.

<sup>1509</sup> Nemoz-Rajot (Q.), *Les interventions judiciaires spécifiques au droit des sociétés commerciales in bonis*, thèse Lyon III, 2015, p. 443, n°633.

<sup>1510</sup> À la suite des modifications apportées par l'ord. n°2016-131 du 10 févr. 2016, l'article 1384 al. 5 du code civil français est devenu l'art. 1242 al. 1.

<sup>1511</sup> Cass. civ., 2<sup>ème</sup>, 27 avr. 1977, *Bull. civ.*, 1977, II, n°108, p. 74. Dans cette affaire, la décision de la Cour de cassation venait casser la décision des juges de fond qui avait refusé d'établir la responsabilité de la société car selon eux, celle-ci ne saurait avoir pour fondement l'existence d'une faute.

<sup>1512</sup> Cass. com., 3 juin 2008, *RJDA*, 11/2008, n°1131 ; *Rev. Sociétés*, 2009, p. 113, note Dondero (B.) ; *Bull. Joly Sociétés*, 2008, p. 888, note Garçon (J-P.).

personne morale. La société commerciale, en tant que personne morale, a donc la lourde mission d'organiser et de garantir le bon fonctionnement de ses organes sous peine de voir sa responsabilité civile engagée lorsque la condition de l'existence de la personnalité juridique est remplie.

## B. Une responsabilité subordonnée à la personnalité juridique

**572. L'existence juridique de la société.** Un auteur, établissant les points de convergences et de divergences entre l'homme et la société par actions, considérait que « *l'homme a créé des sociétés par actions à son image. Il leur a donné la personnalité juridique, une personnalité semblable à celle qui est reconnue aux individus : la grande habileté consiste à considérer la personnalité des êtres moraux comme exactement semblable à celle des êtres humains* »<sup>1513</sup>. S'il est admis que l'on n'ait « *jamais troussé une personne morale* »<sup>1514</sup>, la société commerciale devient une personne dès son immatriculation<sup>1515</sup>. En effet, par le biais de la personnalité juridique, elle acquiert la capacité juridique<sup>1516</sup>. C'est-à-dire l'aptitude à être titulaire de droits, mais aussi et surtout, d'obligations susceptibles d'entraîner sa responsabilité. Cette immatriculation qui lui confère la personnalité juridique, et par ricochet de nombreux avantages<sup>1517</sup>, se fait au RCCM<sup>1518</sup>. Dès lors, la date de son inscription au RCCM marque le point de départ de sa personnalité morale<sup>1519</sup>. Toutefois, ce point de départ pose la question du sort des actes accomplis dans la période comprise entre la date de signature du contrat de société et celle de la jouissance de cette personnalité morale. Le législateur a consacré de nombreux articles permettant au juge de les encadrer et de protéger les tiers.

**573. La reprise des actes pris avant l'acquisition de la personnalité morale.** Dans le but de protéger les tiers, le législateur de l'OHADA prévoit des techniques d'encadrement des actes et engagements pris pour le compte de la société en formation avant sa constitution

<sup>1513</sup> V. Le Doyen Ripert (G.), *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1951, p. 53, n° 30.

<sup>1514</sup> Cozian (M.), Viandier (A.) et Deboissy (Fl.), *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 101 et s., n° 265 et s.

<sup>1515</sup> Cf. art. 98 de l'AUDSCGIE.

<sup>1516</sup> V. Dondero (B.), *Droit des sociétés*, Dalloz, coll. Hypercours, 6<sup>e</sup> éd., 2019, p.93 et s., n°123 et s.

<sup>1517</sup> Il s'agit notamment de la possibilité de contracter, d'avoir un patrimoine propre, distinct de celui des associés, etc.

<sup>1518</sup> Cf. art. 97 de l'AUDSCGIE.

<sup>1519</sup> Piih (D.) et Kamga (J.), *OHADA/ Code bleu, Traité, Actes uniformes, Règlements de procédure et arbitrage, Jurisprudence annotée*, 4<sup>e</sup> éd., Juriafrica, 2016, p.222.

d'une part<sup>1520</sup>, et ceux pris pour le compte de la société constituée avant son immatriculation, d'autre part<sup>1521</sup>. Aux termes de l'article 108 de l'AUDSCGIE, lorsque les formalités de reprise ont été régulièrement effectuées, les actes et engagements pris par les fondateurs pour le compte de la société en formation peuvent être repris par la société à la suite de son immatriculation au RCCM. En outre, l'article 11 du même acte ajoute que l'immatriculation de la société au RCCM emporte reprise par la société, des engagements pris par le dirigeant social pour le compte de la société constituée. En effet, la société en formation ou celle constituée ne pouvant contracter, le fondateur ou le dirigeant social nommé à cet effet peut s'engager personnellement pour son compte. Cet engagement est fait sous réserve de sa reprise par la société après son immatriculation. Dès lors, la société devient titulaire des droits, des devoirs et des actes litigieux<sup>1522</sup>. Ce qui décharge le fondateur ou le dirigeant social de toute responsabilité<sup>1523</sup>. Le juge peut donc engager la responsabilité de la société lorsque ces actes ont causé un préjudice à un tiers. Toutefois, l'intervention du juge est limitée lorsqu'il s'agit des actes délictuels ou quasi-délictuels car ils ne peuvent faire l'objet d'une reprise<sup>1524</sup>.

**574.** A contrario, la reprise des actes et engagements pris par le fondateur dans le cadre de la société en formation ou du dirigeant social pour les sociétés constituées n'est possible que lorsque les conditions de sa mise en œuvre ont été respectées. C'est notamment le cas de l'approbation des actes et engagements du fondateur par l'assemblée générale ordinaire<sup>1525</sup> ou par l'assemblée constitutive<sup>1526</sup>. Dans ces cas, la société ne peut voir sa responsabilité mise en jeu puisque ces actes et engagements lui sont inopposables. Les personnes qui les ont souscrits sont alors tenues solidairement et indéfiniment par les obligations qu'ils comportent<sup>1527</sup>. Il s'agit là de l'un des affaiblissements du domaine de la responsabilité des sociétés commerciales dont la conséquence est le rejet de la responsabilité des sociétés commerciales sans personnalité juridique.

---

<sup>1520</sup> Cf. arts. 106 à 110 de l'AUDSCGIE.

<sup>1521</sup> Cf. arts. 111 à 113 de l'AUDSCGIE.

<sup>1522</sup> Après l'immatriculation de la société, les actes et engagements pris pour son compte au cours de sa formation ou après sa constitution mais avant son immatriculation, sont considérés comme avoir été contractés par celle-ci dès l'origine.

<sup>1523</sup> Cass. com., 13 déc. 2005, *Bull. Joly Sociétés*, 2006, §104, p. 518, note Le Cannu (P.).

<sup>1524</sup> Bourgeois (C.), « Société en formation et exercice d'une action en justice : enjeux théoriques et pratiques », *Dalloz*, 2008, p. 1160, n°13.

<sup>1525</sup> Cf. art. 108 de l'AUDSCGIE.

<sup>1526</sup> Cf. art. 109 de l'AUDSCGIE.

<sup>1527</sup> Cf. art. 110 al. 2 de l'AUDSCGIE.

**575. L'engagement personnel des associés, du gérant ou des filiales des sociétés mères.** La possession préalable de la personnalité juridique comme condition de la responsabilité civile des personnes morales exclut l'intervention judiciaire dans certaines sociétés. C'est notamment le cas de la société en participation<sup>1528</sup>, du groupe de société<sup>1529</sup>, de la société créée de fait<sup>1530</sup> et de la société de fait<sup>1531</sup>. Ces sociétés ont pour caractéristique commune, l'absence d'immatriculation au RCCM. Des auteurs qualifiaient les sociétés non immatriculées de « *drôles de sociétés, fuyantes, informes, éphémères (...) à qui il manque un attribut essentiel : la personnalité morale* »<sup>1532</sup>. N'ayant donc pas la personnalité juridique, le juge ne peut pas engager leur responsabilité civile<sup>1533</sup>.

**576.** S'agissant de la société en participation, de la société créée de fait et de la société de fait, « *chaque associé contracte en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des tiers* »<sup>1534</sup>, conformément aux dispositions de l'Acte uniforme. Il en est de même pour le gérant dont la mise en œuvre de la responsabilité n'est pas soumise à la condition de l'existence de la faute séparable des fonctions comme c'est le cas dans les autres formes sociales. Cette solution a été retenue par les juges français dans un arrêt du 4 février 2014<sup>1535</sup>. En l'espèce, les juges ont refusé de mettre en œuvre la responsabilité civile de la société en justifiant leur décision par l'absence de personnalité morale de la société. Selon eux, la société ne pouvait voir sa responsabilité civile engagée parce que le tiers ne contractait pas *directement* avec elle mais avec le gérant.

Au même titre que la société en participation ou la société créée de fait, le groupe de sociétés n'a pas de personnalité morale, du fait de son inexistence juridique<sup>1536</sup>. Sa spécificité réside dans le fait qu'il « *forme une unité économique tout en restant juridiquement*

<sup>1528</sup> Une société en participation est une société dans laquelle les associés ont convenu de ne pas l'immatriculer au RCCM. V. Art. 854 et s. de l'AUDSCGIE.

<sup>1529</sup> Le groupe de sociétés « est l'ensemble formé par des sociétés unies entre elles par des liens divers qui permettent à l'une d'elles de contrôler les autres ». Cf. art. 173 de l'AUDSCGIE.

<sup>1530</sup> Il y a société créée de fait chaque fois que deux ou plusieurs personnes physiques ou morales se comportent comme des associés sans avoir constitué entre elles l'une des formes sociales prévues par l'AUDSCGIE. V. Art. 864 de l'AUDSCGIE.

<sup>1531</sup> La société de fait est, soit une société créée conformément aux dispositions de l'AUDSCGIE mais comporte un vice de formation non régularisé, soit une société constituée en méconnaissance des dispositions de l'AUDSCGIE y afférentes. Cf. art. 865 de l'AUDSCGIE.

<sup>1532</sup> V. Cozian (M), Viandier (A), et Deboissy (F.), *Droit des sociétés*, op cit., p. 691 et s., n° 1670 et s.,

<sup>1533</sup> Le rejet de la responsabilité civile des sociétés commerciales sans personnalité juridique a été fait par les juges même en matière de redressement judiciaire. V. CA de Poitiers, 24 sept. 1979, *Rev. Sociétés*, 1980, p. 818.

<sup>1534</sup> Cf. art. 861 al.1 de l'AUDSCGIE.

<sup>1535</sup> Cass. com., 4 févr. 2014, n°13-13.386, *RJDA*, 5/2014, n° 453; *addé*, Cass. com., 13 nov. 2013, n°12-17.728, *RJDA*, 2/2014, n°134.

<sup>1536</sup> V. Not. Lucas (F.-X.), « L'autonomie patrimoniale des filiales », *Bull. Joly Sociétés*, 2010, p.3.

*transparent* »<sup>1537</sup>. Par conséquent, il « *ne peut, faute de personnalité morale, être titulaire de droits et d'obligations et se voir infliger une condamnation* »<sup>1538</sup>. C'est pour cette raison que les conséquences des actes du groupe sont imputables à chacune des filiales des sociétés mères.

Cette solution qui a tout égard semble être celle adoptée par le juge africain ne retient pas notre attention. D'avis avec un auteur qui regrette l'absence de responsabilité civile du groupe de société, nous pensons qu'il s'agit d'« *un traitement juridique lacunaire des groupes inversement proportionnel à leur influence sur la scène économique et sociale* »<sup>1539</sup>. De même, le gérant est le mandataire de la société, les actes et engagements qu'il prend le sont pour le compte de la société. Il semble illogique que les actes qui profitent à la société soient supportés par les gérants ou les dirigeants ou encore les filiales des sociétés mères dans le cadre des groupes de sociétés. Des procédures spécifiques<sup>1540</sup> insufflées par la jurisprudence mériteraient d'être encouragée afin de remédier à l'absence de responsabilité de ces sociétés. Le dynamisme judiciaire pourrait pallier les lacunes nées du caractère exceptionnel de la responsabilité personnelle de l'associé.

## § 2. Le caractère exceptionnel de la responsabilité personnelle des associés

**577. L'absence de régime propre.** Le législateur de l'OHADA n'a pas accordé une place importante à la responsabilité civile des associés. Les interventions judiciaires sont par conséquent limitées à quelques hypothèses de responsabilité propres au droit des sociétés<sup>1541</sup>. C'est notamment le cas de la responsabilité fondée sur l'annulation de la société ou des actes et délibérations sociales que l'on peut qualifier de prémices d'une responsabilité civile des associés (A). En revanche, la jurisprudence française a, quant à elle, multiplié son activité en proposant au fil des années de nombreux fondements de la responsabilité des associés à l'égard des tiers. Ces fondements n'ont malheureusement pas été bien accueillis par une partie de la

<sup>1537</sup> Desoutter (V.), *La responsabilité civile de la société mère vis-à-vis de sa filiale, comparaison entre l'Aktiengesetz allemande et le droit français des groupes*, thèse de Lyon III, 2011, Peter Lang 2012, p.26, n°3.

<sup>1538</sup> CJCE, 21 sept. 2006, RSC, 2007. 143. Chron.

<sup>1539</sup> V. Grimonprez (B.), « Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales », *Rev. Sociétés*, 2009, p. 715, n°2.

<sup>1540</sup> V. Not. Champaud (Cl.) et Danet (D.), *Stratégies judiciaires des entreprises*, Dalloz, 2006.

<sup>1541</sup> Mba-Owono (C.), « L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », in *Formation déconcentrée des magistrats et des cadres des ministères économiques en droit OHADA du 23 mars au 03 avril 2009*, p.8, disponible sur <http://www.dalwolf.com>. Consulté le 17/10/2016.

doctrine. L'activisme de la jurisprudence est la preuve que le juge est à la recherche des fondements de la responsabilité des associés à l'égard des tiers (B).

### A. Les prémices d'une responsabilité civile des associés

**578. L'immunité apparente de l'associé.** Au sein des sociétés, et surtout dans les sociétés à responsabilité limitée, la personne morale sert très souvent d'écran à l'établissement de la responsabilité de l'associé. Ses décisions sont généralement confondues à celles des organes sociaux. La responsabilité de ce dernier se limite aux apports et se mêle à celle de la société. Ce camouflage crée l'irresponsabilité de l'associé et limite l'intervention du juge au sein de la société. Pourtant, l'associé est une personne dont les actes et les décisions influencent le cours de la vie sociale<sup>1542</sup>. Considéré comme tel, il peut, au même titre que le dirigeant ou la société, engager sa responsabilité<sup>1543</sup> dès lors que ses actes sont accomplis non pas dans l'intérêt social mais dans son intérêt personnel.

**579. La responsabilité dans le cadre des abus du droit de vote.** L'article 130 al. 1 de l'AUDSCGIE dispose que « *la responsabilité des associés ayant voté la décision constitutive de l'abus peut être engagée par les associés minoritaires pour la réparation du préjudice en résultant à leur égard* ». L'article 131 al. 1 du même Acte uniforme prévoit que « *les associés minoritaires ou égalitaires peuvent engager leur responsabilité en cas d'abus de minorité ou d'égalité* ». Il ressort de ces articles que l'associé qui commet une faute lors de l'exercice de son droit de vote engage sa responsabilité. Le juge saisi doit, après avoir constaté le caractère fautif du vote, établir l'existence de conséquences préjudiciables ayant un lien avec cette faute. Ainsi, les associés majoritaires qui adoptent une délibération dans leur seul intérêt et en méconnaissance des intérêts des associés minoritaires et de l'intérêt social ont commis une faute fondée sur la nature abusive de leur vote. Il revient également au juge d'apprécier le caractère abusif de la délibération. En outre, le dirigeant social qui estime avoir été révoqué

---

<sup>1542</sup> La qualité d'associé confère à ce dernier de nombreuses prérogatives que certains auteurs classent en trois catégories : les droits politiques, les droits financiers et les droits patrimoniaux. De même, cette qualité l'oblige à respecter les statuts de la société d'une part et les décisions des organes sociaux d'autres part. Cozian (M), Viandier (A), et Deboissy (F.), *Droit des sociétés, op cit.*, p. 210, n° 473 et s., classent en trois catégories : les droits politiques, les droits financiers et les droits patrimoniaux. De même, cette qualité l'oblige à respecter les statuts de la société d'une part et les décisions des organes sociaux d'autres part.

<sup>1543</sup> Gordon (L.), *Les obligations des associés*, Economica, coll. Droit des affaires et de l'entreprises, 1999 ; Le Cannu (P.) et Dondero (B.), *Droit des affaires, op. cit.*, p. 110, n° 154 et s. Ces auteurs relèvent que l'associé est soumis à deux grandes obligations. La première qui impose à l'associé le respect de l'intérêt social, et la seconde relative au respect de l'obligation de loyauté.

abusivement peut engager la responsabilité des associés ayant adopté la décision de révocation. Le juge va contrôler le respect des conditions procédurales relatives à la procédure de révocation du dirigeant social. Il va également apprécier les motifs de la révocation.

**580. La responsabilité fondée sur la nullité des actes et les délibérations postérieurs à la constitution de la société.** Le législateur de l'OHADA inspiré des articles 1844-17 du code civil français et L. 235-13 du code de commerce français, consacre la responsabilité des associés. Cette responsabilité doit être mise en œuvre en cas de nullité des actes et délibérations sociales<sup>1544</sup> postérieurs à la constitution de la société lorsque cette nullité leur est imputable. Ainsi, conformément à l'article 256 al 1 de l'AUDSCGIE, les associés qui ont été à l'origine de la nullité « *peuvent être déclarés solidairement responsables du dommage résultant pour les tiers de l'annulation de la société* ». Il s'agit là d'une belle disposition permettant au juge de réparer le vice ayant donné lieu à la nullité en établissant la responsabilité de leurs auteurs. Par ailleurs, par son caractère dissuasif, elle contraint les associés à respecter les dispositions légales et les statuts. Si cette mesure permet au juge de sanctionner les associés indécents, son action reste limitée par la brièveté des délais de prescription

**581. L'action judiciaire limitée par les délais de prescription.** En dépit de l'exigence de la faute comme fondement de la responsabilité de l'associé, l'intervention du juge reste très limitée en la matière. L'associé est protégé par les délais de prescription prévus par l'al.2 de cet article. Le juge ne pourra prononcer la responsabilité de l'associé auteur de la nullité de la société, de l'acte ou la délibération sociale postérieure à la constitution de la société que si l'auteur de l'action en responsabilité a respecté le délai prescrit. Ce délai est de trois ans à compter du jour où la décision de la nullité est passée en force de chose jugée. Toutefois, la disparition de la cause de nullité ne fait pas obstacle à l'exercice de l'action en responsabilité tendant à la réparation du préjudice causé par le vice dont la société, l'acte, la décision ou la délibération était entachée. Cette action se prescrit par trois ans. Le juge peut donc établir la responsabilité de l'associé malgré la couverture de la nullité.<sup>1545</sup> Il s'agit là de quelques mesures adoptées par le législateur pour empêcher un associé de se soustraire à l'établissement de sa

---

<sup>1544</sup> Guengant (A.), De Vendeuil (S.), Davodet (D.) et Engel (P.), *Juge et droit des sociétés en 70 thèmes*, Litec, coll. Litec professionnels, 2008, p.225.

<sup>1545</sup> L'art. 256 al. 3 dispose : « *la disparition de la cause de nullité ne fait pas obstacle à l'exercice de l'action en responsabilité tendant à la disparition du préjudice causé par le vice dont la société, l'acte ou la délibération était entachée* ».

responsabilité civile. Cette soustraction est déjà rendue effective par l'absence de consécration d'une action sociale à l'égard de l'associé

**582. Le mutisme du législateur de l'OHADA.** L'absence de clarté des textes peut entraîner les difficultés dans la détermination judiciaire du caractère social ou personnel du préjudice qui sont à l'origine de la rareté de l'exercice de l'action sociale. En droit de l'OHADA, l'action sociale exercée contre un associé ne dispose pas d'un véritable fondement légal. La question que l'on se pose est celle de savoir si en l'absence de texte fondant l'exercice de l'action sociale à l'égard des associés, le juge peut tout de même établir la responsabilité de ce dernier associé. Si oui, sur quel fondement ? Pour donner droit à l'action sociale, le juge recherche ses fondements dans l'AUDSCGIE aux articles 355 al.1 pour les SARL 443 al.2 pour les SA et 853-14 al.3 pour les SAS. Ces articles favorisent l'exercice d'une action sociale *ut singuli* ou *ut universi*. Ils prévoient que la responsabilité personnelle des associés ou actionnaires peut être engagée par le biais d'une action sociale si la convention passée par ces derniers avec leur société et désapprouvée en assemblée a causé un préjudice à la société. En dépit du rôle important joué par ces articles dans la protection des intérêts de la société à travers la valorisation de l'action sociale, ils restent limités parce que la protection des abus est partiellement assurée. Ainsi, la responsabilité de l'associé doit pouvoir être engagée chaque fois que par sa faute, la société subi un préjudice.

**583. Le préjudice social.** Le préjudice social est le préjudice<sup>1546</sup> subi par la société à la suite d'une irrégularité commise par les acteurs sociaux. Les conséquences des actes posés par ses derniers sont le plus souvent d'ordre économique. Il peut s'agir de la diminution du patrimoine social à la suite d'une opposition au développement de l'activité de la société par le biais des augmentations de capital, ou de cessions d'actions ou par tout autre moyen faisant naître des profits. L'acte créateur de préjudice ne peut donner lieu à indemnisation que si le développement de l'activité de l'entreprise est certain. Le préjudice social n'est pas assimilable au préjudice individuel. Si la responsabilité civile des associés est de plus en plus admise en droit des sociétés, le juge demeure cependant à la recherche des fondements de la responsabilité civile de ces associés à l'égard des tiers.

---

<sup>1546</sup> Viney (G.) et Jourdain (P.), *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 3<sup>e</sup>éd., Paris, 2006, n°260, p.45 et s.



## **B. La recherche des fondements de la responsabilité civile des associés à l'égard des tiers**

**584. Les évolutions.** Contrairement à la jurisprudence africaine, la jurisprudence française est dans une logique de construction d'un régime de responsabilité civile des associés à l'égard des tiers au sein des sociétés commerciales. Toutefois, cette responsabilité n'est pas encore approuvée par les textes à cause de l'instabilité des critères de définition de la faute (1). Cette instabilité fait naître la question de la responsabilité de l'associé fondée sur le devoir de loyauté (2).

### *1. L'instabilité des critères de la faute*

**585. Les fondements de la responsabilité civile de l'associé.** Face à la tendance vers l'irresponsabilité personnelle des associés, la jurisprudence française avait peu à peu établi la responsabilité des associés à l'égard des tiers dans les conditions de droit commun. En effet, « *l'affirmation de la figure de l'associé responsable pourrait attester du fait que les dirigeants sociaux ne sont plus perçus, si un jour ils l'ont été, comme les seuls dépositaires du pouvoir et de la destinée de la société, ni – logiquement – les seuls à en répondre* »<sup>1547</sup>. La jurisprudence, inspirée par les règles applicables en matière de responsabilité personnelle du dirigeant social à l'égard des tiers, essaye d'établir la responsabilité personnelle de l'associé. Par arrêt du 13 mars 2001<sup>1548</sup>, la Cour de cassation ouvrait de nouvelles perspectives en matière de responsabilité des associés, en admettant que l'utilisation fautive<sup>1549</sup> des pouvoirs d'associés peut engager leur responsabilité dès lors qu'elle crée un préjudice à un autre associé ou à la société. L'ouverture de la mise en œuvre de cette responsabilité était fondée sur la faute personnelle de l'associé. S'il paraît incontestable que cette responsabilité propre à la révocation des dirigeants s'apparente à une responsabilité contractuelle à l'égard des associés et de la société, il est difficile d'admettre qu'elle est délictuelle à l'égard des tiers. La responsabilité

<sup>1547</sup> Parachkévova (I.), « L'associé responsable », *Bull. Joly sociétés*, 2015, p.165.

<sup>1548</sup> Cass. com., 13 mars 2001, *Dalloz*, 2001, AJ, p.1175, obs. Lienhard (A.) ; *JCP E*, 2001p. 953, note Viandier (A.) ; *Dr. des sociétés*, 2001, obs. Bonneau (T.) ; *RTD com.*, 2001, p. 443, obs. Champeaud (C.) et Danet (D) ; *BJS*, 2001, p.891, note Ptieto (C.) ; *Rev. Sociétés*, 2001, p. 818, note Dondero (B.).

<sup>1549</sup> Caffin-Moi (M.), « La responsabilité pour faute de l'associé : une évolution à front renversé », in *mélanges Michel Germain*, LexisNexis-LGDJ, 2015, p. 201.

personnelle de l'associé peut-elle être engagée à l'égard des tiers sur le fondement de la faute détachable ?

**586.** La Cour de cassation a, dans un arrêt<sup>1550</sup> du 18 février 2014, reconnu la possibilité pour le tiers d'engager la responsabilité de l'associé. La position adoptée par la Cour de cassation dans cet arrêt est venue remettre en cause la décision de la Cour d'appel. Celle-là a fait le reproche à celle-ci d'avoir retenu la responsabilité de l'associé sans rechercher si les faits reprochés à l'associé constituaient de la part dudit associé « *une faute intentionnelle d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des prérogatives attachées à la qualité d'associé, de nature à engager sa responsabilité personnelle envers le tiers cocontractant de la société* ». Le vote lors des assemblées est l'une des fonctions principales de l'associé. Lorsqu'il exerce cette prérogative, l'associé n'engage en principe pas sa responsabilité, sauf à démontrer qu'il a commis une faute détachable de ses fonctions<sup>1551</sup>. La position de la Cour est clairement posée et interpelle sur l'évolution de la notion de faute personnelle.

**587. L'évolution de la notion de faute personnelle.** Quatre années après la décision du 13 mars 2001, la notion de faute personnelle de l'associé évolua vers la notion de faute grave et intentionnelle. En effet, par arrêt du 22 novembre 2005<sup>1552</sup>, la Cour de cassation avait clairement établi que la responsabilité personnelle de l'associé pouvait être retenue dès lors que l'acte de l'associé recherchait l'intérêt personnel au détriment de l'intérêt social ; et lorsque la preuve de l'intention de nuire pouvait être rapportée. Certes, à travers cet arrêt les cas de responsabilité sont de plus en plus observés, cependant la notion de faute sur laquelle se fonde cette responsabilité suscite d'autres interrogations liées à l'intervention du juge. D'abord, sur quel critère devrait-il retenir la faute ? l'arrêt du 18 février 2014 s'y est penché.

**588. L'apport de l'arrêt du 18 février 2014.** L'arrêt du 18 février 2014 vient pallier les limites des arrêts précédents en abandonnant la notion de faute personnelle de l'associé au profit de celle de faute détachable des prérogatives attachées à la qualité d'associé<sup>1553</sup>. Désormais, le juge peut retenir la responsabilité d'un associé s'il commet une « *faute*

<sup>1550</sup> Cass. com., 18 février 2014, n° 12-29.752, disponible sur [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr), consulté le 2/11/16.

<sup>1551</sup> Cass. com., 13 mars 2001, comm. Le Cannu (P.), disponible sur [www.revuegeneraledudroit.eu](http://www.revuegeneraledudroit.eu), consulté le 9/9/2016.

<sup>1552</sup> Cass. com., 22 nov. 2005, 2 arrêts (n°03-19860 et n°03-18651) ; *Rev. Sociétés*, 2006, p.529, note Gordon (L.) ; *Lexbase*, 12 jan. 2006, obs. Kaddouch (R.).

<sup>1553</sup> Cass. com., 11 mars 2014, *Rev. Sociétés*, 2014, n°9, p.491, note Donder (B.) ; *Bull. Joly Sociétés*, 2014, p.382, note Fages (B.).

*intentionnelle d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des prérogatives attachées à la qualité d'associé »<sup>1554</sup>. L'évolution jurisprudentielle en France, aidée par une partie de la doctrine<sup>1555</sup>, permet désormais de lever le voile sur la responsabilité personnelle de l'associé, et de dédouaner la personnalité morale en cas de faute détachable des fonctions de l'associé. Un auteur le relevait déjà en ces termes : « la formule sonne familièrement : elle reprend la définition de la faute séparable des fonctions du dirigeant social, établie quand celui-ci (commet intentionnellement une faute d'une gravité particulière incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales). La proximité des problématiques aurait donc inspiré à la Cour de cassation ce démarquage quasi parfait des solutions qu'elle aurait pu entériner plus tôt »<sup>1556</sup>.*

**589. La faute personnelle de l'associé, une faute liée à ses fonctions.** Les arrêts précités montrent que la faute personnelle de l'associé présente toujours un lien avec ses fonctions sociales. Il ne s'agit pas d'une faute née de l'exercice des activités que l'associé exerce en dehors de la société et n'ayant aucun lien avec elle. Elle est liée à ses prérogatives d'associé, à sa qualité d'associé, voir dans le cadre de ses attributions : procédure de révocation, exercice du droit de vote, exclusion d'un associé. Par conséquent, la mission du juge consiste à apprécier cumulativement les trois conditions suivantes : la gravité de la faute, l'intention de l'associé de vouloir commettre la faute et l'incompatibilité de la faute avec l'exercice des prérogatives attachées à sa qualité.

**590.** Si ce dynamisme jurisprudentiel a permis de donner vie à la responsabilité de l'associé, cette dernière laisse cependant subsister des interrogations relatives à l'étendue des missions du juge quant à la recherche de l'intention de l'associé. Comment se fera la recherche judiciaire lorsque plusieurs associés auraient participé à la commission de la faute ? Serait-ce une recherche individuelle ou une recherche collective ? Réagissant à la situation, un auteur a pensé que le juge devrait rechercher l'intention de façon individuelle étant donné qu'il s'agit d'une responsabilité personnelle. Toutefois, rien n'exclut que cette responsabilité purement contractuelle puisse être solidaire, les associés pouvant participer au même fait. Dans ce cas,

<sup>1554</sup> Cass. com., 18 févr. 2014, *op. cit.*

<sup>1555</sup> Cass. com., 18 févr. 2014, *Dalloz*, 2014, p. 766, n°10, note Favario (T.).

<sup>1556</sup> Gibririla (D.), « La faute détachable et la responsabilité à l'égard des tiers du gérant d'une SEP et d'un associé de SAS », *RLDA*, 2014, p.93. L'auteur déclare que la différence entre la responsabilité personnelle du dirigeant et celle de l'associé n'est que d'ordre terminologique et s'explique par la distinction entre la qualité d'associé et celle de dirigeant. « Cette différence justifie certainement que la chambre commerciale utilise le terme de prérogative plus adapté à la position d'associé qui n'est pas un mandataire de la société ou des autres associés, que celui de fonction plus approprié au statut de dirigeant traditionnellement investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société ».

le juge devra rechercher l'intention de ces associés. Si ces arrêts ont apporté quelques solutions en matière de responsabilité de l'associé, les éléments de mise en œuvre de cette responsabilité restent limités<sup>1557</sup>. Le juge fait de plus en plus recours à la notion de loyauté comme fondement de son action.

## 2. La question d'une responsabilité des associés fondée sur le devoir de loyauté

**591. La notion de loyauté, instrument évité par le juge.** La notion de loyauté n'a fait l'objet d'aucune définition par le législateur. Cette notion de plus en plus utilisée en droit des sociétés<sup>1558</sup> a été qualifiée par un auteur « *d'obligation en clair-obscur* »<sup>1559</sup>. Elle constitue une manifestation du non-respect de l'obligation de bonne foi, d'éthique, de morale ou d'honnêteté exigée dans l'exécution du contrat<sup>1560</sup>. En l'absence de définition légale, le juge détient une grande marge de liberté lorsqu'il s'agit de sanctionner les conflits d'intérêts nés à la suite d'un comportement de l'associé qualifié d'abusif. L'appréciation de ces éléments permet au juge en principe de lutter contre les conflits d'intérêts créés au sein de la société par les actes des associés. Il est admis que les comportements déloyaux des associés s'observent beaucoup plus au sein des assemblées<sup>1561</sup>. Or, le juge préfère sanctionner les associés sous la qualification d'abus de majorité ou de minorité, de mauvais usage du droit de vote, et refuse de se fonder sur une absence du devoir de loyauté. Cependant, dans un arrêt du 14 mai 2013<sup>1562</sup>, la Cour de cassation a rappelé, de façon surprenante, qu'un administrateur peut être révoqué à tout moment ; que cette révocation « *n'est abusive que si elle a été accompagnée de circonstances ou a été prise dans des conditions qui portent atteinte à sa réputation ou à son honneur ou si elle a été décidée brutalement, sans respecter l'obligation de loyauté dans l'exercice du droit*

<sup>1557</sup> CA Basse-Terre, 27 janv. 2014, *Dr. sociétés*, 2014, comm. p.147, note Rouissille (M.). La Cour a décidé que la responsabilité de l'associé pour faute détachable ne peut être invoquée que par les tiers. Entre eux, les associés ne peuvent agir en responsabilité. Comme le rapporte un auteur, « alors même que les litiges entre associés sont légion, il n'existe pas de possibilité pour un associé d'agir contre un autre associé. Même les actions fondées sur un abus de majorité (ou de minorité) sont en fait dirigées contre la société réputée avoir pris la décision par le biais de l'assemblée général ».

<sup>1558</sup> Grévin-Lemercier (K.), « Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux : le retour », *Gaz. Pal.*, 10-11, 2012, p. 7 ; Lathelize-Bonnemaison (M.), « Bilan et perspectives du devoir de loyauté en droit des sociétés », *LPA*, 2000, n° 125, p. 7 ; Caussain (J.-J.), « Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux en droit français », *Gaz. Pal.*, 2000, p. 66.

<sup>1559</sup> Garinot (J.-L.), « La loyauté en droit des sociétés », *RLDA*, 2014, n°91, p. 60.

<sup>1560</sup> Le Nabasque (H.), « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *RTD Com.*, 1999, p. 273 et s ; Garinot (J.-L.), « La loyauté en droit des sociétés », *op. cit.*

<sup>1561</sup> Ruellan (C.), *La loi de la majorité dans les sociétés commerciales*, thèse Paris II, 1997 ; Schmidt, « La loi de la majorité », *Rev. Juris. Com.*, n° spécial, 1991, p.73 ; Cass. com., 14 mai 2013, *Dr. Sociétés*, 2013, n°10, p. 23, note Rouissille (M.) ; *Rev. Sociétés*, 2013, p. 566, note Saintourens (B.) ; *Dalloz*, 2013, p. 2319, note Dondero (B.).

<sup>1562</sup> Cass. com., 14 mai 2013, *JCP Entreprises et affaires* 2013, p.14, note Breton (P.).

*de révocation* ». L'argument avancé par la Cour vient-il donner un sursaut d'élan à la notion de loyauté en matière de responsabilité des associés ? Certes le défaut de loyauté peut servir de fondement idéal pour établir la responsabilité de l'associé, cependant son utilisation permet de dénaturer la qualité d'associé. Toutefois, la référence à l'intérêt social pourrait servir de base au juge pour éviter les dérives, les sanctions excessives. Cette notion est en principe inopérante en matière de concurrence.

**592. Une notion inopérante en matière de concurrence.** Le devoir de loyauté est une obligation qui est inopérante en cas de concurrence. La loi donne la possibilité aux associés de pratiquer des activités concurrentes à celles de leurs sociétés. Ainsi, la Cour de cassation a eu à retenir en décidant que, « *sauf stipulation contraire, l'associé d'une société à responsabilité limitée n'est, en cette qualité, tenu ni de s'abstenir d'exercer une activité concurrente de celle de la société ni d'informer celle-ci d'une telle activité et doit seulement s'abstenir d'actes de concurrence déloyaux* ». Ainsi, il ne saurait par exemple établir la responsabilité d'un associé qui, sans informer ses associés, porte un projet concurrent au profit d'une autre société dans laquelle il est également intéressé. La reconnaissance du défaut de loyauté remet en cause les pouvoirs d'appréciation du juge. Toutefois, cette remise en cause s'efface lorsque la concurrence exercée par l'associé est une concurrence déloyale.

**593. Les interpellations faites au juge de l'OHADA.** Le juge africain a là quelques éléments qui peuvent lui servir de base dans l'établissement de la responsabilité de l'associé, notamment en cas d'exercice de l'action sociale. En l'absence de réglementation, les juges pourront se fonder sur l'existence d'une faute liée aux fonctions de l'associé dont la preuve devrait être rapportée par le demandeur, sur les abus de majorité, de minorité et d'égalité. Le défaut de loyauté étant un instrument facilitant l'immixtion du juge dans la société, il serait judicieux que le juge l'utilise avec méfiance et que son action soit orientée vers la protection de l'intérêt social. C'est avec la même prudence que le juge devrait apprécier la faute du dirigeant social dont le régime de responsabilité lui reste insaisissable du fait de ses faiblesses.

## Section 2. Les faiblesses de la responsabilité des dirigeants sociaux

**594. L'immunité des dirigeants sociaux rejetée.** L'évolution de la responsabilité des dirigeants sociaux est « celle d'un développement rapide adapté aux besoins de la vie des affaires »<sup>1563</sup>. Conformément aux articles 330<sup>1564</sup> et 740<sup>1565</sup> de l'AUDSCGIE, ils peuvent désormais répondre des violations des dispositions légales<sup>1566</sup>, des clauses statutaires<sup>1567</sup> et des cas de faute commise dans leur gestion. Ces dispositions prévues également en droit français par l'article L. 223-22 de code de commerce français, s'appliquent tant dans les SARL, les SA que dans les SAS. Le juge saisi d'une action en responsabilité civile des dirigeants sociaux doit rechercher la faute commise par le dirigeant, constater le préjudice<sup>1568</sup> subi par la société, les associés ou le tiers et établir le lien de causalité entre la faute et le dommage<sup>1569</sup>. En réalité, les hypothèses de violation des statuts, des dispositions législatives ou réglementaires ne posent à priori pas de difficultés au juge<sup>1570</sup> puisque dans ces cas, les faits sont matériellement établis. La véritable difficulté se pose chaque fois que la responsabilité du dirigeant est soumise à l'existence d'une faute commise dans la gestion ou lorsque le juge est appelé à contrôler les critères de recevabilité de l'action. En raison de l'écran de la personnalité morale, la responsabilité du dirigeant à l'égard de l'associé est très souvent compromise. Cela constitue l'un des obstacles au contrôle des conditions de recevabilité de l'action en responsabilité (§1).

<sup>1563</sup> Ripert (G) et Roblot (R.), *Traité de droit des affaires. Les sociétés commerciales, op. cit.*, p. 243, n°1837.

<sup>1564</sup> L'art. 330 de l'AUDSCGIE dispose que les gérants sont responsables, individuellement ou solidairement, envers la société ou envers les tiers, soit de la violation des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion.

<sup>1565</sup> L'art. 740 de l'AUDSCGIE consacre la responsabilité des administrateurs en ces termes, « les administrateurs sont responsables individuellement ou solidairement envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des clauses des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion ».

<sup>1566</sup> Il s'agit de la violation de toute règle de constitution, de fonctionnement, d'organisation de la société. De nombreux cas ont déjà été soumis au juge français. La responsabilité civile d'un dirigeant a, par exemple, été mise en œuvre à la suite de la conclusion d'une convention sans l'autorisation préalable du conseil d'administration. Cf. CA Paris, 7 nov. 1984, *BRDA*, 1984/24, p.18.

<sup>1567</sup> Dans ce cas, la mission du juge consiste simplement à vérifier que le dirigeant social ne s'est pas conformé aux statuts de la société. Dans une affaire, par exemple, le juge établissait la responsabilité du dirigeant social, après avoir constaté que les statuts ne prévoyaient pas une telle clause et limitaient les pouvoirs de ce dernier aux affaires courantes de la société ne présentant aucun caractère exceptionnel. Cf. CA Paris, 4 févr. 2000, *Bull. Joly*, 2000, p. 817.

<sup>1568</sup> Pour que la responsabilité soit engagée, le préjudice doit être soit moral, soit matériel. Il doit être certain, direct et personnel. Cf. CA Paris, 4 févr. 2000, *Bull. Joly*, 2000, p. 817. Lorsque l'une de ces conditions n'est pas remplie, le juge rejette la demande. V. TGI, Bobo-Dioulasso au Burkina Faso, du 28 juin 2006, *ohadata* J-09-90. Disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté le 14/10/2015, CCJA, arrêt n°015/2005 du 24 févr. 2005, aff. Angoua Koffi Maurice c/ la Société WIN Sarl, *Juridis Périodique*, n° 71, juill.-août-sept.2007, obs. Mouthieu Epse Njandeu (M.-A.).

<sup>1569</sup> Akam Akam (A.), « La responsabilité des dirigeants sociaux en droit OHADA », *op. cit.*, p. 223 et s.

<sup>1570</sup> Charvériat (A), Couret (A.) et Zabala (B.), *Sociétés commerciales 2015*, Francis Lefebvre, coll. Mémento pratique, 2014, n° 13951.

Par ailleurs, le large pouvoir d'appréciation dont dispose le juge, le conduit à des appréciations divergentes de la faute du dirigeant social (§2).

## **§1. Les obstacles au contrôle des conditions de recevabilité de l'action en responsabilité**

**595. Les obstacles.** Le juge fait face à de nombreux obstacles lorsqu'il contrôle les conditions de recevabilité de l'action en responsabilité du dirigeant social. Certains sont liés à la subsidiarité de l'action judiciaire dans le cadre de l'action sociale (A), et d'autres, aux difficultés de mise en œuvre de l'action individuelle (B).

### **A. La subsidiarité de l'action judiciaire en cas d'action sociale**

**596. L'action sociale.** Aux termes de l'article 165 de l'AUDSCGIE, l'action sociale est l'action en réparation du dommage subi par la société, du fait de la faute commise par le ou les dirigeants sociaux dans l'exercice de leurs fonctions. Elle a pour objet la réparation du préjudice subi par la société. Ce préjudice doit être né de l'irrégularité commise par le dirigeant social ou par la collectivité de dirigeants, à travers le maintien ou la reconstitution du patrimoine social lorsqu'il a été atteint. L'action sociale est intentée principalement par les dirigeants sociaux (1) accessoirement par les associés (2) et ne peut être remise en cause par l'existence de clauses limitatives de responsabilité dont il revient au juge de sanctionner (3).

#### 1. L'action sociale *ut universi*.

**597. Les dirigeants concernés.** La notion de dirigeant n'a pas été définie par le législateur. Très souvent une distinction est faite entre les dirigeants de droit et les autres dirigeants. La première catégorie représente ceux à qui incombe normalement la gestion de la société et la seconde, quant à elle, concerne ceux qui n'ayant reçu aucun pouvoir s'immiscent dans la gestion de la société. Toutefois de nombreux auteurs<sup>1571</sup> pensent que le régime de la responsabilité doit empêcher toute distinction entre les dirigeants qui devrait perdre sa valeur.

---

<sup>1571</sup> Guyon (Y.), actualisé par Le Bars (B.), « Administration, responsabilité civile des administrateurs », *JCL Sociétés*, fasc. 132-10, n°7.

Ainsi, le terme « *dirigeant* » doit être pris dans son sens le plus large. Abordant dans ce sens, la responsabilité civile devrait être reconnue autant aux dirigeants officiellement désignés, dirigeants de droit, qu'à toute personne qui exerce en fait une influence prépondérante et durable sur la gestion de la société. Contrairement au droit français<sup>1572</sup>, l'Acte uniforme n'a fait mention que des dirigeants de droit et a exclu les dirigeants de fait<sup>1573</sup>, les dirigeants apparents<sup>1574</sup> et les dirigeants occultes<sup>1575</sup>. De même, les dirigeants des SNC et des SCS n'ont fait l'objet d'aucune réglementation, on pense pour autant que l'intervention du juge n'y est pas interdite.

**598. Une action exercée par les dirigeants sociaux.** La société agit normalement par le biais de ses représentants légaux. Ainsi, certains parmi eux reçoivent des statuts le pouvoir de représenter la société en justice par le biais de l'action sociale dénommée action *ut universi*. En dépit de nombreuses contestations, le préjudice subi par la société a, de façon directe ou indirecte, des répercussions sur les droits des organes sociaux. Le patrimoine des organes sociaux autant que celui de la société peuvent souffrir des fautes du dirigeant. C'est la raison pour laquelle, le législateur a fait de l'action *ut universi* l'action de principe. Elle doit être exercée prioritairement aux autres actions prévues par l'Acte uniforme même si son incertitude se fait de plus en plus ressentir.

**599. L'incertitude de l'action *ut universi*.** La mise en œuvre de cette action est incertaine. Les dirigeants « *sont rarement enclins à tresser la corde qui servira à les pendre* »<sup>1576</sup>. Les interventions judiciaires sont par conséquent très limitées. En effet, cette action est irréalisable surtout dans les sociétés dans lesquelles existe un dirigeant unique. A *contrario*, sa mise en œuvre semble plus évidente dans les sociétés comprenant plusieurs

<sup>1572</sup> La notion de dirigeant est très large dans ce contexte. Dans une affaire, la Cour a reconnu la responsabilité du conseil de surveillance au même titre que les dirigeants. Cass. com., 12 avril 2016, *Rev. Sociétés* 2016, p.509, note sous Katrin (D.); Cass. com., 27 oct. 2009, n°08-20384, *Dr. Sociétés*, 2010, n°42, obs. Coquelet; *Dalloz*, 2010, p.296, note Dondero.

<sup>1573</sup> Le dirigeant de fait est celui qui, n'ayant reçu aucun titre, accompli en toute indépendance et souveraineté, de façon positive les actes de gestion et engage la société par ses décisions. V. en ce sens Cass. com., 4 juil. 2000, *RJDA*, 1/2001, n°30, p.27 ; *BRDA*, 12/2001, p.3.

<sup>1574</sup> Il s'agit des personnes ayant conclu des actes avec des tiers pour le compte de la société, et se sont comportés aux yeux de ces derniers comme de véritables dirigeants. Certains auteurs rapprochent leur mission à un mandat apparent. V. Akam Akam (A.), « La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit OHADA », *RIDE*, 2/2007, p.215 ; Leauté (J.), « Le mandat apparent », *RTD civ.*, 1947, p. 288 ; Lescot (P.), « Le mandat apparent », *JCP*, 1964, p.1826 ; Leveneur (L.), *Situation de fait et droit privé*, thèse de Paris II, 1990.

<sup>1575</sup> La Cour d'Appel de Rennes avait défini ces dirigeants comme ceux qui tiennent les dirigeants de droit sous leur dépendance et leur subordination. 8 jan. 1974, *Gaz. Pal.*, 1976, p. 358 ; Sawadogo (F. M), *OHADA, droit des entreprises en difficultés*, Bruylant 2002, n°341, les décrivait comme des dirigeants qui sont dans l'ombre et qui tirent les ficelles.

<sup>1576</sup> Cozian (M.), Viandier (A.) et Deboissy (F.), *Manuel droit des sociétés, op cit.*, p. 179, n° 411.



gérants. L'un des gérants pouvant facilement attirer son co-gérant en justice. On comprend aisément la difficulté qu'éprouve un gérant de SARL ou d'une SNC à intenter une action en responsabilité au nom de la société contre lui-même. Cette action n'aura les chances d'être exercée qu'en cas de changement de dirigeants. C'est sans doute pour pallier ces insuffisances que le juge fait recours à l'action sociale *ut singuli*.

## 2. L'action sociale ut singuli

**600. Définition.** L'article 167 de l'AUDSCGIE précise qu'à travers l'action *ut singuli*, « un ou plusieurs associés peuvent intenter l'action sociale après une mise en demeure des organes compétents non suivie d'effet dans le délai de trente jours ». L'action sociale *ut singuli* est l'action par laquelle un associé, quel que soit le nombre d'actions ou de parts<sup>1577</sup> qu'il possède, saisit le juge afin que soit mise en œuvre la responsabilité du dirigeant. Elle permet à un associé de demander la réparation du préjudice personnel distinct de celui de la personne morale<sup>1578</sup>. Toutefois, l'intervention du juge n'est qu'accessoire, puisqu'elle ne peut être réalisée qu'à la suite d'une mise en demeure des organes compétents, demeurée infructueuse.

**601. Le caractère subsidiaire de l'action *ut singuli*.** Le législateur subordonne l'action *ut singuli* à la mise en demeure des organes compétents non suivie d'effet dans un délai de trente jours. Ainsi, l'intervention du juge est conditionnée par l'échec de la procédure de mise en demeure. Un auteur l'a affirmé en ces termes : l'action *ut singuli* est « l'ultime remède auquel les associés et les tiers n'ont recours que lorsque d'autres sanctions ou d'autres procédés de réparation plus spécifiques ne peuvent pas jouer »<sup>1579</sup>. Ce principe consacré par le législateur OHADA a été posé par les juges français dans un arrêt du 12 décembre 2000. La Cour de cassation avait cassé l'arrêt de la Cour d'appel en relevant « qu'attendu qu'en se prononçant ainsi, alors que l'intervention, devant les premiers juges, du représentant légal de la société ne pouvait priver le demandeur du droit propre, appartenant à l'actionnaire, de présenter des demandes au profit de celle-ci et de relever appel en son nom »<sup>1580</sup>. La jurisprudence pense qu'il s'agit d'une formalité substantielle<sup>1581</sup> dont le contrôle s'impose au

<sup>1577</sup> Les juges ont rappelé dans une affaire que l'associé n'a pas besoin de l'accord de ses coassociés pour intenter une telle action en responsabilité. V. CA Abidjan, n°826 du 26 juin 2003, aff. A. J. M. c/ Scté INTERBAT, *Ohadata* J-03-240, disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté le 2/10/2018.

<sup>1578</sup> Cass. com., 19 avr. 2005, *Bull. Joly*, 2005, p. 1252, note Messaï-Bahri.

<sup>1579</sup> Guyon (Y.), J.-Cl. Resp. Civ., Administrateurs et dirigeants de sociétés, Fasc. IX bis, n°5.

<sup>1580</sup> Cass. crim., 12 déc. 2000, n° 97-83470, *Bull. Joly Sociétés*, 2001, n°5, p. 508, note Barbièri (J.-F.).

<sup>1581</sup> CA Ouagadougou, ch. Civ. com., arrêt n°40 du 2 mai 2003, *ohadata* J-04-365.

juge saisi d'une action en responsabilité civile d'un associé à l'égard de la société. L'action du juge est subordonnée à la vérification de la défaillance des représentants légaux de la société. Par conséquent, il lui revient de constater cette défaillance. Les juges par arrêt du 16 décembre 2009<sup>1582</sup>, avaient reconnu le droit aux associés d'agir *ut singuli*, malgré l'intervention des représentants légaux. Les juges reprochaient aux représentant légaux d'avoir agi formellement, et n'avaient émis aucune critique contre le dirigeant dont la responsabilité était mise en œuvre. Ce droit reconnu aux associés pourrait s'éteindre en présence d'une clause limitative de responsabilité si cette dernière n'est pas annulée par le juge.

### 3. *L'appréciation judiciaire de la sanction des clauses limitatives de responsabilité*

**602. Les fondements.** L'article 168 de l'AUDSCGIE dispose que « *les statuts ne peuvent subordonner l'exercice de l'action sociale à l'avis préalable ou à l'autorisation de l'assemblée, d'un organe de gestion, de direction ou d'administration ou comporter par avance renonciation à l'exercice de cette action* ». L'article 169 du même acte ajoute qu'« *aucune décision de l'assemblée des associés, d'un organe de gestion, de direction ou d'administration ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les dirigeants sociaux pour faute commise dans l'accomplissement de leur fonction. Toute décision contraire est nulle* ». Ces articles ont pour but de sanctionner toute clause statutaire ou toute décision sociale ayant pour objectif de restreindre l'exercice de l'action sociale ou d'empêcher la mise en œuvre de la responsabilité du dirigeant. En France ces clauses ont été sanctionnées dans un arrêt célèbre dit arrêt chronopost<sup>1583</sup>, lui-même consacré par l'article 1170 du code civil français qui pose la question du pouvoir judiciaire d'appréciation.

**603. La question du pouvoir judiciaire d'appréciation.** A travers ces textes, le législateur invite le juge à sanctionner toute clause statutaire ou décision sociale qui priverait la partie ayant subi le préjudice né de la faute du dirigeant, de l'exercice de ses droits. Il se pose donc la question de l'étendue du pouvoir judiciaire d'appréciation de la clause statutaire ou de la décision sociale limitant la responsabilité du dirigeant. Dans l'arrêt chronopost, la Cour avait réputé non écrite la clause limitant la responsabilité du spécialiste de transport rapide au remboursement du prix du transport en cas de retard d'acheminement. La Cour, se fondant sur

---

<sup>1582</sup> *Ibidem*.

<sup>1583</sup> Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632, *RTD Civ.* 1997, p. 418, Obs. Mestre (J.) ; *RTD com.*, 1997, p. 319, obs. Bouloc (B.) ; *JCP G*, 1997, I. P. 4002, obs. Fabre-Magnan (M.).

la notion de cause prévue par l'ancien article 1131 du code civil<sup>1584</sup>, avait dénoncé un manquement à l'obligation essentielle dans l'exécution du contrat. En effet, elle avait considéré que l'acheminement des colis dans les délais promis qui avait été confié à chronopost, constituait son obligation essentielle et le fait de ne pas respecter cet engagement devait engager sa responsabilité.

**604.** Dans un autre arrêt du 14 décembre 2011<sup>1585</sup>, la Cour a décidé que seule est réputée non écrite la clause limitative de responsabilité qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur. Dans le cas d'espèce, il a été retenu qu'en invoquant des manquements à son obligation essentiel de conseil qui est l'obligation essentiel du contrat, de sorte que limiter à la faute lourde l'engagement de la responsabilité de la débitrice du devoir du conseil reviendrait à contredire la portée de l'obligation essentielle souscrite par les parties. Une lecture attentive de ces arrêts et même des textes, laisse comprendre que dans le contexte français, la sanction ne peut être effective que lorsque la clause prive le débiteur de son obligation essentielle. *A contrario*, le juge devrait s'abstenir de toute sanction lorsque la clause bien que limitant la responsabilité, ne prive pas le débiteur de son obligation essentielle. Faudrait-il encore que le juge détermine cette obligation essentielle<sup>1586</sup>. Cette position est assez surprenante car elle conduit le débiteur à s'affranchir de son obligation essentielle.

**605.** Le législateur de l'OHADA pour sa part n'a pas soumis le pouvoir judiciaire de sanction à une condition préalable. Dès lors que par le biais d'une clause ou d'un acte, l'action en responsabilité ne peut pas être exercée, cette clause ou cet acte est sanctionné. Toutefois, le juge ne peut sanctionner la clause ou la décision que lorsqu'elle a été initiée par l'assemblée ou par un organe de gestion, de direction ou d'administration. Il se pose la question du sort des clauses initiées par les tiers contractants. De même, l'article 168 de l'AUDSCGIE est resté muet sur la nature de la sanction à infliger à la clause. On pense que le juge pourrait se référer à l'article 169 du même acte, qui, posant toujours le principe des clauses limitatives de responsabilité, prévoit la nullité comme sanction. La responsabilité des dirigeants envers les associés est énoncée sensiblement dans les mêmes termes que la responsabilité sociale.

---

<sup>1584</sup> Cet article dispose que « l'obligation sans cause ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ».

<sup>1585</sup> Cass. com., 14 décembre 2011, *Rev. Sociétés* 2011, p. 612, note Couret (A.).

<sup>1586</sup> Pour les critères judiciaires de contrôle de l'obligation essentiel voir chapitre 1 qui porte la nature du contrôle judiciaire.

Cependant, sa mise en œuvre paraît plus difficile au regard de la condition à laquelle elle est soumise.

## B. Les difficultés de mise en œuvre de l'action individuelle

**606. L'action individuelle, une action indépendante.** L'article 162 de l'AUDSCGIE définit l'action individuelle de l'associé comme « *l'action en réparation du dommage subi (...) par un associé, lorsque celui-ci subit un dommage distinct du dommage que pourrait subir la société, du fait de la faute commise individuellement ou collectivement par les dirigeants sociaux dans l'exercice de leurs fonctions* ». L'article précise que cette action est intentée par celui qui subit le préjudice. L'exercice de l'action individuelle ne s'oppose pas à ce qu'un associé, ou plusieurs associés exercent l'action sociale en réparation du préjudice que la société pourrait subir. Le rôle du juge consiste à établir l'existence d'un préjudice subi par l'associé qui, dans la plupart des cas, se confond avec le préjudice subi par la société.

**607. La confusion des préjudices.** Pour que cette action individuelle soit mise en œuvre, le législateur de l'OHADA exige que le dommage qu'ait subi l'associé soit un dommage distinct du dommage que pourrait subir la société du fait de la faute commise par le ou les dirigeants. Malgré le mutisme des textes en droit français sur la question, les juges français n'ont pas manqué de rappeler cette exigence aux associés<sup>1587</sup>. Le rôle du juge consiste donc à vérifier que le dommage subi par l'associé est indépendant ou détachable de celui souffert par la société. C'est le cas par exemple du préjudice subi par un associé à la suite du refus par le conseil d'administration de sa participation à l'assemblée générale, ou à une augmentation de capital<sup>1588</sup>. En effet, la faute du dirigeant cause généralement un préjudice à la société. Or, la société est une personne morale dont la personnalité juridique se distingue de celle de chaque associé qui la compose. Ainsi, on peut donc comprendre d'un côté, la volonté du législateur de soumettre cette responsabilité à la preuve préalable d'un préjudice distinct de celui de la société ; Et de l'autre, la position du juge qui exige à l'associé de prouver qu'il a personnellement et exclusivement souffert du dommage. Si dans certains cas<sup>1589</sup>, le juge établit

<sup>1587</sup> Cass. com., 15 jan. 2002, *RJDA*, 6/02, n°650 ; 1<sup>er</sup> avril 1997, *Bull. Joly*, 1997, p.641, note Barbiéri (J.-F); CA Paris, 6 déc. 2002, *Bull. Joly*, 2003, note Barbiéri (J.-F.).

<sup>1588</sup> Tunc (A.), « La responsabilité civile des organes de gestions et les règles générales de la responsabilité civile en droit français », *op. cit.*, p. 26.

<sup>1589</sup> Dans cette affaire, les juges ont retenu la demande en responsabilité du dirigeant social au motif que c'est du fait des fausses informations diffusées par le dirigeant, de la rétention d'information et de la présentation de

assez facilement la responsabilité du dirigeant social, dans d'autres cas, la distinction des préjudices n'est pas toujours évidente. Elle revient assez souvent sur l'idée selon laquelle, « *la dépréciation des titres d'une société découlant des agissements délictueux de ses dirigeants constitue, non pas un dommage propre à chaque associé, mais un préjudice subi par la société elle-même par suite d'une mauvaise gestion, le dommage causé à l'actionnaire n'en est que le corollaire* »<sup>1590</sup>. Le juge fait généralement face à une absence de preuve, une telle preuve étant difficile à rapporter<sup>1591</sup>. En l'absence de preuve, le juge rejette l'action pour défaut de préjudice distinct<sup>1592</sup>. Cette difficulté est liée au fait que le préjudice subi par l'associé est, dans la plupart des cas, celui subi par la société ou en est simplement la conséquence. C'est ce qui ressort de l'arrêt du 21 octobre 2008<sup>1593</sup>. Dans cette affaire, les juges ont décidé que la perte de valeur des titres d'un associé cause un dommage à la société qui est la seule à subir le préjudice. Ainsi, il ne peut faire l'objet d'une action individuelle engagée par l'associé du fait de l'absence du caractère personnel du préjudice. En plus du problème posé par la confusion des préjudices, le juge fait face à une autre difficulté relative à la définition de la notion de faute du dirigeant social. Cette définition suscite de nombreuses controverses du fait de la divergence des appréciations dont elle fait l'objet.

## §2. Les appréciations divergentes de la faute du dirigeant social

**608. Des critères distincts de la faute.** En droit des sociétés, la responsabilité individuelle ou collective du dirigeant social peut être mise en cause si son comportement fautif cause un dommage à la société, aux associés ou aux tiers. Ce comportement fautif est souverainement apprécié par le juge. En l'absence de définition de la notion de faute par le législateur, le juge a progressivement créé des critères permettant de déterminer la faute du dirigeant susceptible d'engager sa responsabilité<sup>1594</sup>. Ainsi, la définition de la notion de faute

---

comptes inexacts que l'actionnaire a investi dans les titres émis par la société. Par conséquent, le préjudice qu'il a subi est distinct du préjudice de la société. V. Cass. com., 9 mars 2010, n°08-21.547, *RJDA* 6/10, n°637.

<sup>1590</sup> Cass. crim., 13 déc. 2000, n°99-80387, *Bull. crim.* 2000, n°373, *RTD com.*, 2000, p. 446, note Champaud (C.) et Danet (D.).

<sup>1591</sup> Le Cannu (P.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 2002, n°481 ; Grossi, « La responsabilité des dirigeants », *Dr. et patrim.*, 2003, n°118, p.50 ; Couret (A.), « Interrogations autour de la réparation du préjudice individuel de l'actionnaire », *RJDA*, 5/97, p.391 ; Vatinet (R.), « La réparation du préjudice causé par la faute des dirigeants sociaux devant les juridictions civiles », *Rev. Sociétés*, 2003, p.247.

<sup>1592</sup> V. CCJA, arrêt n°096/2013 du 22 nov. 2013, disponible sur [Ohada.com/Unida](http://Ohada.com/Unida), consulté le 3/11/2019.

<sup>1593</sup> Cass. com., 21 oct. 2008, n°07-17.832, *RJDA* 6/09, n° 543.

<sup>1594</sup> Agbo Folly (M.), *Le statut des dirigeants sociaux en droit de l'OHADA*, thèse Montpellier, 2014, p. 305 et s.

instituée par le juge varie selon l'auteur de la demande. L'appréciation que le juge fait de la faute repose sur deux critères distincts. On ne comprend pas pourquoi le juge a distingué là où le législateur n'a forcément pas voulu singulariser. Tantôt, le juge apprécie la faute au regard de l'intérêt social (A) lorsqu'il s'agit de la responsabilité à l'égard de la société ou des associés. Tantôt, il l'apprécie en référence à la faute séparable de la fonction du dirigeant social (B) dans le cadre de la responsabilité à l'égard des tiers.

### A. L'appréciation de la faute au regard de l'intérêt social

**609. Les critères de l'acte fautif.** La faute de gestion est une notion difficile à cerner et pourtant elle est la condition de l'existence de la responsabilité civile de l'associé. C'est à bon droit que le législateur n'a pas pris la peine de recenser les actes du dirigeant susceptibles d'engager sa responsabilité. Cet exercice serait sans doute voué à l'échec au regard de la panoplie d'actes que le dirigeant accomplit au quotidien. Malgré le caractère insaisissable de cette notion, certains auteurs ont relevé quelques critères de distinction permettant au juge de mieux l'appréhender. Ainsi, tous les actes fautifs sont ceux qui, plus ou moins, se sont détournés de leur origine, c'est-à-dire de l'obligation générale de compétence, de diligence et de bonne foi qui incombe aux dirigeants<sup>1595</sup>. Dans ce sens, il s'agit des actes posés par un dirigeant inattentif, imprudent, et non diligent, qui n'a pas respecté les notions de bonne foi et des usages de la profession<sup>1596</sup>. Dans cette perspective, l'insuffisance d'actif ne peut être assimilée à une faute de gestion<sup>1597</sup>.

**610.** La question de responsabilité civile du dirigeant fondée sur la faute donne lieu à une littérature et une jurisprudence fournie, tant en droit français<sup>1598</sup>, qu'en droit de

---

<sup>1595</sup> Guyon (Y.), actualité par Le Bars (B.). « Administration, responsabilité civile des administrateurs », *JCL Sociétés*, fasc. 132-10, n°36.

<sup>1596</sup> Nemoz-Rajot (Q.), *Les interventions spécifiques au droit des sociétés in bonis*, op. Cit., p. 454, n° 654.

<sup>1597</sup> V. à ce sujet Albarian (A.), Mouron (Ph.) et Brignon (B.), *Droit commercial. Sociétés commerciale 2015. Un an de jurisprudence commentée*, Wolters Kluwer, coll. Lamy., 2015, P. 561, n°140, obs. Cass. com., 10 mars 2015, n°12-15-505, FS-P+B.

<sup>1598</sup> Cozian (M.), Viandier (A.) et Deboissy (Fl.), *Droit des sociétés*, op. cit., p.171 et s., n° 392 et s. ; Rozès (J.-B.), *La responsabilité des dirigeants*, Afnor, coll. Droit et PME, 2012 ; Messai-Bahri (S.), *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, thèse Paris I, IRJS ed. 2008 ; Germain (M.), « La responsabilité civile des dirigeants sociaux : rapport de synthèse colloque du 16 décembre 2002 », *Rev. Sociétés* 2003, p. 284 ; Le Cannu (P.), « La responsabilité civile des dirigeants », in *L'entreprise face aux évolutions de la responsabilité civile*, Ferrier (N.) et Pélissier (A.) dir., Economica, coll. Etudes juridiques, 2012, p.13 ; Vidal (D.), « La responsabilité civile des dirigeants sociaux », *JCP E*, 2001, n°24, suppl. 3, p. 16 ; Reinhard (Y.) et Petit (B.), « Responsabilité civile des dirigeants », *RTD com.*, 1997, p. 282 ; Ddescorps Declère (F.), « Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux », *Rev. Sociétés*, 2003, p.25.

l'OHADA<sup>1599</sup>. Les juges, dans l'affaire 20 novembre 2013<sup>1600</sup> soumise à la CCJA, avaient rejeté le pourvoi formé par l'actionnaire qui invoquait dans sa demande la violation des articles 161 et 162 de l'AUDSCGIE. En l'espèce, la CCJA approuvant la Cour d'appel avait décidé que « ...le litige qui oppose la SARL SOGIMPEX à la société ARLIT PEINTURE résulte de la mauvaise interprétation du protocole d'accord par les parties signataires... ». Alors, la faute ne peut être retenue lorsque le préjudice subi résulte de la mauvaise interprétation du protocole d'accord par les parties signataires ou lorsque le dirigeant social n'a pas agi en conformité avec l'intérêt social.

**611. La méconnaissance de l'intérêt social.** La faute est une notion dont on ne peut avoir prise<sup>1601</sup>, elle fait référence à des attitudes divergentes du dirigeant. Il peut s'agir d'une « faute d'aventurisme, de négligence, et de violations des dispositions légales »<sup>1602</sup>. Les difficultés de définition ont poussé les auteurs à penser que pour une meilleure appréciation de la faute de gestion, le juge doit faire référence à l'intérêt social<sup>1603</sup>. Un auteur a décrit un dirigeant ayant commis une faute dans sa gestion comme un dirigeant pas diligent et pas avisé<sup>1604</sup>. La faute de gestion regroupe un ensemble d'actions ou d'omissions. Elle va de la simple négligence aux manœuvres frauduleuses. Quelques cas ont été relevés par les juges français. La responsabilité du dirigeant a par exemple été retenue en cas de tenue d'une comptabilité incomplète et irrégulière<sup>1605</sup>; en cas de poursuite d'une activité déficitaire en connaissance de cause<sup>1606</sup>; en cas de distribution exceptionnelle de réserves, décidée par le conseil d'administration et entérinée en assemblée, dans un contexte de baisse d'activité et alors que le passif n'est pas réglé<sup>1607</sup>. Ainsi, comme en droit commun, le juge peut retenir la responsabilité sociale d'un dirigeant dès lors que sa faute personnelle cause un dommage à la

<sup>1599</sup> Fénéon (A.), *Droit des sociétés en Afrique (OHADA)*, op. cit., p.708, n°1820 et s. ; Akam Akam (A.), « La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit OHADA », *RIDE*, vol. 21, 2007, p.211 ; C. Sossa Dorothé (C.), « La responsabilité des dirigeants de sociétés et le nouveau droit de l'arbitrage interne et international », Cotonou, *CCIB*, 1999 ; Diakhate (M.), Sembe (I.), « Regards croisés sur l'intervention du juge dans la vie des sociétés commerciales », *Revue sénégalaise de droit des affaires*, n°1, janv.-juin 2003, p. 111.

<sup>1600</sup> CCJA, arrêt n°082/2013 du 20 nov. 2013, aff. Société SOGIMPE c/ Société ARLIT PEINTURE, disponible sur <http://biblio.ohada.org>, consulté le 17/06/2016.

<sup>1601</sup> Messai-bahri (S.), *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, thèse Paris I, IRJS Editions, 2008, p. 56, n°127 et s.

<sup>1602</sup> Hadji-Artinian (S.), *La faute de gestion en droit des sociétés*, Litec, coll. Affaires Finances, 2001.

<sup>1603</sup> Cozian (M.), Viandier (A.) et Deboissy (F.), *Droit des sociétés*, op. cit., p. 177, n°408; Le Cannu (P.) et Dondero (B.), *Droit des sociétés*, p. 310, n°476 ; Hadji-Artinian (S.), *La faute de gestion en droit des sociétés*, op. cit.

<sup>1604</sup> Tunc (A.), « La responsabilité civile des organes de gestion des sociétés et les règles générales de la responsabilité civile en droit français », in *Trav. Ass. H. Capitant*, 1967, t. XV, p.26.

<sup>1605</sup> Cass. com., 18 janv. 2000, *Bull. Joly sociétés*, 2000, § 103, note Barbièri (J.- F.).

<sup>1606</sup> Cass. com., 14 jan. 2004, *Dr. Sociétés*, 2004, n°168, obs. Legros (J.-P.).

<sup>1607</sup> Cass. com., 25 oct. 2011, n°10-23671, *Bull. Joly sociétés*, 2012, § 136, p. 243 Parochia (D.).

société ou aux associés. En outre, en raison du lien qui lie les associés et les dirigeants sociaux, certains juges ont fondé leur intervention sur le non-respect du devoir de loyauté du dirigeant social envers les associés.

**612. La loyauté du dirigeant social envers les associés.** Dans l'exercice de leur fonction, les dirigeants doivent faire preuve de loyauté<sup>1608</sup>. Il s'agit d'une obligation prétorienne récemment admis par les juges français<sup>1609</sup> qui tire ses origines de la sanction des cas de concurrence abusives, réalisés par le dirigeant au moment de l'exercice de son mandat social<sup>1610</sup>. Le respect de cette obligation permet au dirigeant d'assurer la bonne marche de la société et surtout la sauvegarde des divers intérêts sociaux. L'obligation de loyauté consiste pour le dirigeant à rendre compte fidèlement aux associés<sup>1611</sup>, et le contraint à ne pas faire usage du patrimoine social dans son propre intérêt en méconnaissance de l'intérêt de la société. Elle vise donc à empêcher toute dérive du dirigeant pouvant entraîner des conséquences graves pour la société allant de son dysfonctionnement à sa dissolution. Il « s'inscrit dans le courant de moralisation de la vie des affaires et la pratique du « gouvernement d'entreprise »<sup>1612</sup>. Ainsi, tout dirigeant qui ne fait pas preuve de loyauté en manquant à son obligation d'information peut voir sa responsabilité engagée sur le fondement de la faute de gestion.

**613.** Les relations entre associés et dirigeants sociaux sont basées sur les liens de confiance particuliers<sup>1613</sup>. Les dirigeants s'engagent à prendre en charge la direction de la société. En vertu du devoir de loyauté, ils ont entre autres une obligation d'information envers les associés. Son attachement à une convention spécifique<sup>1614</sup> permet d'assimiler le devoir de

<sup>1608</sup> Daigre (J.J.), « Le petit air anglais du devoir de loyauté des dirigeants », in *Mélanges Bézard (P.)*, Montchestien, 2002, p.79 ; Causain (J.J.), « A propos du devoir de loyauté des dirigeants de société », in *Mélanges*, François Levebvre, 2002, p.303.

<sup>1609</sup> Cass. com., 27 févr. 1996, *JCP*, 1996, II, 22665, note Ghestin (J.).

<sup>1610</sup> Le Nabasque, « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *op. cit.*, p. 273 ; Gordon, « L'obligation de non-concurrence des dirigeants sociaux », *Bull. Joly*, 1999, p.5 ; Daigre (J.J.), « Le petit air anglais du devoir de loyauté des dirigeants », *op. cit.* ; Cass. Com., 7 juin 1994, *Bull. Joly*, 1994, p. 1232, note Saintourens.

<sup>1611</sup> Cass. Com., 12 mai 2004, n°00-15618, *JCP E*, 2004, p.1393, note Trébulle ; *Bull. Joly*, 2004, p. 1114, note Schmidt ; *Rev. Sociétés*, 2005, p. 140 ; note Gordon ; Cass. Com., 11 oct. 2005, *Bull. Joly*, 2006, p. 632, note Massart ; *RTD com.*, 2007, p. 148, obs. Champaud et Danet.

<sup>1612</sup> V. Guiramand (Fr.) et Héraud (A.), *Droit des sociétés*, Francis Lefebvre, coll. Manuel, 2018/2019, p. 99.

<sup>1613</sup> La confiance entre les personnes ne constituant pas un élément nécessaire à l'économie du contrat dans d'autres matières, l'exigence du devoir de loyauté n'a pas la même intensité comme en droit des sociétés. La troisième chambre civ. de la Cour de cassation française l'a relevé dans un arrêt en ces termes : « l'acquéreur, même professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis », 17 jan. 2007, *Dalloz* 2007, p. 1051, note Mazeaud (D.) Document InterRevue ; *JCP*, 2007, II, p.10042, note C. Jamin ; Leveneur (L.), *Rev. Lamy droit civil*, 2007, p.13, n°2434, obs. Doireau (S.).

<sup>1614</sup> Cass. Com., 12 mai 2004, *Rev. Sociétés*, 2005, p.140, note Gordon (L.) ; *Dalloz*, 2004, AJ. P. 1599, obs. Lienhard (A.) Document InterRevue ; *RDC*, 2004, p. 923, obs. Mazeaud (D.) ; *Bull. Joly*, 2004, p. 1114, note Schmidt (D.).



loyauté à un devoir « *fonctionnel* » parce qu'attaché à la fonction de direction. En plus, la société étant constituée dans l'intérêt commun des associés<sup>1615</sup>, le dirigeant ne saurait agir dans l'objectif de protéger ses propres intérêts<sup>1616</sup> au détriment de ceux des associés. L'obligation de protection de cet intérêt s'imposant prioritairement aux dirigeants, ils ne doivent pas taire aux associés une information dès lors que celle-ci est susceptible d'influer sur la décision de l'associé. L'existence d'une information déterminante pour le consentement de l'actionnaire est à la base de cette obligation. L'article 1112-1 al. 3 du code civil français a apporté des précisions quant au contenu de cette notion. Il la définit comme une information ayant un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. Ainsi conçu, le rôle du juge consiste à apprécier la nature de cette information et l'influence qu'elle aurait pu avoir sur la décision de l'actionnaire. Il devra donc démontrer l'intensité du lien entre l'importance déterminante et le contenu du contrat. De même, le texte ajoute que la partie doit ignorer l'information. Cette précision pose le problème des informations évidentes.

**614. La question des informations évidentes.** Le juge doit-il engager la responsabilité des dirigeants pour défaut de loyauté à la suite de l'absence d'une information évidente ? Cette question a été plusieurs fois posée en matière de cession d'actions. A la suite d'une cession d'actions dans une société, certains actionnaires mécontents ont saisi le juge en faisant prévaloir l'absence d'information par le dirigeant. Selon les actionnaires demandeurs, la déloyauté du dirigeant serait établie par le fait qu'il ne les a pas informés des avantages consentis par le cessionnaire. Alors que cette information aurait été de nature à peser sur leur consentement, en les dissuadant peut-être de conclure avec le même acquéreur à des conditions différentes de celles obtenues par le président. Face à ce contentieux, le juge adopte généralement une attitude de rejet et refuse d'établir la responsabilité du dirigeant social.

**615. L'absence de responsabilité en cas d'informations évidentes.** En l'espèce, la Cour d'appel approuvée par la Cour de Cassation<sup>1617</sup>, a conclu qu'il n'y avait aucune dissimulation des avantages consentis au président dans le cadre de cette cession soumise. Les juges ont soutenu l'idée selon laquelle, lorsque les avantages consentis à un dirigeant par une convention sont « *portés à la connaissance et soumis à l'avis des actionnaires, et ainsi connus de ces derniers, ils ne peuvent constituer la preuve de la déloyauté reprochée au dirigeant* ».

<sup>1615</sup> Schmidt (D.), « De l'intérêt commun des associés », *JCP*, 1994, I, 3793 ; Caussain (J.-J.), « A propos du devoir de loyauté des dirigeants de sociétés », *Etudes offertes à Mercadal (B.)*, éd. F. Lefebvre, 2002, p.303.

<sup>1616</sup> Le Nabasque (H.), « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *op. Cit.*, p.273.

<sup>1617</sup> Cass. Com., 28 nov. 2006, *Rev. Sociétés*, 2007, p. 519, note Leygonie (A.).

Ainsi, les juges ont admis que la responsabilité du dirigeant social ne peut être établie en cas d'informations évidentes.

**616.** Récemment dans un arrêt non publié rendu le 12 avril 2016<sup>1618</sup>, les juges ont confirmé leur position en annulant la décision de la Cour d'appel de Nancy. En effet, la Cour d'appel a reconnu la responsabilité des dirigeants et des membres du directoire à qui étaient reprochés le fait d'avoir dissimulé aux actionnaires minoritaires, l'existence de négociation en vue d'une cession globale des actions de la société pour un prix supérieur à celui auquel ils avaient cédé leurs actions. La Cour de cassation reprochait à la Cour d'appel de n'avoir pas vérifié que les informations mentionnées dans l'affaire étaient des informations que seuls les dirigeants pouvaient connaître. La Cour a rappelé que les informations à révéler sont celles que seuls les dirigeants pouvaient connaître et qui sont de nature à influencer sur le consentement de ces actionnaires. Le dirigeant n'a pas besoin d'informer celui qui sait ou celui qui aurait dû savoir. Il revient donc à l'associé de prouver que le dirigeant avait une information que lui seul pouvait connaître, de nature à influencer sur le consentement de l'associé cédant. Le caractère « *essentiel* » de la loyauté, ainsi que la nature de ses éléments intentionnels rendent sa preuve difficile à établir. En l'absence de preuve, il est quasiment impossible pour le juge d'établir la responsabilité du dirigeant, cette difficulté est encore plus visible lorsque le dirigeant n'est pas tenu par l'obligation d'information.

**617.** La question qui se pose ici est celle de savoir si en matière de cession, le juge peut établir la responsabilité d'un dirigeant pour manquement au devoir de loyauté alors même que ce dirigeant n'a aucun intérêt personnel à la cession. La position des juges est mitigée sur la question. L'arrêt de la Cour de cassation<sup>1619</sup> qui censure la décision de la Cour d'appel laisse penser que l'obligation d'information lie autant les dirigeants concernés par la cession que ceux non concernés. La Cour de cassation reproche à la Cour d'appel de n'avoir pas constaté que le président du directoire et les membres du conseil de surveillance étaient intervenus d'une manière ou d'une autre dans les cessions des titres des actionnaires minoritaires. Elle reproche également à ladite Cour de n'avoir pas remarqué que le président du directoire avait eu connaissance de leur projet de cession. Ainsi, les juges rattachent cette obligation à la fonction de dirigeant et non à la qualité de contractant<sup>1620</sup>. Toutefois, dans l'arrêt Beley du 12 mai

---

<sup>1618</sup> Cass. com., 12 avril 2016, *Rev. Sociétés* 2016, p.509, note sous katrin (D.).

<sup>1619</sup> Cass. Com, 12 avril 2016, *op. cit.*

<sup>1620</sup> Burg (A.), *op. cit.*

2004<sup>1621</sup>, les juges ont généralisé en imposant un devoir de loyauté au dirigeant même s'il n'était que le président du conseil d'administration de la société cessionnaire. A la suite de certains auteurs<sup>1622</sup>, nous pensons qu'en dépit de son rôle de gestionnaire de la société, la simple connaissance par le dirigeant du projet de cession ne devrait pas suffire pour lui opposer une obligation d'information. Sa responsabilité devrait être écartée lorsqu'il est prouvé qu'il ne tire aucun intérêt personnel du contrat en cause.

**618. Le critère de détermination de la faute de gestion.** Il est important de relever que c'est la protection de l'intérêt social qui guide l'intervention du juge au sein des sociétés. Par conséquent et sans vouloir remettre en cause les dispositions de droit commun applicables en matière de responsabilité, le critère de détermination de la faute de gestion reste l'intérêt social. Ainsi, le juge ne peut retenir le caractère fautif de l'acte que si celui-ci est non conforme à l'intérêt de la société. Or, la définition judiciaire de la notion d'intérêt social soulève elle-même de nombreux débats malgré la spécificité des conditions de mise en œuvre de cette responsabilité. Ce débat change de terrain lorsque l'action est intentée par un tiers. Dans ce cas, le juge apprécie la faute séparable de la fonction du dirigeant social.

## **B. L'appréciation de la faute séparable de la fonction du dirigeant social**

**619. Une faute difficile à établir.** Si le juge de l'OHADA trouve le fondement de la responsabilité civile du dirigeant social à l'égard des tiers dans la faute séparable des fonctions du dirigeant social (1), cette faute reste tout de même difficile à établir (2) au regard de l'instabilité dont elle fait preuve au sein de la jurisprudence française.

### ***1. La faute séparable des fonctions du dirigeant social***

**620. La notion de tiers.** Le tiers est communément défini comme une personne physique ou morale qui se distingue de l'associé ou de l'actionnaire pour la simple raison qu'il n'a pas participé ou conclu le contrat de société. Une partie de la doctrine<sup>1623</sup> pense que cette

---

<sup>1621</sup> Cass. com., 12 mai 2004, *Rev. Sociétés* 2005, p.140, note L. Gordon ; *RTD Civ.* 2004, p. 500, obs. Mestre (J.) et Fages (B.).

<sup>1622</sup> Katrin (D.), « Le devoir de loyauté envers les associés dans le cadre des cessions de droit sociaux : confirmations et interrogations », note sous Cass. com., 12 avril 2016, *op. cit.* p. 511, n°18.

<sup>1623</sup> Ripert (G.) et Roblot (R.), *Traité de droit commercial*, t.1, vol. 2 ; Germain (M.), *Les sociétés commerciales*, LGDJ, 2002, n°1535

conception est erronée dans la mesure où un actionnaire qui est lié à la société par la détention d'un titre négociable peut être considéré comme un tiers. C'est-à-dire qu'une personne peut avoir cumulativement la qualité de tiers et celle d'associé. L'autre, en revanche<sup>1624</sup>, inclut dans la catégorie des tiers, toute personne physique ou morale qui sans détenir les titres sociaux a la possibilité d'agir normalement contre la société. Il s'agit en effet d'une conception élargie de la notion de tiers. Nous pouvons retenir que le tiers est toute personne qui ayant un lien avec la société a la qualité pour agir en son sein et donc peut engager la responsabilité du dirigeant social mandataire de la personne morale.

**621. Les fondements de la responsabilité du dirigeant à l'égard des tiers.** Prévue aux articles 330 et 740 de l'AUDSCGIE, la responsabilité d'un dirigeant social peut être engagée par un tiers dans la SARL, la SA et la SAS, lorsque par sa faute il a causé un préjudice à ce dernier. En dépit de l'absence de définition donnée par le législateur, la faute est l'une des conditions essentielles de recevabilité de l'action<sup>1625</sup>. Le juge de l'OHADA trouve le fondement de son intervention dans l'article 161 de l'AUDSCGIE qui dispose que « *sans préjudice de la responsabilité éventuelle de la société, chaque dirigeant social est responsable individuellement envers les tiers des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions* ». Conformément à cette disposition, il retient la responsabilité du dirigeant social à l'égard du tiers chaque fois qu'il commet une faute personnelle séparable de ses fonctions.

**622.** Cette responsabilité est indépendante de la responsabilité personnelle de la société. L'article 161 de l'AUDSCGIE donne l'occasion aux tiers de mettre en œuvre à la fois la responsabilité de la société et des dirigeants. Il permet ainsi aux juges africains d'établir un juste équilibre entre les droits des dirigeants sociaux et ceux de la société, équilibre qui est très souvent rompu à cause des défaillances liées au régime de responsabilité civile des associés. Le principe de responsabilité personnelle de la société peut parfaitement se cumuler avec la responsabilité personnelle du dirigeant fondée sur le même fait.<sup>1626</sup> Bien que la notion de faute séparable des fonctions ait connu des évolutions, les juges sanctionnent difficilement des dirigeants sociaux. De même, les tiers hésitent à exercer une action en responsabilité contre les dirigeants et préfèrent se retourner contre la société qui, pour eux, paraît plus solvable.

<sup>1624</sup> Akam Akam (A.), « La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit OHADA », *op. cit.*, p.228.

<sup>1625</sup> C'est ainsi que dans une affaire, le juge a rejeté l'action en responsabilité d'un tiers fondée sur la mauvaise interprétation du protocole d'accord par les parties signataires. V. CCJA, arrêt n°082/2013 du 23 nov. 2013. Disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté le 25/10/2017.

<sup>1626</sup> Paracchia (D.), « Remarques sur la responsabilité de la société en cas de faute du dirigeant « séparable de ses fonctions » commises à l'occasion des fonctions », in *mélanges Le Cannu (P.)*, LGDJ, 2014, p. 387.

Contrairement à la jurisprudence de l'OHADA, la jurisprudence française n'a pas tout à fait pris position quant à la notion de faute. Tantôt le juge fait référence à la faute séparable des fonctions du dirigeant social, tantôt il recourt à la notion de faute détachable desdites fonctions. Une distinction tente d'être faite entre la faute de service et la faute détachable des fonctions. Le dirigeant pouvant commettre une faute séparable de ses fonctions dans les limites de ses attributions<sup>1627</sup>. Toutefois, cette distinction ne suffit pas à légitimer la responsabilité du dirigeant à l'égard des tiers, d'où les difficultés judiciaires de détermination de la faute séparable ou détachable des fonctions du dirigeant social.

## ***2. Les difficultés de détermination de la faute séparable des fonctions du dirigeant social***

**623.** A la suite de nombreuses critiques liées aux insuffisances de la définition de faute séparable des fonctions du dirigeant social (a), la jurisprudence française y a apporté quelques améliorations (b).

### ***a. Les insuffisances de la notion de faute séparable des fonctions du dirigeant social***

**624. L'origine jurisprudentielle de la notion de faute séparable.** A lecture de l'article L.223-22 du code de commerce, il ressort que les gérants sont responsables individuellement ou solidairement envers le tiers des fautes commises dans leur gestion. En l'absence de définition législative de la notion de faute, la Cour de cassation, inspirée par la distinction classique en droit administratif de la distinction de la faute de service et de la faute personnelle<sup>1628</sup>, a apporté des éléments de définition de la faute. C'est ainsi qu'en date du 22 janvier 1991<sup>1629</sup>, cette Cour a décidé que « *la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il commet une faute séparable de ses fonctions et qui lui soit imputable personnellement* ». Cette solution reprise par de nombreux juges<sup>1630</sup> a

<sup>1627</sup> Cass. com., 10 févr. 2009, *Dalloz*, 2009, p.559, obs. Lienhard (A.).

<sup>1628</sup> Vedel (G.) et Delvolvé (P.), *Droit administratif*, t.1, PUF, Thémis, 12<sup>e</sup> éd., 1992, p.551 et s. ; Chapus (R.), *Droit administratif général*, t.1, Montchrestien, 15<sup>e</sup> éd., 2001, p.1242 et s.

<sup>1629</sup> Cass. com., 22 janv. 1991, *RF, Compt.*, 1991, p. 62, note Reigné (Ph.). Cet arrêt a opéré un revirement jurisprudentiel en mettant fin à l'idée selon laquelle la responsabilité du dirigeant était établie dès lors qu'une faute était imputable à ce dernier.

<sup>1630</sup> Cass. com., 27 jan. 1998, *Bull. Joly*, 1998, p.535, §173, note Le Cannu (P.); *Dr. Des sociétés*, 1998, comm. n°46, obs. Vidal (D.); Cass. com., 28 avr. 1998, *Bull. Joly*, 1998, p. 808, § 263, note Le Cannu (P.) ; *RTD com.*, 1998, p.623, obs. Petit (B.) et Reinhard (Y.); Cass. com., 20 oct. 1998, *Bull. Joly*, 1999, p.88, § 19, note Barbière (J.-F.); Cass. com., 12 jan. 1999, *Bull. Joly*, 1999, p. 842, § 228, note Saintourens (B.) ; Cass. com., 22 mai 2001, *Bull. Joly*, 2001, p.995, § 228, note Barbière (J.-F.).

fait l'objet de nombreuses objections liées aux difficultés de définition de la faute séparable des fonctions.

**625. Définition de la notion de faute séparable des fonctions.** La définition de la faute séparable des fonctions est difficile à établir. Elle est liée à la fonction du dirigeant, un auteur l'assimile à la faute de gestion, à tout manquement dans l'activité de direction de la société<sup>1631</sup>. La responsabilité du gérant pour faute séparable a été reconnue dans quelques cas. Notamment le cas dans lequel, un gérant qui avait laissé l'acheteur d'un bien appartenant à la société dans l'ignorance d'une facture impayée relative à ce bien, ou encore dans un autre cas où le dirigeant avait été condamné pour abus de mandat.

**626. L'introuvable responsabilité du dirigeant.** Plusieurs reproches ont été faits au juge. La faute séparable des fonctions conduit à exonérer le dirigeant et à créer par conséquent des cas d'irresponsabilité<sup>1632</sup>. D'une part, lorsque la faute du dirigeant n'est pas différenciée de ses fonctions, ce dernier est immunisé<sup>1633</sup> parce que la jurisprudence considère que cette faute n'est pas séparable de ses fonctions. En outre, n'est pas séparable de ses fonctions, le fait pour un directeur général de donner une garantie sans y être autorisé par le conseil d'administration<sup>1634</sup>. Par conséquent, toute la responsabilité repose sur la société. D'autre part, certains auteurs<sup>1635</sup> pensent que cette approche retenue par le juge est *contra legem ou ultra legem* dans la mesure où la condition supplémentaire de faute séparable des fonctions, ajouté par la jurisprudence, n'est pas prévue par les textes législatifs. La jurisprudence viole ainsi le principe d'interprétation qui prévoit qu'« *il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas* ». A la suite de ces reproches, la jurisprudence donne une nouvelle approche de la faute du dirigeant qui semble moins immuniser le dirigeant.

<sup>1631</sup> Wester-Ouisse, « Critique d'une notion imprécise : la faute du dirigeant de la société séparable de ses fonctions », *Dalloz aff.*, 1999, p.782.

<sup>1632</sup> Cf. Cozian (M.), Viandier (A.) et Deboissy (F.), *Manuel droit des sociétés, op cit.*, p.176, n°405, l'auteur relève que la faute détachable de l'exercice des fonctions du dirigeant « a dans un premier temps conduit la Cour de cassation à exonérer largement les dirigeants, même s'ils s'étaient rendus coupables de fautes de gestion particulièrement grave » ; Cass. com., 28 avr. 1998, *Bull. Joly sociétés*, 1999, p. 888, note Le Cannu (P.).

<sup>1633</sup> Barbiéri (J.-F.), « Responsabilité de la personne morale ou responsabilité de ses dirigeants ? La responsabilité personnelle à la dérive », in *Mélanges Guyon (Y.)*, Dalloz, 2003, p.41 ; Descorps Declère (F.), « Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux », *RTD com.*, 2003, p.25.

<sup>1634</sup> Cass. com., 5 juill. 2017, n°15-22707, *BSJ*, 2017, p. 678, note Brignon (B.).

<sup>1635</sup> Cf. Laugier (M.), « L'introuvable responsabilité du dirigeant social envers les tiers pour faute de gestion ? », *Bull. Joly*, 2003, p. 261, n°11 ; Descorps Declère (F.), *op. cit.*, p.31 et s.

***b. Les évolutions jurisprudentielles de la notion de faute séparable des fonctions du dirigeant social***

**627. La nouvelle approche de la faute séparable des fonctions du dirigeant social.**

Dans un arrêt du 20 mai 2003<sup>1636</sup> dit arrêt *Sati*, la Cour de cassation dans sa chambre commerciale a décidé de donner une nouvelle approche à la notion de faute détachable en précisant que « *la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute personnelle séparable des fonctions ; qu'il en est ainsi lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales* ». En effet, la Cour a approuvé la décision des juges de fond, qui avaient établi la responsabilité d'un gérant d'une SARL qui, pour obtenir la livraison d'un fournisseur, lui avait cédé deux créances, qui avaient déjà fait l'objet d'une cession à un tiers.

**628.** Le nouveau critère de définition de la faute détachable du dirigeant retenu par la jurisprudence semble exiger que la faute soit incompatible, avec l'exercice normal de ses fonctions. En effet, pour que la responsabilité du dirigeant soit retenue, il faudrait que la faute soit non seulement intentionnelle, mais qu'en plus, elle soit grave. Les nouveaux critères retenus par le juge tournent autour de la gravité de la faute, l'intention de son auteur et l'incompatibilité avec l'exercice normal des fonctions sociales de la faute qui a été commise<sup>1637</sup>. En dépit des améliorations que cet arrêt a apportées à la conception de la notion de faute détachable, elle n'a pas empêché de créer des débats doctrinaux. Certains auteurs<sup>1638</sup> pensent que la définition de la faute séparable proposée par les juges n'est pas claire. Par conséquent, elle laisse sans réponse de nombreuses interrogations. En revanche, pour d'autres<sup>1639</sup>, la définition de la faute détachable donnée par les juges dans cet arrêt prend en compte le caractère délibéré de la faute et sa gravité. Quid de la question de l'assurabilité de la faute séparable des fonctions ?

**629. La question de l'assurabilité de la faute séparable des fonctions.** Moins reconnue en droit de l'OHADA, l'assurance de la responsabilité est un mécanisme qui se

<sup>1636</sup> Cass. com., 20 mai 2003, *Dalloz*, 2003, p.1503, obs., Lienhard ; *Rev. Sociétés*, 2003, p.479, note. Barbiéri (J.-F) ; *JCP E*, 2003, n°1099, p.1221 ; *Bull. Joly*, 2003, p. 786, note Le Nabasque ; *Dalloz*, 2003, p.2623, note Dondero (B.) ; *JCP E*, 2003, n°2, obs. Caussain (J.-J.), Deboissy (Fl.) et Wicker (G.).

<sup>1637</sup> Germain (M.) et Magnier (V.), Ripert (G.) et Roblot (R.), *Traité de droit des affaires. Les sociétés commerciales*, LGDJ, 21<sup>e</sup> éd., coll. Traités, 2014, p. 568, n° 2317.

<sup>1638</sup> Grossi (I.), « La responsabilité des dirigeants », *op. cit.*, p. 56, n°118.

<sup>1639</sup> Cass. com., 20 mai 2003, *Rev. Sociétés*, 2003, p.479, note Barbiéri (J.-F), *op. cit.*,

développe en droit français<sup>1640</sup>. On le rencontre beaucoup plus dans les sociétés de grande taille, et beaucoup moins dans les petites sociétés. Ainsi, l'assurance de la responsabilité des dirigeants est une obligation, elle vient pallier les conséquences engendrées par le caractère subsidiaire de la mise en œuvre de la responsabilité du dirigeant à l'égard des tiers. Après de nombreux débats sur la question des fondements de la responsabilité d'un dirigeant pour défaut ou omission de souscription à une assurance, la Cour de cassation a eu à préciser dans un arrêt rendu le 11 janvier 2012<sup>1641</sup> qu'un associé qui engage des travaux après la rupture du contrat d'assurance obligatoire engage sa responsabilité pour faute détachable de ses fonctions.

**630.** Cependant, l'évolution des contours de la notion de faute détachable d'une part et l'article L. 113-1 du code des assurances qui dispose que « *l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré* » d'autre part, laisse subsister la question de la portée de l'obligation d'assurance. On s'accorde avec un auteur pour dire que « *la définition de la faute détachable comme « une faute intentionnelle et particulièrement grave » la soustrairait mécaniquement de l'assurance de responsabilité* »<sup>1642</sup>, car les polices d'assurance ne peuvent garantir les fautes intentionnelles ou dolosives. La proximité du droit de l'OHADA avec le droit français, permet au premier d'anticiper les évolutions possibles.

---

<sup>1640</sup> Reiner (L.), « Les protections des dirigeants d'entreprises », *Dr. Et patrim.*, 1995, p.23 ; Freyria (Ch.), *L'assurance de responsabilité civile du « management »*, Dalloz 1995, p.121.

<sup>1641</sup> Cass. civ., 11 jan. 2012, n°10-20.633, F-D. *JurisData* 2012-000275.

<sup>1642</sup> Teller (M.), « L'assurabilité de la faute séparable des fonctions », in *Actes pratiques & ingénierie sociétairer-BLJ*, p.7, n°25.



## Conclusion du Chapitre 2

**631.** En droit des sociétés commerciales, le juge fait face à de nombreux obstacles lorsqu'il est invité à se prononcer sur la responsabilité civile des acteurs sociaux. D'un côté, du fait de l'absence d'un régime de responsabilité propre au droit des sociétés, le juge recourt à des règles qui, pour la plupart, sont peu adaptées au contexte sociétaire. C'est notamment le cas en matière de responsabilité civile de la société. La condition liée à l'existence de la personnalité juridique de la société ne permet pas au juge de retenir la responsabilité de certaines sociétés, précisément les sociétés en participation, les sociétés créées de fait et les groupes de sociétés. En outre, le législateur ne s'est pas étendu sur le régime de responsabilité des associés. Dès lors, le juge ne peut fonder cette responsabilité que sur l'annulation de la société ou sur celle des actes et délibérations sociales. Son action est limitée par la brièveté des délais de prescription. Aussi, la détermination du préjudice et du lien de causalité entre la faute et ce préjudice semble peu évidente en raison de l'écran formé par la forte présence de la personne morale.

**632.** De l'autre côté, l'appréciation judiciaire de la faute varie en fonction de l'auteur de la demande en responsabilité d'où la différence de traitement des acteurs sociaux. Les nombreux critères évoqués par le juge rendent illisible et instable la notion de faute en droit des sociétés autant en ce qui concerne la responsabilité de la société, de l'associé que de celle du dirigeant social. Malheureusement, la définition de la notion de faute de la personne morale proposée en France par le projet de réforme de la responsabilité civile de mars 2017 ne semble pas apporter une solution, puisqu'elle fait déjà l'objet de nombreuses critiques. Au regard de tout cela, il nous paraît nécessaire de mettre en place un régime uniforme de responsabilité civile des acteurs sociaux qui assurerait un juste équilibre des intérêts sociaux, tout en garantissant le bon fonctionnement de la société.

## Conclusion du titre 1

**633.** La nécessité d'assurer le bon fonctionnement de la personne morale justifie les multiples interventions judiciaires au sein de la société commerciale. Au nom de l'intérêt social, le juge n'hésite pas à sanctionner soit l'acte irrégulier, soit son auteur. La mission du juge ne semble pas toujours évidente à cause du caractère incertain et équivoque des règles dont l'interprétation revêt plusieurs sens. Le législateur a défini ses missions en des termes très vagues. Il lui revient d'apprécier des notions dont les contenus varient en fonction des contextes sociaux ce qui conduit parfois à une implication importante et mal gérée dans la vie de la société. En matière de nullité par exemple, le législateur exige que la nullité de l'acte ou de la délibération sociale ne soit prononcée que lorsque l'acte ou la délibération concernée a violé soit une disposition impérative de l'acte uniforme, soit une clause statutaire jugée essentielle par le juge. Les notions sur lesquels se fondent la nullité sont des notions à contenu variable qui participent à déstabiliser les interventions judiciaires. Par ailleurs, le juge se fonde sur l'abus de droit et l'intérêt social pour décider de la nullité d'un acte ou d'une délibération sociale. Or, la définition de ces notions est l'objet de nombreux débats tant doctrinaux que jurisprudentiels.

**634.** De même, en l'absence de précision des critères de responsabilité civile des organes sociaux fondée sur la faute, le juge français a fait preuve de beaucoup d'audace. Il a eu recours aux notions de « *cause légitime* », « *de faute détachable* » et de « *justes motifs* » pour lever le voile sur la question de la sanction des organes sociaux. Cependant cette audace participe davantage à complexifier le régime de responsabilité de ces organes, car ces notions brillent par l'absence d'unicité. En revanche, une parfaite adaptation des actions en responsabilité civile au droit des sociétés devrait permettre de renforcer l'efficacité de ces actions au droit des sociétés. Elle pourra également permettre une excellente régulation judiciaire indirecte de l'environnement sociétaire.

## Conclusion de la seconde partie

**635.** Tout au long de cette partie, il nous a été donné de constater que les interventions judiciaires au sein des sociétés commerciales se sont considérablement développées ; mais qu'elles ne constituent pas forcément le gage de bon fonctionnement de la société. Emboitant le pas à un auteur<sup>1643</sup>, il est difficile de dire que l'action du juge dans le cadre de la sanction de l'inobservation des obligations civiles au sein de l'environnement sociétal est satisfaisante, que celle-ci soit intervenue à titre de contrainte ou de réparation. Malgré les efforts entrepris par le législateur africain et même par le juge à travers son œuvre créatrice, les sociétés commerciales font davantage face à de nombreuses crises qui sont sources de dysfonctionnement. Le dédale des règles organisant l'intervention judiciaire concourt à une apparente efficacité des mesures adoptées. Un auteur a qualifié cette situation de « *désordre des sources et des formulations* »<sup>1644</sup>.

**636.** Le législateur de l'OHADA a limité les causes et les effets de la nullité des décisions et délibérations irrégulières et a développé les mécanismes de régulation qui, quant à eux, se heurtent aux spécificités du droit des sociétés commerciales. Et, les éléments sur lesquels se fondent la nullité sont appréciables au cas par cas. En matière de responsabilité civile, la société forme un écran protecteur des associés et des dirigeants sociaux, dont la responsabilité ne peut être retenue que dans des cas spécifiques, notamment en cas de faute de l'organe concerné. Or, la faute est une notion d'origine prétorienne qui a progressivement vu le jour en matière de responsabilité des dirigeants sociaux et qui s'applique désormais à la responsabilité civile des associés. Bien que consacrée par l'AUDSCGIE, elle ne fait l'objet d'aucun encadrement légal. En l'absence de définition de la notion de faute, le juge fait des cas de responsabilité civile, une appréciation subjective. L'heure est au renouvellement des sanctions en droit de l'OHADA. Pour une bonne protection de l'environnement social, le juge doit s'entourer de procédures et de sanctions adaptées au contexte sociétaire. Son adaptation<sup>1645</sup> aux évolutions juridiques, économiques et sociales lui permettra d'apporter des réponses efficaces et nécessaires au bon fonctionnement des sociétés.

---

<sup>1643</sup> Fall (A. B.), Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique, Afrilex, 2003, p. 6, disponible sur <http://afrilex.u-bordeaux4.fr>, consulté le 17/06/2016.

<sup>1644</sup> Delmas-Marty (M.), *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, p. 1.

<sup>1645</sup> Coulibaly (S.), *La pratique du contentieux administratif Malien de l'indépendance à nos jours*, thèse Nice 2007, p. 315.

## CONCLUSION GENERALE

**637.** En droit des sociétés commerciales de l'OHADA, le développement des nouvelles missions du juge a été fait sans plan d'ensemble adapté à la réalité sociétaria. Quelques mécanismes légaux et prétoriens laissent percevoir la réalisation d'une mission régulatrice à la fois difficile, ambiguë et obscure. C'est pour cette raison que nous avons retenu, dans le cadre de ce travail, l'hypothèse d'une intervention certes pertinente mais limitée du juge au sein des sociétés commerciales. Notre étude avait donc pour ambition de montrer les imperfections de cette implication tant en matière de protection de l'environnement sociétaria que dans le cadre de la sanction des obligations civiles.

**638.** Cette ambition conduisait à analyser le rapport que le juge pouvait avoir tant avec les acteurs sociaux, qu'avec les actes sociaux et d'en ressortir les limites. Cela nous a permis de constater que l'exclusion judiciaire de l'associé qui demande la dissolution anticipée de la société fait l'objet d'importants débats doctrinaux. Ces débats naissent parce que l'Acte uniforme ne permet pas clairement au juge d'autoriser le « *squeeze out* » du membre qui demande la dissolution de la société pour justes motifs. De même, la révocation judiciaire des dirigeants sociaux pour justes motifs a été consacrée uniquement dans la SARL, cela pose le problème de l'intervention judiciaire dans les autres formes sociales. En ce qui concerne le recours aux tiers, sa mission se présente sous une double forme. D'une part, il a un pouvoir étendu qui lui permet d'apprécier souverainement la nomination du mandataire. D'autre part, son intervention est limitée puisqu'il ne peut agir dans le déroulement ou les suites des différentes procédures pour lesquelles le mandataire a été nommé. Or, la crise sociale ou l'urgence peut imposer une décision immédiate ou une intervention directe du juge. Le double aspect de la mission judiciaire ne répond pas à l'objectif de protection de l'intérêt social voulu par le législateur. Cette carence liée à l'intervention judiciaire dans les sociétés commerciales va au-delà de la faible influence qu'il a sur les acteurs sociaux, et s'étend sur la nature même du contrôle des actes sociaux. En effet dans ce domaine précis, le juge exerce un contrôle classique de la régularité des actes sociaux, c'est-à-dire un contrôle axé sur la recherche de l'intention de l'auteur de l'acte. Ce contrôle laisse en réalité très peu de place à l'appréciation de l'opportunité de l'acte contesté. En plus, le contrôle judiciaire des actes sociaux interpelle régulièrement le problème des décisions judiciaires valant vote ou celui des décisions judiciaires valant acte. Il s'agit des actes, décisions ou délibérations sociales pris par le juge en lieu et place des acteurs sociaux. Ces questions se posent généralement en matière d'abus de

minorité ou de rémunération des dirigeants sociaux. Concrètement, le juge n'a pas le pouvoir d'adopter ou de modifier le contenu de tout acte, décision ou délibération sociale abusive ou irrégulière. Or, l'urgence ou la survie de la société pourrait imposer l'adoption immédiate de mesures par cet organe.

**639.** En effet, la tendance à la contractualisation du droit des sociétés n'a pas été suivie d'un régime de contraintes adaptées au contexte sociétaire. L'exécution forcée de certaines obligations légales et statutaires, d'une part, et des clauses extrastatutaires, d'autre part, fait encore l'objet de certains écueils. L'information judiciaire est limitée soit par les délais de prescription trop courts, soit par la restriction de l'auteur de la demande ou des actes pouvant faire l'objet d'une communication judiciaire. De même, en l'absence de précision de l'Acte uniforme, la question de l'exécution forcée des clauses extrastatutaires reste ouverte. Pour sanctionner l'inexécution des obligations issues de ces pactes, le juge fait recours au droit des obligations des Etats membres de l'OHADA. Or, le résultat de cette action judiciaire dépendra de la réglementation à laquelle est soumise l'Etat concerné et pourra être différente d'un Etat à un autre. Par ailleurs, parce que la nullité est une sanction spécialement judiciaire<sup>1646</sup> qui s'arrime mal avec les exigences de la vie économique en général et le droit des sociétés<sup>1647</sup> en particulier<sup>1648</sup>, le législateur de l'OHADA en a fait une sanction particulière en droit des sociétés. Cette particularité implique une variation des interventions judiciaires dans le cadre sociétaire. D'un côté, les pouvoirs du juge sont liés conformément au principe « *pas de nullité sans texte* » et conduit à une nullité de plein droit. De l'autre côté, grâce à son pouvoir d'appréciation souveraine de l'opportunité de la nullité, le juge a la liberté de prononcer ou non la nullité d'un acte contesté lorsqu'elle paraît être la sanction « *la plus efficace de la règle transgressée* »<sup>1649</sup>. Dans l'un ou l'autre cas, dès lors que les textes ne donnent aucune précision sur les contours de la mission du juge, son intervention se fait avec d'importantes lacunes. Il

<sup>1646</sup> Mestre (J.), Velardocchio (D.) et Mesrtre-Chami (A.-S.), *Lamy sociétés commerciales 2015*, Lamy, coll. Lamy droit des affaires, 2014, n° 2793 ; Hamelin (J.-F.), « La caractère judiciaire de la nullité à l'heure de la réforme du droit des contrat », *LPA*, 9 déc. 2014, n° 245, p. 4 ; Bénabent (A.), *Droit des obligations, op. cit.*, p. 163, n° 204 ; Nzouabeth (D.), *Les litiges entre associés*, thèse Cheik Anta Diop, 2005, p. 327, n°618. L'auteur présente la nullité comme une sanction « nécessairement judiciaire », dans la mesure où, elle « doit être appréciée, constatée et prononcée par le juge ».

<sup>1647</sup> V. Legros (J.-P.), « Nullité des sociétés. Présentation générale », *JCL. Sociétés*, fasc. 32-10, n°2. L'auteur s'interroge sur les conséquences de l'annulation d'une société avec appel public à l'épargne.

<sup>1648</sup> Cette incompatibilité peut se justifier par les réalités du monde économique, mais surtout par la nature hybride de la société. V. en ce sens Didier (P.), « La théorie contractualiste de la société », *Rev. Sociétés*, 2000, p. 95 ; Basdevant-Gaudemet (B.), *contrat ou institution : un enjeu de société, op. cit.* ; Mestre (J.), « La société est bien encore un contrat », in *Mélanges. Mouly (C.)*, Litec, 1998, p. 130 et s. ; Favario (T.), « Regards civilistes sur le contrat de société », *op. cit.*, p. 53 ; Corbisier (I.), *La société : contrat ou institution, op. cit.*

<sup>1649</sup> V. Ghestin (J.), Loiseau (G.) et Serinet (Y.-M.), *Traité de droit civil, Formation de contrat, L'objet et la cause – Les nullités*, LGDJ, coll. Traités, 4<sup>e</sup> éd., 2013, p. 721, n°2021.

en est de même en matière de responsabilité, où l'AUDSCGIE s'est prononcé exceptionnellement et de manière évasive sur la responsabilité des dirigeants sociaux en restant muet sur les conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile des autres acteurs sociaux.

**640.** C'est à cet effet qu'en référence au droit français et au dynamisme de ses juges, le juge de l'OHADA a essayé de mettre en place un régime de sanctions qui répond à la réalité économique en protégeant l'intérêt social. Il n'hésite pas à apporter des éléments de définitions à certaines notions ignorées par le législateur, ou encore à créer celles inexistantes. Le juge se réfère aux notions très imprécises et parfois ambivalentes de fraude et de fictivité pour créer des cas de nullité non prévus par l'Acte uniforme ou à celle d'intérêt social pour définir la notion d'abus de droit. De même, il fait recours au principe de loyauté, de faute détachable de la fonction sociale, pour sanctionner certains acteurs sociaux. Cependant, la mise en commun de ces concepts avec le régime de responsabilité existant suscite de nombreux débats relatifs à la question de leur impact sur les relations sociales et dans la société. Loin d'être une source de sérénité, le pouvoir de sanction du juge constitue un objet d'iniquités. C'est en effet pour pallier ces nombreuses imperfections que nous envisageons quelques propositions.

**641.** Face aux enjeux économiques et pour une raison de pure logique, le juge devrait pouvoir exercer plus d'influence sur les acteurs sociaux. Dès lors qu'il s'agit de la protection de l'intérêt social, le juge pourrait sans ambiguïté, exclure pour juste motif l'associé au lieu d'opter pour la dissolution de la société, ou révoquer le dirigeant social sans distinction de forme sociale. En outre, la précision des modalités de recours aux tiers, notamment l'expert de gestion, l'administrateur provisoire ou le mandataire permettrait une implication judiciaire plus responsable et répondant mieux aux exigences de l'environnement sociétaire. Le juge appelé à contrôler les actes sociaux devrait, à notre sens, procéder à une réelle appréciation de l'opportunité des actes contestés. L'objectif premier de son intervention étant la régulation de l'environnement sociétaire, il devrait s'assurer que les actes sociaux servent l'intérêt social. Pris sous cet angle, la précision et l'encadrement de la nature du contrôle judiciaire des actes sociaux contestés répondraient mieux à la finalité du droit des sociétés de l'OHADA. Ils permettraient, par la même occasion, d'apporter une lisibilité sur la dimension du contrôle judiciaire ou sur l'influence que le juge pourrait avoir sur les acteurs sociaux. Cela constituerait sans doute une solution au débat relatif aux décisions judiciaires valant soit acte ou à celles valant vote, puisque le juge pourrait se prononcer sur la conformité de l'acte en se fondant sur le seul intérêt social.

**642.** En effet, la nécessité de préserver le bon fonctionnement de la société exige désormais une intervention judiciaire plus osée. C'est dans le souci de garantir la mise en œuvre effective de ces obligations que nous proposons le renforcement des mesures d'exécution forcée en nature au sein des sociétés commerciales. Cela passerait sans doute par une nouvelle présentation de l'article 528 al.1 de l'AUDSCGIE qui autoriserait à toute personne, ayant un intérêt à mettre en œuvre la communication judiciaire, de saisir le juge. Toujours dans l'optique de garantir la bonne information des associés, nous proposons la reformulation des articles 288, 306 et 345 de l'AUDSCGIE, par l'insertion d'un nouvel alinéa à chacun d'eux. Ce nouvel alinéa permettrait au juge d'autoriser la communication des documents sociaux dans toutes les formes sociales. Ce renforcement offrirait au juge des moyens favorables à une intervention adaptée aux exigences sociétales. Par ailleurs, concernant les conventions extrastatutaires, il conviendrait de revoir l'article 2-1 de l'AUDSCGIE en y incluant des mesures de contraintes judiciaires favorables à l'exécution effective de ces conventions.

**643.** La nullité a un grand rôle à jouer au sein de l'environnement sociétaire, car elle comble les lacunes sociétaires en matière de sanctions. Elle répare également les déséquilibres entre les acteurs sociaux nés à la suite de l'adoption de l'acte contesté. Toutefois, afin d'éviter les nombreuses disparités légales et jurisprudentielles en cette matière, nous proposons que les notions standards telles que : la clause des statuts jugée essentielle, l'abus de droit, les dispositions impératives encadrées en droit civil, soient adaptées au contexte spécifique des sociétés commerciales. En outre et toujours dans l'optique d'éviter les disparités cette fois en matière de responsabilité civile, il serait souhaitable de mettre en place un régime spécifique de responsabilité civile. Celui-ci permettrait au juge de trouver un fondement commun à la responsabilité civile des associés et de trouver des hypothèses de responsabilité civile des sociétés commerciales aux sociétés sans personnalité juridique.

**644.** Rétrospectivement, le bilan d'ensemble présente un développement des pouvoirs du juge peu adapté à l'environnement sociétaire. En effet, l'objectif d'intégration juridique et judiciaire est entré dans les esprits par « *effraction* »<sup>1650</sup> et peine encore à entrer par conviction dans les mœurs. Dans de nombreux cas, on note l'absence totale de règles applicables ou encore

---

<sup>1650</sup> Ce terme a été utilisé par un auteur pour rendre compte des origines de l'insécurité judiciaire au sein de la communauté OHADA. Kamga (J.), « réflexions « concrètes » sur les aspects judiciaires de l'attractivité économique du système juridique de l'OHADA, *op. cit.*, p. 32. L'auteur relève que : « aucun article du corps du traité de l'OHADA ne parle de la sécurité judiciaire, seul le premier considérant du préambule réaffirme la détermination du législateur de l'OHADA à accomplir des nouveaux progrès en vue de renforcer la sécurité juridique et judiciaire ».

l'inadéquation de celles prévues. Le juge essaie de donner vie au droit des sociétés à travers son œuvre créatrice. Mais, la prudence et le manque de professionnalisme dont il fait preuve limitent son action. Assurément, l'intégration juridique et judiciaire tant recherchée par le législateur de l'OHADA supposeraient une implication judiciaire beaucoup plus appropriée et équilibrée. D'une part, elle supposerait sans doute des mécanismes d'intervention judiciaire plus adaptés. Le législateur de l'OHADA devrait être plus claire, précis et s'étendre sur les questions qui n'ont pas fait l'objet de réglementation au dans l'AUDSCGIE. D'autre part, et peut-être surtout, elle supposerait l'expression d'un véritable professionnalisme du juge<sup>1651</sup>. Ce n'est qu'à ces conditions que l'intervention du juge au sein de la société pourrait apporter des solutions efficaces pour un fonctionnement plus harmonieux.

---

<sup>1651</sup> Cf. Kamnang K. (I.-Fl.), *Les pouvoirs du juge dans les sociétés commerciales en droit OHADA*, thèse de Dschang, 2017, p. 443 et 444. V. les solutions proposées par l'auteur dans l'optique de mettre fin à l'absence de professionnalisme du juge. V. également Rozes (S.), « Un profil nouveau pour les juges », *In Le juge et le droit de l'économie*, Mélanges Bézard (P.), Montchrestien, 2002, p. 437 et s. D'avis avec cet auteur, le juge devrait pouvoir avoir « *les qualités du financier éprouvé sinon retors pour traquer au mieux les bilans, les fausses factures, les mécanismes finement ajustés pour avoir l'apparence de la licéité* ».



## BIBLIOGRAPHIE

### I. OUVRAGES GENERAUX : Traité, Manuels, Cours, Précis et Dictionnaires

#### -A-

AKUETE SANTOS P. et YADO TOE J., OHADA, Droit commercial général, Bruylant, coll. DUA, 2002.

ANOUKAHA F., ABDOULLAH C., NDIAM D. et al., OHADA, *Sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique*, Bruylant, coll. DUA, 2002.

ATLAS C., *Philosophie du droit*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., coll. Thémis droit, 2012.

ANOUKAHA F. et TJOUEA A.D., *Les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution en OHADA*, PUA, 1999.

AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Introduction générale au droit*, Sirey, 15<sup>e</sup> éd, coll. Université, 2014.

#### -B-

BACACHE-GIBELI M., et LAROUMET C. (dir.), *Traité de droit civil, t. 5, Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, Economica, 2<sup>e</sup> éd., coll. Corpus droit privé, 2012.

BARBIERI J.-J., BAUFUME G., BIGUENET-MAUREL C., et al., *Procédure civile 2014-2015*, Francis Lefebvre, coll. Mémento pratique, 2014.

BAUDET I., *Le droit des sociétés en schémas*, Manuel, Ellipses, 4<sup>e</sup> éd., coll. Le droit en schémas, 2020.

BEAUD M., *L'art de la thèse*, La Découverte, coll. Guide Repères, 2003.

BÉNABENT A.,

- *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, 13<sup>e</sup> éd., coll. Domat droit privé, 2019.

- *Droit des obligations*, Montchrestien, 17<sup>e</sup> éd., coll. Domat droit privé, 2018.

BERGEL J.-L., *théorie générale du droit*, Dalloz, 5<sup>e</sup> éd, coll. Méthodes du droit, 2012.

BERNARD BLAISE J., *Droit des affaires, commerçant, concurrence, distribution*, LGDJ, 3<sup>e</sup> éd, coll. Manuel, 2002.

BONNARD J., *Droit des sociétés 2018-2019*, Hachette, 15<sup>e</sup> éd., coll. Les Fondamentaux. La Bibliothèque de l'Étudiant, 2018.

BRUN P., PIERRE P., et LOUVEL L., *Lamy droit de la responsabilité 2015*, Lamy, coll. Lamy droit civil, 2014.

-C-

CABRILLAC R. (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, coll. CRFPA, Grand oral 2015, 2015.

CARBONNIER J., *Droit civil, t. 4, Les obligations*, PUF, 22<sup>e</sup> éd., coll. Droit privé, 2000.

CHARVERIAT A., COURET A. et ZABALA B., *Sociétés commerciales 2015*, Francis Lefebvre, coll. Mémento pratique, 2014.

CHAPUS R., *Droit administratif général*, t.1, Montchrestien, 15<sup>e</sup> éd., 2001.

CHAPUT Y., *Droit des sociétés*, PUF, Thémis, coll. Droit fondamental, 1993.

CHATIER Y.,

- *Droit des affaires : entreprises en difficultés, prévention, redressement, liquidation*, PUF, coll. Thémis, 1989.

- *Droit des affaires, t. 2, Sociétés commerciales*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 1992.

COLLART DUTILLEUL F., et DELEBECQUE P., *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 11<sup>e</sup> éd., coll. Précis droit privé, 2019.

CONSTANTIN A., *Droit des sociétés*, Dalloz, 6<sup>e</sup> éd., coll. Mementos, 2014.

CORNU G. (dir.),

- *Vocabulaire juridique*, Ass. Henri Capitant, PUF, 13<sup>e</sup> éd., 2020.

- *Droit civil. Introduction au droit*, Montchrestien, 13<sup>e</sup> éd., coll. Domat droit privé, 2007.

COZIAN M., VIANDIER A. et DEBOISSY Fl., *Droit des sociétés*, LexisNexis, 32<sup>e</sup> éd., coll. Manuel, 2019.

**-D-**

DIDIER P., *Droit commercial*, t. II, L'entreprise en société, les groupes de sociétés, PUF, 3<sup>e</sup> éd., Thémis, 1999.

DONDERO B., *Droit des sociétés*, Dalloz, 6<sup>e</sup> éd., coll. Hypercours, 2015.

DUPRET B., *Le jugement en action, Ethnomologie du droit, de la morale et de la justice en Egypte*, CEDEJ, 2006.

**-F-**

FAGES B., *Droit des obligations*, LGDJ, 8<sup>e</sup> éd., coll. Manuels, 2018.

FARJAT G., *Pour un droit économique*, PUF, 2004.

FÉNÉON A., *Droits des sociétés en Afrique (OHADA)*, LGDJ, coll. Droits Africains, 2015.

FÉNÉON A. et GOMEZ J.R., *OHADA, Droit commercial général*, J.-L. Commentaires, éd. EDICEF/Editions FFA, 1999.

FRICERON N. et JULIEN P., *Procédure civile*, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd., coll. Manuel, 2014.

**-G-**

GERMAIN M. et MAGNIER V., Ripert G. et Roblot R., *Traité de droit des affaires. Les sociétés commerciales*, LGDJ, 21<sup>e</sup> éd., coll. Traités, 2014.

GHESTIN J., LOISSEAU G. et SERINET Y.-M., *La formation du contrat : le contrat, le consentement*, t.1, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., coll. Traités, 2013.

GHESTIN J., VINEY G. et JOURDAIN P., *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., coll. Traités, 2013.

GIBIRILA D., *Droit des sociétés*, Ellipses, 4<sup>e</sup> éd., coll. Manuel Universités Droit, 2012.

GUINCHARD S., DEBARD T. (dir.), *Lexique des termes juridique 2020/2021*, Dalloz, 28<sup>e</sup> éd., 2020.

GUIRAMAND Fr. et HERAUD A., *Droit des sociétés*, Francis Lefebvre, coll. Manuel, 2018/2019.

GUYON Y., *Droit des affaires*, t.1, Economica, 12<sup>e</sup> éd., coll. Droit des affaires et de l'entreprise, 2003.

**-H-**

HEMARD J., TERRE F., et MABILA P.,

- Sociétés commerciales, t. 1, Dalloz, 1972.
- *Sociétés commerciales*, t.3, Dalloz, 1978.

HOUPIN C., et BOSVIEUX H., *Traité général et pratique des sociétés civiles et commerciales*, t.2, Sirey, 1927.

**-I-**

IHERING R. V., *Théorie pure du droit*, Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1962.

ISSA-SAYEGH J. et LOHOUES-OBLE J., *OHADA, Harmonisation du droit des affaires*, Bruylant, coll. DUA, 2002.

ISSA-SAYEGH J., POUGOUE P.-G., SAWADOGO F.M. et *ali.*, *OHADA/Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 4<sup>e</sup> éd., 2014.

**-J-**

JEANTIN M. et LE CANNU P., *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., coll. Précis droit privé, 2006.

**-L-**

LE CANNU P. et DONDERO B., *Droit des sociétés*, LGDJ, 8<sup>e</sup> éd., coll. Domat droit privé, 2019.

LIENHARD A., *Procédure collectives*, Delmas, 6<sup>e</sup> éd., 2014.

LEGEAIS D., *Droit commercial et des affaires*, Sirey, 26<sup>e</sup> éd., coll. Université, 2020.

LEMEUNIER F.,

- *SARL, société à responsabilité limitée, création. Gestion. Evolution*, Delmas, 24<sup>e</sup> éd, 2004.

- *Société anonyme : création, gestion, évolution*, Delmas, 19<sup>e</sup> éd, 2002.

**-M-**

MARIE-HELENE, MONSERIE-BON, GROSCLAUDE L. et *ali.*, (dir.), *Droit des sociétés et groupement*, LGDJ, coll. Cours, 2013.

MARTOR B., PILKINGTON N., SELLERS D., et *ali.*, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, LexisNexis, 2e éd., coll. Litec professionnels -droit commercial, 2009.

MERCADAL B., et JANIN Ph., *Sociétés commerciales, Mémento pratique*, Francis Lefebvre, 2003.

MERLE Ph., *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz, 23<sup>e</sup> éd., coll. Précis droit privé, 2019.

MERLE Ph. et FAUCHON A., *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz, 19<sup>e</sup> éd., coll. Précis, 2019.

MESTRE J., VELARDOCCHIO D. et MESTRE-CHAMI A.-S., *Lamy Sociétés commerciales*, coll. Lamy droit des affaires, 2015.

MONTESQUIEU C.-L., *De l'esprit des lois*, Paris, 1748, rééd. Gallimard, 1970.

MOUSSERON P. et CHANTAN-AUTAJON L., *Droit des sociétés*, Joly, 2<sup>e</sup> éd., coll. Précis Joly, 2013.

#### -N-

NGONO A.-F. *Droit des sociétés commerciales au Cameroun : de la constitution à la dissolution ce qu'il faut savoir*, PUA, 1996.

NGUEBOU TOUKAM J., *Le droit commercial général dans l'Acte uniforme OHADA*, PUF, coll. Droit uniforme, 1998.

NZOUABETH D., *Les litiges entre associés*, thèse de Cheikh Anta Diop de Dakar, 2005.

#### -P-

PEROCHON F., *Entreprise en difficulté*, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., coll. Manuel, 2014.

PÉTEL Ph., *Droit des procédures collectives*, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd., coll. Cours, 2017.

PIIH D. et KAMGA J., *OHADA/ Code bleu, Traité, Actes uniformes, Règlements de procédure et arbitrage, Jurisprudence annotée*, 4<sup>e</sup> éd., Juriafrica, 2016.

PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, t.2, Paris, Librairie Cotillon, 1900.

POHÉ D. *Droit des sociétés commerciales et coopératives dans l'espace OHADA*, Bruylant, coll. Droit uniforme africain, 2019.

POUGOUÉ (P.G), *Encyclopédie de droit OHADA*, Lamy 2011.

POUGOUÉ P.-G., *Présentation générale et procédure en OHADA*, PUF, coll. Droit uniforme, 1998.

POUGOUE P.-G., et ANOUKAHA F., *Droit des obligations au Cameroun*, Dschang Université press, t. 1, Les actes juridiques.

POUGOUE P. G., et KALIEU ELONGO Y.R.,

- *Introduction critique à l'OHADA*, PUA, 2008.

- *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, PUA, 1999.

POUGOUE P.G., et KUATE TAMEGHE S.S. (dir.), *Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, l'Harmattan, coll. Etudes africaines, 2010.

PUIG P., *Contrat spéciaux*, Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., coll. Hypercours, 2019.

### -R-

RACINE J.-B., *Droit de l'arbitrage*, PUF, coll. Thémis, 2016.

RIPERT G. et ROBLOT R., *Traité de droit des affaires*, T. 1, vol. 1, Du droit commercial au droit économique, par Vogel (L.), 19<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2010.

### -S-

SANTOS A.P., et TOE J.Y., *OHADA, Droit commercial général*, Bruylant, coll. DUA, 2002.

SAWADOGO F.M., *OHADA, droit des entreprises en difficulté*, Bruylant, coll. DUA, 2002.

### -T-

TCHAKOUA J.-M., *Introduction générale au droit camerounais*, Presses de l'UCAC, 2008.

TERRE F., *Introduction générale au droit*, Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., coll. Précis droit privé, 2015.

TERRÉ F., LEQUETTE Y., et GAUDEMET S., *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Précis Droit privé, 2013.

TIGER Ph., *Le droit des affaires en Afrique, OHADA*, PUF, coll. « que sais-je ? », 1999.

### -V-

VEDEL G. et DELVOLLE P., *Droit administratif*, t.2, PUF, 12<sup>e</sup> éd., coll. Thémis, 1992.

VIDAL D., *Droit des procédures collectives*, Gualino, 2<sup>e</sup> éd., coll. Master, 2009.

VIDAL D. et LUCIANO K., *Droit général des sociétés*, Gualino, coll. Cours, 2015-2016.

VINEY G. et JOURDAIN P., *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., 2006,

VOGEL L., *Du droit commercial au droit économique*, t.1, LGDJ, 20<sup>e</sup> éd., coll. Traités, 2016.

-W-

WALINE J., *Droit administratif*, Dalloz, 25<sup>e</sup> éd., coll. Précis, 2014.

## **II. OUVRAGES SPECIAUX : Monographies, Thèses et Rapports**

-A-

ABDELMOUMEN N., *Hiérarchie et séparation des pouvoirs dans les sociétés anonymes de type classique*, thèse Paris I, 2013.

AGBO FOLLY M., *Le statut des dirigeants sociaux en droit de l'OHADA*, thèse Montpellier, 2014.

AGUEMON KHALED, *Réflexion sur l'abus de droit en droit de sociétés dans l'espace OHADA : contribution en droit français*, thèse Lyon, 2013.

ALBARIAN A., MOURON Ph. et BRIGNON B., *Droit commercial. Sociétés commerciales 2015. Un an de jurisprudence commentée*, Wolters Kluwer, coll. Lamy., 2015

ALLEGAERT V., *Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux*, thèse Nantes, PUAM, coll. Institut de droit des affaires, 2005, préface Lucas F.-X.

AMIAUD A., *Traité théorique et pratique des comptes de réserves dans les sociétés par actions*, Sirey, 2<sup>e</sup> éd., 1920.

ARNAUD S., *L'usufruit des valeurs mobilières. Variations sur les notions de propriété et d'associé*, thèse Nice-Sophia-Antipolis, 2002.

AZARIAN H., *La société par actions simplifiées*, Litec, 2<sup>e</sup> éd., coll. Litec Professionnels, 2007.

AZENCOT M., *L'intervention du juge dans la gestion des sociétés commerciales*, thèse dact. Paris II, 1979.

AZIBER SEID ALGADI, *Contrats et droit OHADA des procédures collectives : étude à la lumière du droit français*, thèse Toulouse et Yaoundé 2007, l'Harmattan 2009, préface de Monserie-Bon M.-H.

**-B-**

BALIMA M., *Les sociétés commerciales en Afrique de l'Ouest*, thèse Dijon, 1979.

BALLOT-LENA A., *La responsabilité civile en droit des affaires, des régimes spéciaux vers un droit commun*, thèse Paris X, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, 2008.

BANDRAC M. et DOM J.-P., *Loi NRE et autres réformes réflexions et solutions pratiques en droit des sociétés*, Joly, 2002.

BARANES W. et FRISON-ROCHE M.-A. (dir.), *La justice, l'obligation impossible*, Autrement, coll. Nos valeurs, 1994.

BASDEVANT-GAUDEMET B., *Contrat ou institution : un enjeu de société*, LGDJ, coll. Système droit, 2004.

BÉNAVANT A., *Sept clefs pour une réforme de la prescription extinctive*, Dalloz, 2007.

BERDAH J.-P., *Fonctions et responsabilités des dirigeants de sociétés par actions*, thèse Paris, Sirey, coll. Bibl.dr.commercial, t. 27. 1974.

BERR Cl., *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, thèse Grenoble, Sirey 1961, préface de Givord Cl.

BERLE A. *Le capitalisme américain et la conscience du Roi*, A. Colin, 1957.

BOCCARA B., *L'administration provisoire des sociétés commerciales*, thèse Paris, 1948.

BOILLOT C., *La transaction et le juge*, LGDJ, 2003.

BONNARD G., *Droit des sociétés*, Hachette, 15<sup>e</sup> éd., coll. Carré droit, 2018.

BOY L., RACINE J.-B. et SIIRIAINEN F. (dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Lacier, coll. Droit Economie International, 2009.

BROU KOUADIO S., *Le contrôle de la constitution et du fonctionnement des sociétés commerciales en droit ivoirien*, thèse Bordeaux, 1987.

**-C-**

CADIET L. et JEULAND E., *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 8<sup>e</sup> éd., coll. Manuel, 2013.

CAFFIN-MOI M., *Cession des droits sociaux et droit des contrats*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2009, préface de Bureau D.



CAILLAUD B., *L'exclusion d'un associé dans les sociétés*, Sirey 1966.

CHAINAIS C., et FENOUILLET D., *Les sanctions en droit contemporain, vol. 1 La sanction entre technique et politique*, Dalloz, coll. L'esprit du droit, 2012.

CHAMPAUD Cl.,

- *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, thèse Rennes, Sirey, 1962.
- *Stratégies judiciaires de l'entreprise*, Dalloz, coll. Etats de droit, 2006.

CHAMPETIER DE RIBES-JUSTEAU A.-L., *Les abus de majorité, de minorité et d'égalité. Etude comparative des droits français et américain des sociétés*, thèse Paris I, Dalloz, 2006, préface de Daigre J.-J.

CHANTEPIE G. et LATINA M., *La réforme du droit des obligations. Commentaires théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*. Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2018.

CHOUKROUM C., *Les droits des associés non-gérants dans la SARL*, thèse Paris, 1957.

CLAM J. et MARTIN G.(dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. Droit et société, 1998.

CORBISIER I., *La société : contrat ou institution*, th. Luxembourg, 2001, Lacier, 2001.

CUISINIER V., *L'affectio societatis*, th. Dijon, 2006, Litec, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2008.

COFFAUX G., *Du contrat en droit des sociétés- essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés*, thèse Nice, 1999.

GOFFIN (M.), *L'autofinancement des entreprises*, Sirey, 1968.

COLLADO F., *La liquidation amiable des sociétés*, thèse Nice-Sophia Antipolis, 2002.

COLSON R., *La fonction de juger. Etude historique et positive*, thèse d'Auvergne, PUCF-LGDJ, coll. Fondation Varenne, 2006, préface de Cadiet L.

CONSTANTIN A., *Les rapports de pouvoir entre actionnaires*, thèse Paris I, 1998.

CONTIN R., *Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes*, Litec, 1975.

CORBISIER (I.), *La société : contrat ou institution*, Lacier, coll. Faculté de droit, d'économie, et de finance de l'Université du Luxembourg, 2011.

CORDELIER E., *L'abus en droit des sociétés*, thèse Toulouse I, 2002.

CUISINIER (L.), *L'affectio societatis*, thèse Dijon, 2006, Litec, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2008.

**-D-**

DAVID P., *La protection des minorités dans les sociétés par actions*, thèse, Paris, Sirey, 1929.

DE CORDT Y., *L'égalité entre actionnaires*, Bruylant, coll. Bibliothèque faculté de droit, UCA de Louvain, 2004, Préface de Horsmans G.

DEGUENON (M.), *Les litiges entre actionnaires dans l'espace OHADA*, thèse Université d'Abomey-Cavali, 2015.

DELEBECQUE Ph. et PANSIER Fr.- J., *Droit des obligations. Responsabilité civile, délit et quasi-délit*, LexisNexis, 8<sup>e</sup> éd., 2019.

DESOUTTER V., *La responsabilité civile de la société mère vis-à-vis de sa filiale, comparaison entre l'Aktiengesetz allemande et le droit français des groupes*, thèse de Lyon III, 2011, Peter Lang 2012.

DESCAUDIN Ch., *Etude comparative du rôle du juge dans l'interprétation des contrats*, thèse de Cergy-pontoise, 2009.

DESPAX M. et PELISSIER J., *La gestion du personnel ; Aspects juridiques*, Cujas, 2<sup>e</sup> éd., 1984.

DIALLO B., *La nullité des décisions collectives dans les sociétés commerciales*, thèse dact. Paris V, 1998.

DIÈYE A., *Régime juridique des sociétés commerciales dans l'espace Ohada. Acte uniforme sur le droit des sociétés commerciales et du GIE (AUSGIE)*, Cabinet AZIZ Dièye, 4<sup>e</sup> éd., 2014, préface de Diouf A.

DIOMANDE S., *Regards sur la fonction attribuée au capital social, Aspects de droit comparé : droit uniforme de l'Ohada et droit français des sociétés*, thèse Caen, 2012.

DION N., *Les obligations fiduciaires des dirigeants de sociétés commerciales, droit des Etats-Unis d'Amérique et droit français*, thèse Orléans, 1994.

DUPEYRON C., *La régularisation des actes nuls*, thèse Toulouse, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 127, 1973.

**-E-**

EMMANUEL G., *Essai de généralisation d'un droit de retrait dans la société anonyme*, LGDJ, coll. FADSC, 2005, préface Daigre J.-J.

ESMEL M.C.A., *Droit des procédures collectives en Côte d'Ivoire : contribution à l'étude de la pluralité d'ordres normatifs*, thèse Nice-Sophia Antipolis, 2000.

ESMEL-BERAUDY (P.), *De la spécificité de l'abus de droit en matière fiscale*, thèse Nice, ANRT, 2001.

-F-

FRANCO O., *L'ordre public, obstacle à l'harmonisation ou trait d'union entre les droits ? l'exemple du droit des sociétés et des procédures d'insolvabilité*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, T.5, 2016, préface de Claudel E.

FRISON-ROCHE M.-A.(dir.),

- *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Press. Sc. Po et Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2004.
- *Les risques de régulation*, Press. Sc. Po et Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005.

FRISON-ROCHE M.-A. et BARANES W., *La justice. L'obligation impossible*, Autrement, coll. Morales, n°16, 1994.

FRISON-ROCHE M.-A. et BONFILS S., *Les grandes questions du droit économique*, PUF, coll. Quadriga, 2005.

-G-

GAILLARD E., *Le pouvoir en droit privé*, Economica, coll. Droit civil, 1985, Préface de Cornu G.

GATSI J., (dir.), *L'effectivité du droit de l'OHADA*, PUA, coll. DUP, 2006.

GOFFAUX-CALLEBAUT G., *Du contrat en droit des sociétés. Essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés*, l'Harmattan, coll. PUS, 2008, préface de Gastaud (J.-P.).

GOMEZ J.R., *Les Etats d'Afrique noire à la recherche d'un droit des sociétés*, thèse Montpellier 1989.

GORDON L., *Les obligations des associés*, Economica, coll. Droit des affaires et de l'entreprise, 1999.

GOUT O., *Le juge et l'annulation du contrat*, thèse Saint-Etienne, 1998, PUAM, 1999.

GRANCHET G., *La notion de cessation des paiements dans la faillite et le règlement judiciaire*, thèse Paris, LGDJ, 1960.

GREVAIN-LEMERCIER K., *Le devoir de loyauté en droit des sociétés*, thèse Rennes I, 2011, PUAM, 2013.

GROSBOIS E., *Responsabilité civile et contrôle de la société*, thèse Caen, 2012.

GROSCLAUDE L., *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, thèse Paris I, 1997.

GUEBIDIANG A. et TCHOYI-DOUMBE H., *La cession des droits sociaux de l'associé minoritaire*, thèse d'Auvergne-Clemont-Ferrandi, 2010.

GUENGANT A., TEOUSSIERE P. et DE VENDEUIL S., *Le rôle des juges dans la vie des sociétés*, Nouvelles Editions Fiduciaires, 1993.

GUENGANT A., De VENDEUIL, DAVORET D. et al., *Juge et droit des sociétés en 70 thèmes*, Litec, coll. Litec Professionnels, 2008.

GUYON Y., - *Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd., coll. Traité des contrats, 2002, Ghestin (J.) dir.

## -H-

HADJI-ARTINIAN S., *La faute de gestion en droit des sociétés*, Litec, coll. Affaires Finances, 2001.

HAMELIN (J. F.), *Le contrat-alliance*, Economica, 2012.

## -I-

IDRISSA Y., POUGOUE P.-G., et NEMEUEDEU R., *OHADA/Additif des textes révisés et commentés*, JO 4 février 2014, Juriscope 2014.

IONESCU O., *la notion de droit subjectif dans le droit privé*, Bruylant, 2<sup>e</sup> éd., 1978, préface de Ripert (G.).

ISSA-SAYEGH J., *Répertoire quinquennal OHADA 2000-2005*, t. 2, 4<sup>e</sup> partie, Jurisprudence, UNIDA, OHADA.com.

**-J-**

JOSSERAND L., *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2006, Préface de Deroussin (D.).

**-K-**

KAMNANG K. I.-Fl., *Les pouvoirs du juge dans les sociétés commerciales de droit OHADA*, thèse Dschang, 2017.

KEM CHEKEM B.M., *La loyauté dans les relations sociétaires*, thèse Dschang, 2012.

KEUGONG WATCHO R.S., *Le droit commun des contrats face à l'émergence des droits communautaire africains*, thèse de Dschang, 2009.

KONE M., *Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA. Comparaisons avec le droit Français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de Droit Privé, 2003, Préface de Saintourens B.

KOUMBA E.M., *Droit de l'OHADA : prévenir les difficultés des entreprises*, l'Harmattan, coll. *Etudes Africaines*, 2013.

**-L-**

LAITHIER Y. M., *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004.

LEDOUX P., *Le droit de vote des actionnaires*, LGDJ, 2002, préface de Merle P.

LEFEUVRE Cl., *Le référé en droit des sociétés*, PUAM, 2006, préface de Le Nabasque H.

**-M-**

MATHEL N., *Recherche sur la personnalité morale en droit privé*, thèse dactyl. Paris II, 2001.

MESMIN KOUMBA (E.), *Droit de l'OHADA : Prévenir les difficultés des entreprises*, l'Harmattan, coll. *Etudes africaines*, 2013.

MESSAI-BAHRI S., *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, thèse Paris I, IRJS, 2008.

MIGNON-COLOMBET A., *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Economica, coll. *Recherches juridiques*, 2004, Préface de Guyon Y.

MOHA FOPA E.A., *L'ordre public commercial en droit de l'OHADA*, thèse de Dschang, 2014.

MOUSSERON P., *Les conventions sociétaires*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd, 2014.

MOUTIEU M.-A., *L'intérêt social en droit des sociétés*, l'Harmattan, coll. Etudes Africaines, 2009, préface de POUGOUÉ P. G.

MONDOLINI M.-A., *Les interventions préventives du juge des référés dans l'entreprise*, thèse Aix-Marseille III, PUAM, 2004.

MOUNETAGA D., *L'intervention du juge dans la vie des sociétés commerciales*, thèse Cheikh Anta Diop de Dakar, 2007.

MUKA-TSHIBENDE L.-D., *L'information des actionnaires, source d'un contre-pouvoir dans la société anonyme de droit français et du périmètre OHADA*, 2009, préface J. Mestre.

-N-

NAVARRO J.-L.,

- *Droit des sociétés : le juge et l'associé*, Hachette Supérieur, coll. Les Fondamentaux-Droit, 2010.
- *Droit des sociétés : le juge et la société*, Hachette Supérieur, coll. Les Fondamentaux-Droit, 2011.
- *Droit des sociétés : le juge et le dirigeant*, Hachette Supérieur, coll. Les Fondamentaux-Droit, 2011.

NDOYE D., *La nouvelle Cour de cassation des pays de l'OHADA*, EDJA, coll. Dr. Comm. Afr. 1998.

NEDRA ABDELMOUMEN, *Hiérarchie et séparation des pouvoirs dans les sociétés anonymes de type classique*, thèse Paris I, 2013.

NEMEDEU R., *Le contrôle des dirigeants de la société anonyme*, thèse Strasbourg, 2000, ANRT, 2003.

NEMOZ-RAJAT Q., *Les interventions spécifiques au droit des sociétés in bonis*, thèse Lyon III, 2015.

NZOUABETH D., *Les litiges entre associés*, thèse Cheikh Anta Diop, 2005.

-O-

OPPETIT B., *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, thèse Paris 1963.

OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES C., *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, thèse Paris II, 2002, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2002.

**-P-**

PAILLUSSEAU J., *La société anonyme technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, 1967.

PANCRAZI-TIAN M-E., *La protection judiciaire du lien contractuel*, thèse d'Aix-Marseille, 1996, Préface de Mestre J.

PARACHKEVOVA I., *Pouvoir et financement dans la société anonyme cotée. Pour une reconnaissance juridique de la diversité des rapports entre pouvoir et fonds propre*, thèse Nice-Sophia Antipolis, 2004.

PINIOT M.-C., *Le juge et le droit de l'économie*, Montchrestien, Mélanges en l'honneur de Bezar P., 2002, Préface Badinter R.

POUGOUE P. G. et FOKO A., *Le statut du commerçant dans l'espace OHADA*, PUA, 2009.

POUGOUE P. G., et KUETE TAMEGHE S. S., *Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage*, l'Harmattan, 2010.

**-R-**

RAOUL J., *L'ajournement des assemblées générales dans la SA*, Mémoire Paris II, 2002-2003,

RECEVEUR B., *La force obligatoire du contrat de société : contribution à l'étude des relations entre droit des contrats et droit des sociétés*, thèse de Cergy-Pontoise, 2013.

RIPERT G.,

- *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949.
- *Les Aspects du capitalisme moderne*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1951.

ROBERT-CADET I., *Les nullités en droit des sociétés*, thèse dact. Lyon 3, 2000.

ROMEO M., *Les époux et le droit des entreprises en difficulté*, thèse Nice-Sophia Antipolis, 2002.

ROMAIN J.-F., GREGOIRE M., SIMONART V. et ali, *L'ordre public concept et applications, les conférences du centre de droit privé et de droit économique*, Bruylant, coll. de la Faculté de Droit, Vol. III, 1995.

ROUJOU De BOUBEE, *Essai sur l'acte juridique collectif*, thèse Toulouse, Sirey, 1961, Préf. Marty G.

ROZES J.-B., *La responsabilité des dirigeants*, Afnor, coll. Droit et PME, 2012.

RUELLAN C., *La loi de la majorité dans les sociétés commerciales*, thèse Paris II, 1997.

## -S-

SAKHO A., *Les groupes de sociétés en Afrique. Droit, pouvoir et dépendance économique*, KARTHALA-CRES, 2010.

SAVATIER R., *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 1952.

SAWADOGO C.E., *La prévention des difficultés des entreprises dans les Etats d'Afrique francophone*, thèse Paris I Panthéon-Sorbonne, 2006.

SAWADOGO F.-M., *Droit des entreprises en difficulté*, Bruylant Bruxelles, 2002.

SCHILLER S., *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés. Les connexions radicales*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, Préface, F. Terré.

SCHRYVE L., *L'ordre public et le droit des sociétés*, thèse de Lille, 2009.

SCHMIDT D.,

- *Les droits de la minorité dans les sociétés anonymes*, thèse Strasbourg, 1969, Sirey, 1970.
- *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Version nouvelle, Joly, coll. Pratique des affaires, 2004.

SIKORA J., *L'exclusion des membres des groupements de droit privé*, thèse Robert SCHUMAN, 2007.

SOUOGUI V.E., *Les suretés conventionnelles à l'épreuve des procédures collectives dans l'espace OHADA*, thèse Yaoundé II, 2008.

SOUSI G., *L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales*, thèse Lyon III, 1974.

## -T-

TCHANTCHOU H., *La supranationalité dans le cadre de l'OHADA, Études à la lumière du système des communautés européennes*, thèse Poitiers, 2008.

TCHIADEU NGALEU A.W., *Les dispositions impératives du droit OHADA*, Mémoire de DEA Dschang, 2009.

TCHOTOURIAN I., *Vers une définition de l'affectio societatis lors de la constitution de la société*, LGDJ, 2011.

TCHOUPOU MEFACK G., *L'obligation d'information des acteurs sociaux dans le droit des sociétés commerciales de l'OHADA*, Mémoire de DEA Dschang, 2008.



TEFFO V., *L'influence des objectifs gouvernementaux sur l'évolution du droit des sociétés*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque des Thèses, vol.139, 2014.

THOMAS V., *Sociétés et procédure civile*, LexisNexis, coll. Droit et Professionnels, 2014, préface de Le Cannu P.

**-V-**

VELARDOCCHIO-FLORES D., *Les accords extra-statutaires entre associés*, thèse Aix-Marseille, PUAM, 1993, préface de Mestre (J.).

VIDAL J., *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe fraus omnia corrumpit*, thèse Toulouse, Dalloz, 1957.

VINCENT-LEGOUX M.-C., *L'ordre public. Etudes de droit comparé interne*, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 2001, préface de Dubois J.-P.

VINEY G., *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 2006.

VOINOT D., FRISON-ROCHE M.-A. (dir.), *Droit économique des entreprises en difficulté*, LGDJ, coll. Droit Economie, 2007.

**-Z-**

ZEPI S., *Le sort des créanciers titulaires des garanties réelles dans le droit des procédures collectives*, thèse Nice-Sophia Antipolis 2004.

## **II. REPERTOIRE, ARTICLE D'ENCYCLOPÉDIE**

**-A-**

AMIEL-COSME L., « La dissolution », *Rép. Drt. Sociétés*, Dalloz.

**-B-**

BOUGNOUX A.,

- « Dissolution des sociétés. – Causes de dissolution communes à tous les types de sociétés », *JCL. Sociétés*, fasc. 30-10.
- Dissolution des sociétés. – Causes de dissolution propres à chaque type de société. – Sociétés de capitaux (SARL et sociétés par actions) », *JCL. Sociétés*, fasc. 30-30.

BRUSCHI M., « Le référé commercial », *Rép. Drt. Com.*, Dalloz.

**-C-**

CADIET L., « Abus de droit », *Rép. Drt. Civ.*, Dalloz.

CAYROL N., « Référé civil », *Rép. Proc. Civ.*, Dalloz.

CHABAS F. et DEIS-BEAUQUESNE S., « Astreinte », *Rép. Drt. Civ.*, Dalloz.

CROZE H., « Référé-Procédure en la forme des référés », *JCL Procédures*, Fasc. 30.

**-D-**

DANA-DEMARET S., et DANNENBERGER F., « -Expertise de gestion – Expertise « in futurum » », *JCL Sociétés*, Fasc. C-415.

DELEBEQUE P. et PANSIER F.-J., « Administrateur », *Rép. Drt. Sociétés*, Dalloz.

DEREU Y.,

- « Sociétés en commandite par action. – Gérance. Contrôle », *JCL Sociétés*, Fasc. 153-10.
- « Sociétés en nom collectif. – Responsabilité du gérant », *JCL Sociétés*, 55-30.

**-G-**

GORDON L., « Expertise de gestion », *Rép. Drt. Sociétés*, Dalloz.

GOFFAUX-CALLEBAUT G., « Apport », *Rép. Drt. Sociétés*, Dalloz.

GUYON Y., Actualisé par B. François, « Administration, responsabilité civile des administrateurs », *JCL Sociétés*, Fasc. 132-10.

**-H-**

HONORAT J., « Nullités », *Rép. Drt. Sociétés*, Dalloz.

**-J-**

JEULAND E. et MANIN F., « Injonction de faire », *Rép. Drt. Sociétés*, Dalloz.

**-L-**

LE BARS B., « Responsabilité civile des dirigeants sociaux », *Rép. Drt. Sociétés*, Dalloz.

LECOURT B.,

- « Cession des droits sociaux », *Rép. Drt. Sociétés*, Dalloz.
- « L'administration provisoire », *Rép. Drt. Sociétés*, Dalloz.

LEGROS J.-P.,

- « Compétence et procédure. – Règles générales de compétence », *JCL Sociétés*, Fasc. 29-10.
- « Règles particulières de compétence intéressant la vie sociale », *JCL Sociétés*, Fasc. 29-12.
- « Compétence et procédure. – Aménagements des règles de compétence matérielle », *JCL Sociétés*, Fasc. 29-14.
- « Nullités des décisions sociales : causes de nullité », *JCL Sociétés*, Fasc. 32-40.
- « Nullité des sociétés. Actions en nullité », *JCL Sociétés*, Fasc. 32-50.
- « Nullité des sociétés. Présentation générale », *JCL. Sociétés*, fasc. 32-10, n°2.
- « Nullité des sociétés. Sanctions des irrégularités de constitution », *JCL. Sociétés*, fasc. 32-30, n° 175.

**-M-**

MANSUY F., « Assemblées d'actionnaires. – Règles communes à toutes les assemblées. – Préparation de l'assemblée. Convocation », *JCL Sociétés*, Fasc. 136-25.

MEKKI M., « Mandat – Extinction du mandat », *JCL Civ. Code*, art 2003 à 2010, Fasc. Unique.

MOULIN J.-M., « Pactes d'actionnaires », *JCL Com.*, Fasc. 1486.

**-P-**

PORACCHIA D., MERLAND L. et LAMOUREUX M., « Commissaire aux comptes », *Rép. Droit des sociétés*, Dalloz, n° 218.

-S-

SALGADA M.-B., « Sociétés Anonymes. – Pactes d'actionnaires et clauses de préemption non statutaires », *JCL Sociétés formulaire*, Fasc. Q-30.

SCHILLER S., « Les pactes d'actionnaires », *Rép. Drt. Sociétés*, Dalloz.

SORTAIS J.-P., « Abus de droit (majorité, minorité, égalité) », *Rép. Drt. Sociétés*, Dalloz.

### III. ARTICLES CHRONIQUES ET ETUDES

-A-

ABARCHI D.,

- « Problématique des réformes législatives en Afrique : le mimétisme juridique comme méthode de construction du droit », *Penant*, 2003, p.88.
- « La compétence non exclusive de la Cour commune de justice et d'arbitrage en cas de violation du droit uniforme de l'OHADA et du droit interne : note sous Cour suprême du Niger, chambre judiciaire, 16 août 2001 », [www.ohada.com](http://www.ohada.com), *Ohadata*, J-02-28.
- « La supranationalité de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) », *Revue de droit africain EDJA*, n°44, janv-mars 2000, p.7.

ADAMOU M., « La révocation des dirigeants sociaux dans les sociétés de capitaux en droit OHADA », disponible sur <https://www.actualitédudroit.fr>, consulté le 19/02/19.

ADOM K., « La révocation des dirigeants de sociétés commerciales », *Rev. Sociétés*, 1998, p. 487.

AKAM AKAM A.,

- « La cessation des fonctions des dirigeants des sociétés commerciales en droit Ohada », *AFRILEX*, Revue d'Études et de recherche sur le droit de l'administration dans les pays d'Afrique, disponible sur [www.efrilex.u-bordeau.fr](http://www.efrilex.u-bordeau.fr), consulté le 21/02/17.

- « La loi et la conscience dans l'office du juge », *Revue de l'ERSUMA, Droit des Affaires-Pratiques Professionnelles*, n°1, janv. 2012, disponible sur <https://revue.ersuma.org>, consulté le 30/09/2018.

- « La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit Ohada », *RIDE*, n°2, 2007, p. 211.

- « Le juge entre la loi et la conscience », *Rev. FSJP/UN*, 2010, p. 9.

- « Sililoque sur un exemple d'incohérence en droit OHADA : la cessation des fonctions des dirigeants sociaux », *Harmattan*, 2009, pp.125.

ALCOUFFE A., et KALWEIT Ch., « Droits à l'information des actionnaires et actions sociales des associés en France et en Allemagne. Considérations de droit comparé en relation avec les directives américaines », *RIDE*, 2/2003, P.160.

ALLIX D., « Pouvoir de licencier dans les sociétés par actions simplifiées », *RJDA*, 2011, p.9.

ANOUKAHA F., « L'OHADA en marche », *Annales de la Faculté des Sciences juridiques et politiques de l'Université de Dschang*, PUF, t. 6, 2002, n°spécial, p. 7.

ANSAULT J.-J., « Les clauses statutaires d'exclusion à l'aune de la liberté contractuelle »,  *Journ. Sociétés*, 2012, n° 104, p. 33.

ASENCIO S., « Le dirigeant de société, un mandataire « spécial » d'intérêt commun »,  *Rev. Sociétés*, 2000, p. 683.

ASSI E. A., « La Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA : un troisième degré de juridiction ? », *RIDC*, n°4, 2005, p. 944.

ASSONTSA R., « Un virus en pleine expansion contre le droit d'accès à la justice au Cameroun la consignation », *juridis périodique* n°81, 2010, p. 111.

AUBERT J.L., « La révocation des organes d'administration des sociétés commerciales », *RTD com.*, 1968, p.997.

AYAWA AMETIA TSAKADI, « Réflexions sur les pouvoirs de l'associé unique », *juridis périodique*, n°81, janvier-février-mars 2010, p. 82.

AZAVANT M., « La sanction civile en droit des sociétés ou l'apport du droit commun au droit spécial »,  *Rev. Sociétés*, 2003, p.441.

## -B-

BADINTER R., « Les pouvoirs du PDG de la société anonyme de type classique après la réforme du droit des sociétés commerciales », *Dalloz* 1969, p.185.

BADJI P., « OHADA et bonne gouvernance d'entreprise »,  *Rev. de l'ERSUMA: Droit des affaires - Pratique Professionnelle*, n° 2, mars 2013, disponible sur <https://revue.ersuma.org>, consulté le 2/10/18.

BAILLOD R., « Le « juste motif » de révocation des dirigeants sociaux », *RTD com*, 1983, p.385.

BALATE E. et MENETREY S., « Des magistratures économiques à la régulation judiciaire », *RIDE*, 4/2013, p. 533.

BARBIERI J.-F.,

- « Le choix des techniques de traitement des difficultés des entreprises. Réflexions liminaires », *Rev. proc. coll.*, n°4, 2005, p.346.
- « Morale et droit des sociétés », Actes du Colloque organisé à l'Université des sciences sociales à Toulouse le 12 mai 1995, Montchrestien, p.101.

BARRERE Ch., « Les approches économiques du système judiciaire », *RIDE*, 2/1999, p. 153.

BARRIERE F., « Ordre public et impérativité », *Rev. Sociétés*, 2007, p.713.

BASDEVANT-GAUDEMET B., « Contrat ou institution : un enjeu de société », *LGDJ*, coll. Systèmes droit, 2004, p.95.

BENAVENT A., « Sept clefs pour une réforme de la prescription extinctive », *Dalloz*, 2007, p. 1800.

BENKEMOUN L., « Les rapports entre les juridictions de cassation nationales et la CCJA de l'OHADA : aspects conceptuels et évaluation », *Penant*, 2007, p.299.

BERNADEU MOREAU D., « Sociologie d'intervention : historique, fondements, *Revue Européenne des Sciences Sociales*, 2014, p.191.

BERR Cl., « L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales », *RIDC*, 1962, n°2, p. 450.

BERTEL J.-P., « Liberté contractuelle et sociétés », *RTD com*, 1996, p. 595.

BIOULA K., « Le recul de la nullité dans l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et le GIE », *Penant* n°848, 2004, p.352.

BISSARA P., « L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions », *Rév. Sociétés*, 1990, p. 533.

BLANC G., « Stratégie des acteurs économiques et production du droit par les juridictions judiciaires », *RIDE*, n°2, 1997, p.165.

BRUNSWICK Ph., « Le devoir de loyauté, une norme générale de comportement oubliée puis retrouvée ? », *Dossier Ch. Drt. Entr.*, janv.-févr., 2016, p. 17.

BOIZARD M., « L'abus de minorité », *Rev. Sociétés*, 1988, p. 365.

BOLARD G., « Administration provisoire et mandat *ad hoc* : du fait au droit », *JCP G.*, 1995, P. 3882, n° 33.

BOMBA D.Th., « Le contrôle de gestion des sociétés commerciales dans l'espace OHADA », *Rev. Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Ngaoundéré*, 2009, p. 125.

BOY L.,

- « Réflexion sur le droit de la régulation », *Dalloz* 2001, p.3031.
- « Les limites du formalisme du droit de l'OHADA à la sécurisation des entreprises », *Rev. de l'ERSUMA*, coll. Droit des affaires - Pratique Professionnelle, n°1, p. 128, 2012.

BOYE M., « L'administration provisoire des sociétés commerciales en OHADA », *Penant*, avr.-Juin 2016, n° 895, p. 180.

BRIGNON B., « Les pactes d'associés : que la force soit avec eux ! », *Dr. sociétés*, juin 2014, alerte 20.

-C-

CABÉ (M.-H.) et ROBERT-TANGUY (Ph.), « L'Intervention sociologique : (re) donner du sens à des pratiques gestionnaires », *Sociologie pratique*, 2008/1, (n°16), p. 39

CAFAGGI F., « Gouvernance et responsabilité des régulateurs privés », *RIDE*, n°2, 2005, p. 111.

CAMUSET A., « Contrat commercial : comment influencer le rôle du juge », 2009, p.1, disponible en ligne sur [www.ohada.org](http://www.ohada.org). Consulté le 6/11/2014.

CANIVET G.,

- « Le droit communautaire et l'office du juge », *Rev. sociétés*, 1992, p. 143.
- « La responsabilité des juges, ici et ailleurs », *RIDC*, n°4, 2006, p.543.

CARRE J.-F., « Le pouvoir du conseil d'administration d'engager la société à l'égard des tiers », *RJDA*, 12/2007, chron., p.1171.

CARTON A.-M. et MARTOR B., « L'associé minoritaire dans les sociétés régies par le droit Ohada », *Cahier droit et de l'entreprise*, n°1, 2010, p.21.

CATHELINÉAU A., « Le retrait dans les sociétés civiles professionnelles », *JCP E*, 2001, p.888.

CAUSIN J. J. et GERMAIN (M.), « Pratique des cessions de contrôle dans les sociétés anonymes non cotées », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n°15, 9 avril 1987, 14915.

CAUSSAIN J.-J.,

- « La précarité de la fonction de mandataire social (révocation et modes de protection) », *Joly sociétés*, 1993, p. 52.
- « Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux en droit français », *Gaz. Pal.*, 3 déc. 2000, p. 66.

CAVALLINI J., « Le juge des référés et les mandataires de justice dans les sociétés in bonis », *Rev. sociétés*, 1998, p. 247.

CERATI-GAUTHIER A., « Expertise de gestion : précisions sur les conditions de désignation d'un expert », *Rev. Sociétés*, 2006, p. 570.

CHAGNY M., « La réforme du droit français de la responsabilité civile et les relations économiques », *Rapport du groupe de travail de la Cour d'appel de Paris*, avr. 2019, disponible sur [www.justice.gouv.fr](http://www.justice.gouv.fr), consulté le 18/03/20.

CHAMPAUD CL.,

- « L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé », *Dalloz*, 1998, p.502.
- « Le droit français des sociétés à l'aube du XXIème siècle », *Rev. sociétés*, 2000, p. 77.
- « L'idée d'une magistrature économique », *Justices*, 1995, n°1, p. 61.
- « Régulation et droit économique », *RIDE*, n°1, 2002, p. 23.

CHARVERIAT A., « De quelques difficultés relatives à la nullité d'une décision sociale irrégulière », *Rev. sociétés*, 2010, p.212.

COHEN D., « La validité du coup d'accordéon », *Dalloz*, 2003, p.410.

CONTIN R., « L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés », *Dalloz*, 1968, chr. 45.

COURET A.,

- « Interrogations autour de la réparation du préjudice individuel de l'actionnaire », *RJDA*, 1997, p.391.
- « L'abus et le droit des sociétés », *Dr. et patrimoine*, juin 2000, p.66.
- « La loi sur les nouvelles régulations économiques. Les rapports financiers dans l'entreprise », *JCP G*, n°5 I, p.341, 2001.
- « La réforme de l'entreprise passe-t-elle nécessairement par une réécriture du Code civil ? » *Rev. Sociétés*, 2018, p. 639.
- « Le harcèlement des majoritaires », *Bull. Joly Sociétés*, 1996, p.112.

COURET A., CESBRON L., PROVOST B. et ROSENPICK P., al., « Les contestations portant sur la valeur des droits sociaux », *Bull. Joly Sociétés*, 2001, §242, p.1045.

COURET A., et JACOMET T., « Les pièges des pactes d'actionnaires : questions récurrentes et interrogations à partir de la jurisprudence », *RJDA*, 10/08, p.951.

COUSIN B. et CARTON A. M., « La fiabilisation des systèmes judiciaires nationaux : un effet secondaire méconnu à l'OHADA », p.1, disponible sur [www.ohada-com](http://www.ohada-com), ohadata D-07-30, consulté le 12/05/2015.



DAIGRE J.-J.,

- « De l'exclusion d'un associé en réponse à une demande de dissolution », *Bull. Joly*, 1996, p. 580.
- « Qu'es- ce qu'un actionnaire, la perte de la qualité d'actionnaire », *Rev. sociétés*, 1999, p. 535.
- « Les émissions sans droit préférentiel de souscription », *Rev. sociétés*, 2004, p. 479.
- « Réflexions sur le statut individuel des dirigeants de sociétés anonymes », *Rev. sociétés*, 1981, p. 497.

DAIGRE J. J. et MARTIN D. R., « La lettre tue et l'esprit revivifie », *Dalloz*, 1996, Chron., p. 238.

DAILLE-DUCLOS B., « L'application extensive du principe du contradictoire en droit des affaires », *JCP E*, 2000, p.1990.

DANOS F., « La réparation du préjudice individuel de l'actionnaire », *RDJA*, 5/2008, chron, p.471.

DE BERMOND DE VAULX J.-M.,

- « La mésentente entre associés pourrait-elle devenir un juste motif d'exclusion d'un associé d'une société ? », *JCP E*, 1990, II, 15921.
- « Le spectre de l'*affectio societatis* », *JCP*, n°13, p. 182.

De LAENDER (M.-H.), « La révocation des dirigeants sociaux », *Dr. Sociétés*, n° 5, 2000, chron. 9, n° 5.

DELATTRE (Ch.), « Dépôt des comptes sociaux : outil de prévention », *RPC*, 2008, p.98.

DECKON F. K., « Les pouvoirs du dirigeant de société commerciales en droit uniforme de l'OHADA », *Rev. Sociétés*, 2013, p.467.

DEMBA Sy, « La condition du juge en Afrique : l'exemple du Sénégal », *Revue d'études et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique*, n°3, juin 2003. Disponible sur [www.Afrilex.u-bordeaux4.fr](http://www.Afrilex.u-bordeaux4.fr), consulté le 13/10/18.

DESCORPS DECLERE F., « Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux », *RTD com.*, 2003, p.25.

DIALLO B., KONATE M. et MEUKE B.Y., « Gestion de crise en Ohada : anticipation conventionnelle et statutaire – gestion négociée et règlement des conflits internes », *Jurifis infos*, n°4, 2009, p.2.

DIAKHATE M. et SAMBE I., « Regards croisés sur l'intervention du juge dans la vie des sociétés commerciales », *RSDA*, n°1, 2003, p.111.

DIENG F., « Le droit de vote des associés », *Droit Ecrit Sénégalais*, n°1, 2002, p.9.

DIDIER P.,

- « Le consentement sans l'échange : contrat de société », *RJ com.*, n° spéc., 1995, p.74.
- « La théorie contractualiste de la société », *Rev. Sociétés*, 2000, p.95.
- « Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux », *Rev. sociétés*, 2003, p. 238.

DIOUF M., « Réflexions sur l'administration provisoire de société en droit Sénégalais », *Bull. d'info. CS.*, n°1-2/ déc. 2010, p.135.

DJAKA KONAN F., « L'exercice du contrôle des sociétés anonymes en droit Ohada », *Actualités juridiques*, Edition économique, n°2, 2011, p.133.

DJEDJE P. et HOMMAN-LUDIYE L., « Le contrôle de la gestion des SA et des SARL », *Cah. Jur. fis.*, CFCE, n°2, 1998, p.317.

DRAI P.,

- « Le monde des affaires et ses juges », *Rev. Jur. Com.*, 1990, p.329.
- « Le rôle et la place du juge, en France, aujourd'hui », *PUAM*, n°3, 1991, p. 595.

DONDERO B.,

- « Le traitement juridique des conflits d'intérêts : entre droit commun et dispositifs spéciaux », *Dalloz*, 2012, p. 1686.
- « Pacte d'actionnaires signé par la société », *Rev. sociétés*, 2011, p.535.

DUBOUCHET V. P., « Théorie normative du droit et le langage du juge », *RRJ*, Droit prospectif, 1994-2, p. 660.

DUPRAT P., « La juridiction compétente : incertitudes et certitudes », *Cah. Dr. Entr.*, 2014 n° 1, dossier 5.

DURAND-LEPINE G., « L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées », *LPA*, juill. 1995, n° 88, p. 7.

**-E-**

ETHY NYAKE P., « La notion de faute de gestion en matière de comblement de passif (contribution à l'appropriation de l'article 183 de l'Acte uniforme Ohada portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif) », *Juridis Périodique* n°71, 2007, p.43.

## -F-

FACCHINI F., « Les effets sur les décisions de justice de l'irréductibilité du devoir au principe d'optimisation », *RIDE*, n°2, 1999, p.207.

FALL A.B., « Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique », *AFRILEX, Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique*, n°3, 2003, p1.

FARJAT G.,

- « Le droit, l'économie et le fondamental », *RIDE*, 4/2005, p. 431.
- « Le droit économique et l'essentiel (pour un colloque sur l'éthique) », *RIDE*, 1/2002, p.153.

FAVARIO T., « Regards civilistes sur le contrat de société », *Rev. Sociétés*, 2008, p. 53.

FAYE A., « L'égalité entre associés (Acte uniforme sur le droit des sociétés et du GIE), *Rev. Droit écrit, Dr. Sénégalais* n°2, université des sciences sociales Toulouse, juin 2003, p.9.

FÉNÉON A.,

- « La mésentente entre associés anonymes. Prévention et modes de règlement », *Les grands articles de doctrine de l'OHADA*, éd. Juris Africa, 2013, p. 132.
- « Les droits des actionnaires minoritaires dans les sociétés commerciales de l'espace Ohada », *Penant*, n°839, 2002, p.153.
- « La société par actions simplifiée : un bouleversement du droit Ohada des sociétés commerciales », *Penant*, n°887, p.256.
- « L'abus de majorité dans les sociétés anonymes », p. 1, disponible sur [www.lesafriques.com](http://www.lesafriques.com), consulté le 03/05/2016.

FOKO A., « L'essor de l'expertise de gestion dans l'espace Ohada », *Penant*, n°867, 2009, p.173.

FOMETEU J., « Le clair-obscur de la répartition des compétences entre la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA et les juridictions nationales de cassation », *Juridis périodique*, n°73, 2008.

FOUR Y., « La qualité d'actionnaire et l'indivision », *Rev. Sociétés* 1999, p.569.

FOYER J., « Quel droit des sociétés dans le millénaire qui avance ? », *Rev. sociétés*, 2000, p. 101.

FRISON-ROCHE M-A.,

- « L'hypothèse d'un droit général de retrait des minoritaires », *JCP E*, 1996, Cahiers de l'entreprise, p.19.

- « Le paramètre de la matière litigieuse dans l'analyse économique de la justice », *RIDE*, 2/1999, p. 223.
- « Définition du droit de la régulation économique », *Dalloz*, 2004, p.126.
- « Le juge et la régulation économique », *Annonces de la Seine* n°36, 2000, p.2.

### -G-

GAFFAUX-CALLEBAUX G., « La définition de l'intérêt social : retour sur la notion après les évolutions législatives récentes », *RTD com*, 2004, p. 34.

GALLOIS-COCHET D., « L'obscur clarté du régime de l'exclusion statutaire », *Dr. Sociétés*, 2014.

GARINOT J.-L., « La loyauté en droit des sociétés », *RLDA*, n°91, 2014, p. 60.

GATSI J., « La jurisprudence, source du droit Ohada », *Juriscope*, 2012, p.1.

GERARD BLANC, « Prévenir et traiter les difficultés », p1, *ohadata D-10-18*.

GIBIRILA D., « La faute détachable et la responsabilité à l'égard des tiers du gérant d'une SEP et d'un associé de SAS », *RLDA*, 2014, p.93

GONCALVES E. W., « L'affaiblissement du droit préférentiel de souscription des actionnaires en droit Ohada », *Rev. de l'ERSUMA*, coll. Droit des affaires - Pratique Professionnelle, n°1, 2012, p.72.

GRANOTIER J., « L'exclusion d'un associé : vers de nouveaux équilibres ? », *JCP G*, 2012, p. 653.

GREVAIN-LEMERCIER K., « Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux : le retour », *Gaz. Pal.*, 10-11 fevr. 2012, p. 7.

GRILLET-PONTON D., « La méconnaissance d'une règle impérative de la loi, cause de nullité des actes et délibérations des organes de la société », *Rev. Sociétés* 1984, p.259.

GROSSI, « La responsabilité des dirigeants », *Dr. Et patrim.*, 2003.

### -H-

HAMELIN J. F., « Le caractère judiciaire de la nullité à l'heure de la réforme du droit des contrats », *LPA*, n°245, 2014, p. 1.

HANNOUN C., « Remarques sur la prescription de l'action en nullité en droit des sociétés », *Rev. Sociétés*, 1991, p. 45.

HARNEY I. S. et MARCIANO A., « Le juge, le philosophe et le scientifique », *RIDE* n°1, 2001, p.101.

HATOUX B., « Distinction de la société et des associés ou confusion des genres interdite », *RJDA*, 5/2013, chron., p. 347.

HEINICH (J.), « Intérêt propre, intérêt supérieur, intérêt social », *Rev. Sociétés*, 2018, P.568.

HÉMARD (J.), TERRÉ (F.) et MABILLAT (P.), « Sociétés commerciales », *Revue Internationale de droit comparé*, vol. 25, n°3, juill-sept., 1973, p.755;

HOVASE H. et NOÉ M., « Indivision et droits sociaux », *Actes pratiques*, sept.-oct. 2010, p.3.

### -I-

ISSA-SAYEGH J.,

- « Réflexions et suggestions sur la mise en conformité du droit interne des Etats parties avec les actes uniformes de l'OHADA et réciproquement », *Penant*, n°850, janv.-mars, 2005, p.6.
- « Le caractère d'ordre public es dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUDSCGIE) », *Penant*, n°869, p.393.

### -J-

JEAMMAUD A., « La règle de droit comme modèle », *Dalloz*, 1990, chron. P. 199, n°22.

JESTAZ Ph., « Les standards dans les divers systèmes juridiques », rapport de synthèse, *RRJ*, 1988, p.1182.

JEULAND E.et MANIN F., « Les incertitudes du référé injonction de faire en droit des sociétés », *Rev. sociétés*, n°1, 2004, p.1.

JONSON F. K. A., « L'opération de coup d'accordéon : aspect juridique », *Flash de la revue Experts associés*, n°6, 2005, p.1, ohadata D-06-19, disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté le 07/03/2017.

## -K-

KADDOUCH R., « Au cœur du contrat de société : l'affectio societatis », *Journ. Sociétés*, mai 2004, p.10.

KASSIA B., « Le recul de la nullité dans l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et le GIE », *Penant* n° 848, 2004, p. 352.

KAZADI MPIANA J., « La problématique de l'existence du droit communautaire africain. L'option entre mimétisme et spécificité », *Rev. Libre de droit*, 2014, p. 38.

KEBA BAYE, « L'histoire et les objectifs de l'OHADA », *Petites Affiches*, 2004, n°205, p.4.

KENGNE G., « Le rôle du juge en matière d'abus de droit de vote », *LPA*, 2000, n°116, p.10.

KOM J., « La responsabilité des dirigeants sociaux dans les défaillances d'entreprises à la lumière du droit OHADA et des dispositions du droit interne Camerounais », *RASJ*, n°1, 2011, p.21.

KOM KAMSU M., « Les Etats parties de l'OHADA et la sécurisation des entreprises commerciales », *Rev. Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Ngaoundéré*, 2000, p.95.

KONE M., « La notion de groupe de sociétés en droit Ohada », *Penant*, n°856, p.285.

KOUMBA M., « L'amélioration de l'alerte en droit de l'OHADA : Instrument de contrôle de la gestion de l'entreprise », *Penant* n°879, p. 257.

KUASSI DECKOM F., « Les pouvoirs du dirigeant de société commerciale en droit uniforme de l'OHADA », *Rev. sociétés*, 2013, p. 467.

KUATE TAMEGHE S.S., « Interrogations sur l'abus de minorité dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », *Juridis Périodique*, n°76, 2008, p.75.

## -L-

LACABARATS, « Les procédures d'urgence en droit des affaires », *Bull. Joly Sociétés*, 2008, p. 917.

LAENDER M.-H., « La révocation des dirigeants sociaux », *Dr. Sociétés*, n° 5, 2000, chron. 9.

LAMBERT J. « Les origines du contrôle de constitutionnalité des lois fédérales aux Etats-Unis. *Marbury v. Madison* », *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, t. 48, 38<sup>ème</sup> année, 1931.

LAMOUR M.P., « La responsabilité personnelle des associés », *Dalloz*, n°1, 2003, p.51.

LAPOYADE-DESCHAMPS C., « La liberté de se retirer d'une société », *Dalloz*, 1978, chron. P.123.

LATHELIZE-BONNEMAISON M., « Bilan et perspectives du devoir de loyauté en droit des sociétés », *LPA*, 2000, n° 125, p. 7.

LAUGIER M. : « L'introuvable responsabilité du dirigeant social envers le tiers pour faute de gestion », *Bulletin Joly*, 2003, p. 261.

LE CANNU P.,

- « L'abus de minorité », *Bull Joly Sociétés*, 1986, n°4, P. 429.
- « Le principe de contradiction et la protection des dirigeants », *Bull. Joly Sociétés*, 1996, p. 11.
- « Les apports à une SARL et la libération du capital des sociétés à capital variable (article 124, L. 223-7 et 231-5 du code de commerce », *Rev. Sociétés*, 2001, p. 633.

LECLAIR G., « Impasses et crises au sein d'une société : quelques mesures pour en sortir », *JCP E* 2009, 2174.

LECOURT B., « Questions autour de l'administration provisoire », *JCP E*, 2016, 1384.

LEGROS J.-P., « La nullité des décisions de sociétés », *Rev. Sociétés*, 1991, p. 275.

LE NABASQUE H., « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *RTD com*, 1999, p.273.

LOUKAKOU D., « Les conventions réglementées dans les sociétés commerciales de l'espace Ohada », *Penant* n° 848, p.326.

LOUHOUES-OBLE (J.), « L'autonomie des parties- Le caractère supplétif des dispositions du futur Acte uniforme sur le droit des contrats », Rapport au Colloque de Ouagadougou (Burkina-Faso) sur l'harmonisation du droit Ohada des contrats, 15-17 nov. 2007, p. 2, disponible sur <http://www.unidroit.org>, consulté le 14/09/2017.

LUCAS F.-X.,

- « La réparation du préjudice causé par un abus de minorité », *LPA*, n°110, 1997, p. 6.
- « L'exécution forcée des conventions de vote », *Bull. Joly Sociétés*, 2011, p. 624.
- « La loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relatives aux nouvelles régulations », *Dr. Sociétés*, 2001, hors-série, p. 17.

## -M-

MABILAT, « Le nouveau statut professionnel des commissaires aux comptes », *Rev. sociétés*, 1970, p.1.

MANIN F. et JEULAND E., « Les incertitudes du référé injonction de faire en droit des sociétés », *Rev. Sociétés*, 2004, p.1.

MARTIN D., et BUGES G.,

- « L'intérêt social dans le contentieux des ordonnances sur requête, en référé et en la forme des référés », *RTD Com.*, 2010, p. 481.
- « L'effectivité des pactes d'actionnaires, avant-propos », *Bull. Joly Sociétés*, 2011, p.614.

MARTIN J., « Administration de la justice et techniques de management : l'exemple anglais », *RIDE* n°2, 1999, p. 267.

MARTIN D., AMIEL-MORABIA S., « L'extension du contrôle juridictionnel des marchés », *RTD com.*, 1996, p.45.

MARTY F. et REIS P., « Une approche critique du contrôle de l'exercice des pouvoirs privés économiques par l'abus de dépendance économique », *RIDE*, n°4, 2013, p. 579.

MASSAMBA R.,

- « Le régime des nullités issu de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE », p.1, disponible en ligne sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté le 15/05/2016.
- « L'OHADA et le climat d'investissement en Afrique », *Penant*, n°855, avr.-juin, 2006, p.137.

MBAYE M.N., « Le transfert intracommunautaire de siège social dans l'espace Ohada », *Penant* n°857, p.416.

MEKKI M., « Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ? », *Rev. Sociétés*, 2016, p.563.

MESMIN K., « L'amélioration de l'alerte en droit de l'Ohada : instrument de contrôle de la gestion de l'entreprise », *Penant*, n°879, p.257.

MESSAÏ-BAHRI, « Réparation du préjudice personnel de l'associé : limite confirmée », *Bull. Joly*, 2005, p.1252.

MERLE Ph., « La révocation des mandataires sociaux », *RJ com.*, n°1, janv.-févr. 2017, p.1.

MESTRE J.,

- « Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés », *RJ Com* 1985, n°4, p. 81.



- « L'égalité en droit des sociétés (aspects de droit privé) », *Rev. Sociétés*, 1989, p.399.
- « L'abus de droit dans la vie des affaires : propos introductifs », *Dr. et patrimoine*, 2000, 83, p.37.
- « Quelques éclairages récents sur le rôle du juge dans la vie des sociétés », *RLDA*, n°40, 07, 2009.

MESTRE J. et MESTRE-CHAMI, « Prévention et règlement des différends économiques », *RLDA*, chron., 2014, p.91.

MEUKEU B.Y.,

- « De l'expertise en droit des sociétés OHADA », *Rev. Jurifis*, n°4, juillet-août, 2009, p. 17.
- « De l'intérêt social dans l'AUDSCGIE de l'OHADA », p.1, disponible sur [www.juriscope.org](http://www.juriscope.org), consulté le 20 nov. 2015.
- « Brèves réflexions sur la révocation des dirigeants sociaux dans l'espace OHADA », *Juridis Info*, n° 7, mars-avr., 2010, p. 10.
- « L'action de priorité en droit OHADA », *Rev. Jurifis Info*, sept.-oct., n°11, 2011, p.9.
- « L'information des actionnaires minoritaires dans l'OHADA : Réflexion sur l'expertise de gestion », p.1. *Ohadata* D 05-56. Disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com). Consulté le 14/02/2016.

MICHELIN-FINIÉLZ S.: « L'expertise de l'article L.226 et l'expertise préventive dans les sociétés anonyme », *Rév. Soc.*, 1982, p.33.

MEYER P., « La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace Ohada », *Penant* 2006, p. 158.

MICHALAUSKAS, « Les remèdes statutaires aux crises de la démocratie dans les associations », *Rev. sociétés*, 2001, p. 760.

MICHINEAU M., « Qualification de la mesure de séquestre et sort du droit de vote attaché aux actions litigieuses séquestrées », *Rev. Sociétés*, 2016, p.7.

MODY KOKO BEBEY H.-D.,

- « La réforme du droit des affaires de l'OHADA au regard de la mondialisation de l'économie », disponible sur [www.juriscope.org](http://www.juriscope.org), consulté le 06/03/2015.
- « L'action en revendication dans les procédures collectives du droit français et de l'OHADA (étude comparé), p. 1, disponible sur [www.juriscope.org](http://www.juriscope.org), consulté le 06/03/2015

MOUIAL BASSILANA E., « La responsabilité civile dans le contexte de la responsabilité sociale des entreprises (RSE) », *actes pratiques et ingénierie sociétair*e, *Revue Bimestrielle LexisNexis Jurisclasseur*, Janv-févr 2013, janv-févr 2013.

MOURY J.,

- « Les nullités en cascades en droit des sociétés », *Rev. sociétés*, 2013, p. 599.
- « Jeux d'ombres sur la détermination du prix par les tiers estimateurs des articles 1592 et 1843-4 du Code civil », *Rev. sociétés*, n°3/2005, p. 513.

MOUTHIEU épouse NJANDEU M.A.,

- « La figure polyvalente du « Squeeze out » : réflexion à partir du droit applicable dans l'espace Ohada », *RJO*, 2011, P. 495.
- « Quelques mécanismes juridiques concourant à la protection de la société, entité économique, dans l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », *RASJ*, vol5, n°1, 2008, p.127.

-N-

NAUDIN E., « La représentation des indivisaires dans l'exercice du droit de participer aux décisions collectives », *Bull. Joly Sociétés*, 2012, P.178.

NAVARRO J.-L., « Suggestions pour une amélioration des régimes de responsabilité civile des dirigeants sociaux », *petites affiches*, 2007, n°154, p. 39.

NDAM I., « La coordination de souveraineté dans l'espace Ohada », *RASJ*, n°1, 2011, p.155.

NEVRY R., « La révocation des dirigeants des sociétés commerciales : droit Ohada, droit français », *RIDC*, vol.84, 2007, p.105.

NGAMALEU DJUIKO S., « Les prérogatives non pécuniaires de l'associé dans le droit OHADA », *BDE*, 2017, p. 1.

NGUIHE KANTE P.,

- « Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique », *RTD Com.* 2010.
- « Le domaine d'application du nouveau droit des sociétés commerciales de l'OHADA », *Annales de la Faculté de droit de Dschang*, 2002.
- « Réflexions sur la notion d'entreprise en difficulté dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures d'apurement du passif OHADA », *Afrilex*, p.175. Disponible sur [www.afrilex.u-bordeaux4.fr](http://www.afrilex.u-bordeaux4.fr), consulté le 2/10/18.

NGONO V.C., « Réflexion sur l'espace judiciaire OHADA », p.1. Disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com), *Ohadata* D-15-14, consulté le 05/06/2015.

NGWE M-A. et KAROU S.P., « Le dirigeant social dans l'Acte uniforme révisé », *Penant* n°887, p.161.

NJEUFACK TEMGWA R., « Les titres sociaux assortis de droits particuliers en droit Ohada », *Juridis Périodique* n°77, 2009, p.83.

NURIT-PONTIER L., « Combien pèsent les indivisaires de droit sociaux », *Bull. Joly Sociétés*, 2007, §183, p.657.

-O-

OLINGA A.D., « Réflexions sur le droit international, la hiérarchie des normes et l'office du juge au Cameroun », *Juridis Périodique*, n° 63, juil.-aout-septembre, 2005, p. 3.

ONANA ETOUNDI F., « Le régime juridique des nullités des actes de procédures dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et de voies d'exécution », Disponible sur <http://www.institut-idef.org>, consulté le 02/05/2016.

OUATTARA GOULLOM, « Responsabilité des dirigeants de sociétés dans l'espace OHADA », 2009, p.1, disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté le 05/05/2015.

LOUDIN M., « Rupture brutale de relations établies : le juge et les attentes légitimes des parties », *RJDA* n°1, 2011, chron., p.2.

-P-

PAGES-GIORDAN J., « Juge interprète de la norme et juge manager », *RIDE*, n°2, 1997, p.195.

PAILLUSSEAU J.,

- « L'Acte uniforme sur le droit des sociétés », Communication à la journée de l'association Henri Capitant du 22 nov. 2002, *Petites Affiches, Le quotidien Juridique*, n°205, p. 19, *Ohadata* D-04-17. Disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté le 11/02/19.
- « La contractualisation de la société anonyme fermée », *Gaz. Pal.*, 1998, doct. P. 1257.
- « La modernisation du droit des sociétés commerciales », *Dalloz*, 1996, chron. P. 287.
- « Le droit de l'OHADA, un droit très important et original », *Pratique et actualités du droit OHADA, Journées d'études Juriscope poitiers*, p.101, *Ohadata* D-12-64. Disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté le 11/02/19.
- « L'influence de la mondialisation sur le droit des activités économiques », Conférence du 04 févr. 2008 en la Grand'Chambre de la Cour de cassation, *Ohadata* D-08-07. Disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté le 11/02/19.

PANDJA POLLA G., « La perte des capitaux propres », *Penant*, n°848, 2004, p.346.

PARACHKÉVOVA I.,

- « Droit des sociétés et responsabilité civile. Perspectives et évolution récentes », *actes pratiques et ingénierie sociétaire, Revue Bimestrielle LexisNexis Jurisclasseur*, Janv-févr 2013, p.4
- « La rétroactivité des sanctions en droit des sociétés », *JCP E*, n°38, 2013, p. 1511.
- « L'associé responsable », *Bull. Joly sociétés*, 2015, p.165.
- « Les dispositions relatives aux conventions réglementées dans l'ordonnance du 31 juillet 2014 : en attendant la prochaine réforme », *Bull. Joly Sociétés* 2014, § 112, p. 481.

PÉRIN P.-L., « L'affirmation du principe de loyauté dans la conduite de la révocation d'un dirigeant de SAS », *Rev. sociétés*, 2017, p. 213.

POUGOUE P.G., « Les figures de la sécurité juridique », *RASJ*, n°1, 2007 p.1.

PRISO-ESSAWE S.-J., « La hiérarchie des normes dans l'espace CEMAC, CEEAC et OHADA », *Actes du séminaire sous-régional*, Libreville-Gabon, 02-06 novembre 2004, p. 187.

PROD'HOMME N., « Promotion de *lege lata* d'un organe de régulation : l'expert de gestion », *RTD Com*, 2003, p.639.

#### -Q-

QUIEVY J.-Fr., « La double physionomie de l'affectio societatis », *Rev. Recherche juridique, Droit prospectif*, 2010, p.1369.

#### -R-

RACINE J.-B. et SIIRIAINEN F., « Retour sur l'analyse substantielle en droit économique », *RIDE*, n°3, 2007, p. 259.

RANDOUX D., « Le droit des sociétés à la recherche d'un nécessaire équilibre », *Rev. sociétés*, 2000, p.105.

REBOUL N., *Remarques sur une notion conceptuelle ou fonctionnelle : l'affectio societatis*, *Rev. sociétés*, 2000, p.425.

ROCHA C., « Un tiers peut-il se prévaloir des clauses statutaires limitant les pouvoirs des dirigeants », *Option Droit § Affaires*, déc. 2018, n° 426. Également disponible sur <https://www.optionfinance.fr>, consulté le 14/02/19.

ROCHFELD J., « Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle aux « communs ? » » *RIDE*, n°3, 2014, p. 351.

ROUAUD A.-C., « Les limitations des statuts au pouvoir d'agir en justice du représentant légal de la société », *Rev. sociétés*, 2014, p. 415.

ROUAUD A.-C., « Les limitations des statuts au pouvoir d'agir en justice du représentant légal de la société », *Rev. sociétés*, 2014, p. 415.

RORDORF R., « Cour de cassation italienne, Le juge et l'économie », *RIDE*, 3/1997, p. 227.

RUMEAU-MAILLOT H., « Les délais de prescription en droit des sociétés », *Rev. Sociétés*, 2012, P. 203.

-S-

SAH M., « Le droit et les sciences économiques dans les revues anglophones de 1993 : un mouvement ou plusieurs ? », *RIDE*, n° 3, 1995, p.443.

SAINTOURENS B.,

- « La révocation des dirigeants sociaux dans l'actualité jurisprudentielle », *Bull. Joly Sociétés*, 2005, p. 687.
- « La compétence du tribunal de commerce : délimitation des « contestations relatives aux sociétés commerciales » », *Rev. Sociétés*, 2006, P.787.

SAKHO A., « Analyse substantielle et relation de pouvoir », *RIDE* n°4, 2013, p. 545.

SAINTOURENS B., « La flexibilité du droit des sociétés », *RTD com*, 1987, p.483.

SALAH M., « Le pouvoir économique et le droit. Variations sur un thème très niçois », *RIDE*, n°4/2013, p. 475.

SAVATIER R., *Le juge dans la cité française*, Dalloz, 1967, chron XXII, P.195.

SAWADOGO F.-M., « Les Actes uniformes de l'Ohada : aspects techniques généraux », *Rev. Burkinabé de droit*, n°39-40, n° spéc., 2001, p.45.

SAYAG et PALMADE, « Le commissariat aux comptes en proie aux réformes », *Rev. sociétés* ; 1985, p.339.

SCHILLER S., « La fraude, nécessaire deux ex machina face à l'évolution du droit des sociétés », *Rev. sociétés*, 2014, p.211.

SCHILLER S. et FABRE H., « La protection de la société contre l'état de vulnérabilité de son dirigeant », *JCP N*, 2012, 1393, n°9.

SCHMIDT D.,

- « De l'intérêt social », *JCP E*, 1995, p. 488.
- « La loi de la majorité », *Rev. Juris. Com.*, n° spécial, 1991, p.73.
- « La loi Pacte et l'intérêt social », *Dalloz*, 2019, p.633.
- « De l'intérêt commun des associés », *JCP*, 1994, I, p. 3793.
- « Sanction de la violation des statuts d'une société ? La nullité n'est pas la règle (arrêt du 18 mai 2010 de la Cour de cassation) », 2010, p.1, disponible sur <https://blogavocat.fr>, consulté le 25/5/2014.

SIDI D., « La réforme du droit des contrats : que faut-il retenir ? », civil/contrat & responsabilité, disponible sur [www.net-iris.fr](http://www.net-iris.fr), consulté le 23/10/2016.

STORCK J.-P., « La continuation d'une société par l'élimination d'un associé », *Rev. Sociétés*, 1982, p.233.

SOULEAU H., « La démission des dirigeants des sociétés commerciales », *RTD Com.*, 1972, p. 21.

#### -T-

TAGOURLA F., « Les pouvoirs des dirigeants sociaux dans l'espace Ohada à l'épreuve des principes de bonne gouvernance », *Penant* n°883, p.189.

TAKAFO KENFACK D.,

- « Faut-il supprimer l'alerte dans l'espace OHADA ? », *Juridis Périodique*, n° 81, janv.-févr.- mars, 2010, p. 110.
- « Libres propos sur l'indépendance de l'auditeur légal des sociétés anonymes OHADA », *Rev. ERSUMA, dr. aff., prat. Prof.*, n°6, jan. 2016, disponible sur [www.ohada.org](http://www.ohada.org), consulté le 15/03/19.

TAMKAM SILATCHOM G. A., « Réflexions sur l'administration provisoire dans l'AUDSCGIE relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE », *Penant*, n° 892, juill. 2015, p.345. Également disponible sur <https://www.lextenso.fr>, consulté le 19/03/19.

TELLER M., « « Droit des sociétés et responsabilité civile. Perspectives et évolutions récentes », *actes pratiques et ingénierie sociétair*e, *Revue Trimestrielle LexisNexis Jurisclasseur*, janv.-févr. 2013, p.5.

TOBOSSI T. D. A., « L'intervention du juge dans le droit des sociétés commerciales OHADA », *Ohadata D-17-14*. Disponible sur [www.ohada.com](http://www.ohada.com), consulté le 25/11/2017.

TOMMASO C., « Exclusion d'un associé : actualité jurisprudentielle et rappel du régime applicable », *Dr. des sociétés et association/fiscalité*.is Disponible sur <https://www.parabellum.pro>, consulté le 04/0/18.

TRICOT M., « Abus de droit dans les sociétés (abus de majorité et abus de minorité) », *RTD Com*, 1994, p. 625.

TESTU F-X, « Le juge et le contrat d'adhésion », *JCP G.*, 1993, I, 3673.

**-V-**

VANOOTE C., « L'ordre du jour, talon d'Achille des augmentations de capital réservées ? », *RJDA*, chron, 4/2003, p.267.

VATINET R., « La réparation du préjudice causé par la faute des dirigeants sociaux devant les juridictions civiles », *Rev. sociétés*, 2003, p. 247.

VELARDOCCHIO D., « Loi NRE : réformes du droit des sociétés commerciales », *Supplément, Revue Lamy Droit des affaires*, n°40, Juillet 2001, p.58.

VIDALENC G., « Société en nom collectif et sociétés civiles. Cession des parts. Garanties sur actifs sociaux », *JCP N.*, 1995, p.375.

**-W-**

WESTER-OUISSE, « Critique d'une notion imprécise : la faute du dirigeant de la société séparable de ses fonctions », *Dalloz aff.*, 1999, p.782.

WICKER G., « La suppression de la cause dans le projet d'ordonnance : la chose sans mot ? », *Dalloz*, 2015, p.1557.

**-Z-**

ZEIDENBERG S., « Le renouveau des injonctions de faire », *Droit et Patrimoine*, 2001, p.82.

## V. CONTRIBUTIONS À DES OUVRAGES COLLECTIFS ET COLLOQUES

### -A-

ALONSO (C.), « La motivation des décisions juridictionnelles : exigence (s) du droit au procès équitable », in *Actes du colloque de l'IFR, sur le Regards sur le droit au procès équitable*, Benjamin L. et Mezaguer M. dir., LGDJ, 2012, p. 137.

ANCEL M., « La force obligatoire du contrat. Jusqu'où faut-il la défendre ? », *Les nouvelles crises du contrat*, (dir.) JAMIN Ch., et MAZEAU D., Actes du Colloque organisé le 14 mai 2001 par le Centre DENOGUE R., de l'Université de l'Ille II, Dalloz, 2003, p. 164.

ARMAND-PREVOST M., « Quel profil pour un juge économique en France ? », in *Mélanges BEZARD P.*, Le juge et le droit de l'économie, Préface de Badinter R., Montchrestien, P. 33.

### -B-

BARBIERI J.-F., « Responsabilité de la personne morale ou responsabilité de ses dirigeants ? La responsabilité personnelle à la dérive », in *Mélanges Guyon Y.*, Dalloz, 2003, p.41.

BRIGNON B., « Les nouvelles contraintes : des sociétés non cotées aux sociétés cotées. Introduction de l'après-midi », in *Les nouvelles contraintes des sociétés*, Brignon B. et Grossi (I.) dir., Joly, 2018, p. 105.

BLANCHOT (A), « Le droit et le bon sens », in *mélanges Decoq A.*, Litec, 2004, p. 25.

BOIZARD (M)., « Les nouvelles obligations d'information des dirigeants envers le marché », in *sécurité et droit des affaires après la loi sur la sécurité financière*, 2<sup>e</sup> journée Christian Galvada : Colloque organisé par le Centre de recherches de droit des affaires de l'Université de Panthéon-Sorbonne (le 2 oct. 2003), *Rév. sociétés*, 2003, p.795.

BROCHIER, « Les investisseurs dans la théorie et les faits », in *L'entreprise et les problèmes de l'investissement*, Dalloz 1959, p.68.



## -C-

CAFFIN-MOI, « La responsabilité pour faute de l'associé : une évolution à front renversé », in *Mélanges Germain M.*, LexisNexis-LGDJ, 2015, p. 201.

CARBASSE (J.-M.), « Le juge entre la loi et la justice : approches médiévales », in *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Carbasse J.-M. et Depambour-Tarride L., dir., PUF, 1999, p. 76.

CAUSSAIN J.-J., « A propos du devoir de loyauté des dirigeants de sociétés », in *Etudes offertes à Mercadal B.*, Francis Lefebvre, 2002, p.303.

CAVINET G., « Activisme judiciaire et prudence impérative ». Introduction générale », in *La création du droit par les juges*, Arch. Phil. Dr., t. 50, Dalloz, 2007, p.9.

CAZENAVE T., MARTIMORT D., et POUYET J., « Crise de régulation », in *Droit et économie de la régulation. Les risques de la régulation*, Frison-Roche M.-A., (dir.) vol 3, Press. Sc. Po. Dalloz, 2005, p.1.

CHAMPAUD (Cl.), « Le contrat de société existe-t-il encore ? », in *Le droit contemporain des contrats. Bilan et perspectives*, éd. Travaux et recherches, Economica, 1987, p. 125.

CHARLES (C.), « La distinction doctrinale entre légalité et opportunité dans le cadre du contrôle du contentieux », in *La fin du droit ? Actes du colloque des 5 et 6 décembre 2013*, Wolff (N.) et Fleury Graff (T.), Zaradny (A) dir., éd. Mare et Martin, coll. Droit public, 2016, p.120.

CONSTANTIN A., « L'intérêt social : quel intérêt ? », in *mélanges Mercadal B.*, éd. Francis Lefebvre, 2002, p. 315.

COURET A.,

- « Le désintérêt social », in *Mélanges Bezard p.*, Montchrestien, 2002, P. 63.
- « La décision valant acte », in *Mélanges Spiteri*, Toulouse, 2008, spéc. P. 426.

CROZE H., « Le juge doit-il dire le droit ? », in *Mélanges en l'honneur de Guinchard S.*, Dalloz, 2010, p. 225.

## -D-

DAIGRE J.-J., « Le petit air anglais du devoir de loyauté des dirigeants », in *Mélanges Bézard P.*, LPA/Montchrestien, 2002, p. 79.

DESCOINGS R., « La nécessité d'une réflexion générale et croisée sur la régulation », in *les régulations économiques : légitimité et efficacité*, M-A. Frison-Roche (dir.), Press Sc. Po. Dalloz, 2004, p.3.

DOCQ (S.), « Les pactes d'actionnaires », in *Réforme du droit des contrats. Le contrat des sociétés et la réforme du droit des contrats*, Actes Pratiques et Ingénierie Sociétaire n° 147, Mai 2016, dossier 3.

DOUVRELEUR O., « Faut-il admettre un droit de retrait au profit des minoritaires », in *Actes du Colloque de Deauville des 15 et 16 juin 1990*, La loi de la majorité, *RJ Com.* 1990, numéro spécial, p.122.

DUPUIT TOULON F., « Le juge en complémentarité du régulateur », in *les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Frison-Roche M.-A., (dir.), Press. Sc. Po. Et Dalloz, 2004, p.139.

#### -F-

FAGES B., « Nouveaux pouvoirs. Le contrat est-il encore « la chose » des parties », *Les nouvelles crises du contrat*, (dir) Jamin Ch., et Mazeau D., Actes du Colloque organisé le 14 mai 2001 par le Centre DENOGUE R. de l'Université de Lille II, *Dalloz* 2003, p.153.

FAUVARQUE -COSSON B., « L'ordre public », in *1804-2004, Le code civil, un présent, un passé, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 484.

FAYE A., « L'égalité entre associés (Acte uniforme sur le droit des sociétés et du GIE) », in *Rev. DE DS n°2, USST*, 2003, p. 9.

FENEON A., « La mésentente entre les actionnaires dans les sociétés anonymes régies par l'Acte uniforme OHADA », in *les Grands Articles de Doctrine de l'OHADA*, Penant, 2000 à 2013, p.133.

FOURGOUX J.-L., « L'adéquation des mesures d'urgence », in *Droit et économie de la régulation. Les risques de la régulation*, Frison Roche M.-A., vol 3, Press. Sc. Po et Dalloz, 2005, p.241.

FRISON-ROCHE M.-A.,

- « Le juge et le sentiment de justice », in *Mélanges Bezard P.*, Le juge et le droit de l'économie, Préface de Badinter R., Montchrestien, P. 42.
- « Le pouvoir du régulateur de régler les différends. Entre office de régulation et office juridictionnel civil », in *Droit et économie de la régulation. Les risques de régulation* (dir.), Press. Sc. po et Dalloz, p. 269.
- 

#### -G-

GAVALA, « Le secret des affaires », in *mélanges Savatier*, 1964, p. 291.

GEORGEL J., « Le juge et la montre », in *Études en l'honneur de G. Dupuis*, LGDJ, coll. Les Mélanges, 1997, p. 115.

GERMAIN M., « La renonciation aux droits propres des associés : illustrations », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à Terré F.*, PUF-Dalloz-Juris-Classeur, 1999, p.401.

GHESTIN J., « L'ordre public, notion à contenu variable, en droit français », in *les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, 1984, p.81.

GUYON Y., « Le réalisme de la loi du 25 janvier sur les procédures collectives », in *Mélanges Bezard P.*, « Le juge et le droit de l'économie », Préface de Batinder R., Montchrestien, P. 311.

### -J-

JEANTIN M., « Le rôle du juge en droit des sociétés », in « *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?* », *mélanges en l'honneur de Perrot R.*, Dalloz, 1996, p.147.

JEULAND E., « Régulation et théorie générale du procès », in *Droit et économie de la régulation. Les risques de la régulation*, Frison Roche M. A., (dir.), Press. Sc. Po et Dalloz, vol. 3, 2005, p.257.

### -L-

LACABARATS A., « Articulation du règlement des différends par le régulateur et par le juge de contrôle », in *Droit et économie de la régulation. Les risques de régulation*, Frison Roche M.-A., (dir.), Press. Sc. Po et Dalloz, vol. 3, p. 253.

LAUDE A., « La non-continuation des contrats dans les procédures collectives », in *Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en Provence*, 30-31 mai 1996, p.109.

LE CANNU P.,

- « L'absence de majorité », in « *La loi de la majorité* », n° spéc. RJ com., Journ. Agrée, 1991, p.105.
- « La canalisation des nullités subséquentes en droit des sociétés », in *Mélanges Bezard P.*, Montchrestien », 2002, P. 113.
- « Des questions sans réponses », in *Mélanges Guyon Y.*, Dalloz, 2003, p. 600.
- « La responsabilité civile des dirigeants », in *L'entreprise face aux évolutions de la responsabilité civile*, Ferrier N., et Pélissier A., (dir.), Economica, coll. Etudes juridiques, n°45, 2012, p. 13.

LUCAS F.-X.,

- « Le principe du contradictoire en droit des sociétés », *in libertés et droits fondamentaux*, Cabrillac R., Frison Roche M.-A., et Revet T., (dir.), Dalloz, coll. CRFPA grand oral, 2014, p. 849.
- « La responsabilité des associés minoritaires », *in « Entreprise et responsabilité civile »*, Dr. Et par, n°118, 2003, p.64.

LE FUR A. V., « Les nouvelles formes d’immixtion ou l’émergence d’une immixtion non fautive en droit des sociétés. Les concepts émergents en droit des affaires ». *in Les Concepts Emergents*, Le Dolley (E.) dir., LGDJ, 2010, p.302.

-M-

MAY J.-Cl., « La société : contrat ou institution ? », *in Contrat ou institution : un enjeu de société*, Basdevant-Gaudemet (B.) dir., LGDJ, Paris, 2004.

MAZEAUD D., « Le juge et le contrat », *in propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit »*, Mélanges offerts Aubert J.-L., Dalloz, 2005.

MESTRE J.,

- « Ethique et droit des sociétés », *mélanges Honorat A.*, éd. Frison-Roche, 2000, p.91.
- « Observations sur l’attitude du juge face aux difficultés d’exécution du contrat », *in le juge et l’exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 91.
- « La société est bien encore un contrat », *in mélanges Mouly C.*, Litec, 1998, p. 130.

MERLE Ph., « L’abus de minorité », *in « La loi de la majorité »*, n°spéc. RJ com. 1991, spéc. P.90.

MESTRE J., GERARD Y., FERRIER D. et al., « La cessation des relations contractuelles d’affaires », *Colloque de l’institut de droit des affaires d’Aix-en Provence*, PUAM, 1997.

MEUKEU B.Y., « De l’intérêt social dans l’AUDSC de l’OHADA », *in les Grands articles de doctrine de l’OHADA*, Fénéon A., dir., Penant 2000 à 2013, Juris Africa, P.190.

MICHEL GERMAIN, « La renonciation aux droits propres des associés : illustrations », *in L’avenir du droit*, mélanges en hommage à Terré (F.), PUF-Dalloz-Juris-Classeur, 1999, p. 401.

MORTIER R. et BUY G., « Droit des sociétés et nouveau droit des contrats : contrainte ou souplesse », *in Les nouvelles contraintes des sociétés*, Brignon B. et Grossi I. dir., Joly, 2018, p. 147.

MOURY J.,

- « De quelques aspects de l'évolution de la juridicio (en droit privé) », in *Mélanges R. Perrot*, Dalloz, 1996, p. 299.
- « Expertise de gestion : la concurrence indélicate de l'article 145 du nouveau code de procédure civile », in *Mélanges à Jeantin M.*, Dalloz, 1999, p. 29

-N-

NDAYE MBAYE M., « Les groupes de sociétés dans l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires », in *Les Grands Articles de Doctrine de l'OHADA* », *Penant* 2000 à 2013, p.146.

NGOUE W.J. « La mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants de sociétés anonymes en droit OHADA », In *L'effectivité du droit de l'OHADA*, Gatsi J. (dir.), PUA, Coll. Drt. unif, 2006, p. 179.

-O-

ONANA ETOUNDI F.,

- « La responsabilité du dirigeant social en droit OHADA », *colloque organisé par l'ERSUMA*, 12 et 13 mars 2015, p.1, disponible sur [www.ohada.org](http://www.ohada.org), consulté le 03/04/2016
- « L'état de la jurisprudence de la CCJA de l'OHADA », in *Les Grands Articles de Doctrine de l'OHADA, Penant*, n° 865, 2008, p. 465.

OURLIAC P., « L'office du juge dans le droit canonique classique », in *mélanges offerts à Hébraud P.*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, P.627.

-P-

PAILLUSSEAU J., « La logique organisationnelle dans le droit. L'exemple du droit des sociétés », in *droit et actualité. Etudes offertes à Béguin J.*, 2005, p. 567.

PORACCHIA D., « Remarques sur la responsabilité de la société en cas de faute du dirigeant « séparable de ses fonctions » commises à l'occasion des fonctions », in *mélanges P. Le Cannu*, LGDJ, 2014, 2014, p. 387.

PORACCHIA (D.) et BRIGNON (B.), « Aspects contractuel de la réforme : statuts et pactes extrastatutaires », in *la réforme du droit uniforme des sociétés des États membres de l'OHADA*, Journal des sociétés, le mensuel du juriste de l'entreprise, n°120, 2014, p. 15.

PERCEROU, « Droit de communication des sociétés par actions », *Journ. sociétés*, 1908, p. 97.

PERROT R., « Rapport général » in *Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit civil*, Travaux de l'Association H. Capitant, t. XXII, Dalloz 1975, p. 264.

POITINAL F.-D., « Les pactes d'actionnaires », in *Mélanges Bazard. P.*, Le juge et le droit de l'économie, Montchrestien, Préface de Badinter R., P.127.

PORTERMER, « Le contrôle judiciaire des décisions des assemblées générales des sociétés », in *Revue de la Cie des commissaires des sociétés agréées par la Cour de Paris*, janv-juill. 1964, p.22.

POUGOUE P.G., « L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires », in *Encyclopédie du droit OHADA*, Pougoué P.-G., dir., Lamy, 2011.

#### -R-

REIGNE P., « La résolution pour inexécution au sein des groupes des contrats », in *Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en Provence*, 30-31 mai 1996, p. 152.

#### -S-

SAINT-ALARY-HOUIN C., « La moralisation des procédures collectives : regards sur la jurisprudence récente », in *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Farjat G.*, éd. Frison-Roche, 1999.

SAMBE I., « Le juge et les sociétés commerciales », formation complémentaire des auditeurs de justice, 31 mars au 18 avril 2003, p.1. Disponible sur <http://biblio.ohada.org>, consulté le 08/01/2012.

SERLOOTEN P., *L'affectio societatis, une notion à revisiter*, in *mélanges Guyon Y.*, Dalloz, 2003, p. 1007.

SIMON J., « Quelques réflexions sur la sanction en droit des affaires », in *Mélanges Bazard P.*, Montchrestien, 2002, n°3, P. 147.

#### -T-

TALLYNG S., « L'esprit des réformes judiciaire au Cameroun : La recherche d'un rapprochement sans cesse croissant de la justice du justiciable », in *Les Réformes de droit privé en Afrique : Acte du Colloque*, Université de Dschang, 13 et 14 novembre 2014, PUA, 2016, p. 371.

TUNC A., « La responsabilité civile des organes de gestion des sociétés et les règles générales de la responsabilité civile en droit français », in *Travaux Association Henri Capitant*, t. XV, 1967.

**-V-**

VERDIER J.-M., « L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme », in *Monsallier M.-C.*, LGDJ 1998, P. 318.

**-Z-**

ZILLER J., « La régulation comme prévention des crises », in *Droit et économie de la régulation. Les risques de la régulation*, Frison Roche M.-A., (dir.), vol 3, Press. Sciences Politique/Daloz, 2005, p.51.

## INDEX ALPHABETIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe)

### -A-

Abus de droit 101, 210, 289, 633

- Abus de droit dans les décisions collectives 212, 223
- Abus de droit dans le cadre de la révocation 259, 260 et s.
- Abus de droit de vote 289
- Abus de droit dans le cadre de la nullité 536, 548
- Abus de majorité
  - \*notion 551
  - \*nouveaux fondements 563
  - \*référence à l'intérêt social 554, 556
  - \*Rupture d'égalité entre les associés 553

Abus de minorité et d'égalité

- Contrariété à l'intérêt social 242, 246
- Éviction des acteurs sociaux 31
- Décision judiciaire valant vote 103, 111
- Fondement 105
- Intérêt personnel de l'associé 108
- Notion 104
- Responsabilité 579

Acteurs sociaux

- Actes sociaux 114, 139, 345
- Droits 346, 350, 354, 399
- Intérêts sociaux 29, 332, 339, 523
- Obligations 502, 510, 511
- Pouvoirs 22, 30, 157, 162, 182, 185, 198, 334, 494

Action

- En justice 90, 160, 163, 199
- En nullité 364, 511, 519, 564
- Sociale 56 et s. 581 et s., 591, 595
- *Ut singuli* 391, 600 et s.
- *Ut universi* 597 et s.

Administrateur provisoire

- Exécution des conventions de vote 473

- Nomination 180 et s.
- Pouvoirs 192 et s.

*Affectio societatis*

- Définition 46 et s., 440
- Promesse d'achat 444
- Promesse de société 47 et s.
- Promesse de vente 442 et s.
- Clause d'exécution forcée 456
- Convention de vote 447, 472 et s.
- Levée de l'option 433, 443
- Limitative de responsabilité 602
- Pacte de préférence 456, 478
- Promesse unilatérale 432 et s., 456, 482
- Rétractation du promettant 443
- Réputée non écrite 603

Assemblée

- Ajournement 118 et s.
- Annulation 120 et s.

Associé

- Droit d'agir en justice 57, 84, 147, 157
- Droit à l'information 358 et s.
- Droit de vote 96, 447
- Exclusion 33 et s.
- Indivision 166
- Loyauté 226, 585, 591, 592
- Responsabilité 578 et s.
- Participation aux décisions 212

Astreinte

- Effets 363
- Modalités 357 et s.

### -B-

Bonne foi 307, 313, 441

Bref délai 134, 153, 157, 185, 203, 380, 393, 398, 403, 407, 420



**C-**

## Cession forcée

- Etendue 555
- Spécificité 433, 434 et s.

## Clause

- D'exclusion 277, 286
- Des statuts jugée essentielle 528 et s., 633

## Commissaire aux comptes

- Droit d'agir en justice 198
- Faute 91 et s.
- Indépendance 82
- Missions 182, 370, 389, 401
- Récusation
  - \*Juste motif de relèvement 86
  - \*opposition entre actionnaires 84 et s.
- relèvement 89

## Communication des documents sociaux

- Etendue 357
- Organes compétents 389
- Sanction 80, 363

## Contrôle judiciaire 208 et s.

## Convention extrastatutaire

- Inopposabilité aux tiers
  - \*principe 455
  - \*aménagement 459
- Notion 429

## Convention de vote

- Définition 448
- Exécution forcée 473 et s.
- Intangibilité des décisions d'assemblées générales 452
- Utilité 447

## Convocation des assemblées

- Abus de majorité 549, 551, 553 et s., 563
- Abus de droit de vote 447
- Convocation des assemblées 408
- Libération du capital social 425

**-D-**

## Décision valant acte 114 et s.

## Décision valant vote 96 et s.

## Difficultés

- Economiques et financières 187
- Péril imminent 200

## Dirigeant

- Contrôle des actes 251 et s.
- Devoir de loyauté 561
- Dirigeant de fait 144
- Dirigeant de droit 597
- Notion 143, 144
- Pouvoirs 214, 248
- Révocation 55, 255

## Droits sociaux

- Cession 225, 432 et s.
- Démembrement 158, 159

## Dommages et intérêts 59, 100, 101, 270, 350, 351, 416, 429, 435, 561

**-E-**

## Effet relatif des contrats 451, 454, 455, 459, 461

## Exclusion

- Judiciaire
  - \* Domaine 35 et s., 418, 419, 457, 547, 559
  - \* fondements 46 et s.
  - \* pour justes motifs 38 et s., 241, 457
- statutaire
  - \* conditions 276
  - \* contrôle judiciaire 278 et s.
  - \* motifs 277

## Exécution forcée

- Affectio societatis 440

**-E-**

## Expertise de gestion

- Acte de gestion 140, 145, 147, 154 et s.
- Convocation de l'assemblée 405
- Opérations de gestion 136, 137, 139, 145, 147, 156, 161, 164
- Qualité du demandeur 147, 157, 161
- Rapport d'expertise 151, 164

**-F-**

## Faute

- Faute détachable 79, 309, 585, 622, 627, 628, 629, 630, 634
- Faute de gestion 57, 72, 245, 271, 273, 307, 609, 625
- Faute séparable 576, 588, 608, 619, 623 et s.

Fixation du prix de la cession 306 et s.

Fraude 126, 456, 515, 541, 544, 545 et s.

**-G-**

## Gouvernement

- Des juges 308, 557
- Majoritaire 47, 557

**-I-**

Immixtion 24, 25, 63, 72, 100, 116, 127, 144, 171, 174, 178, 203, 209, 345, 365, 539, 593

Injonction de faire 377, 389

## Information

- Associés 124, 139, 147, 151, 153, 157, 185, 221, 226, 399, 400
- Judiciaire 154, 161, 195, 394, 396, 493

## Intérêt social

- Abus de pouvoir 248, 249
- Actes sociaux 290
- Administration provisoire 183, 189, 197, 198, 200
- Augmentation de capital 235
- Cession des droits sociaux 231

- Constitution de réserves facultatives 300
- Contrôle de l'opportunité 324 et s.
- Coup d'accordéon 240
- Détermination 340
- Exclusion 280, 281, 285, 288, 289
- Loi Pacte 338
- Notion
  - \*approche contractuelle 335
  - \* approche institutionnelle 332
- Ordre public 300
- Révocation 259, 267, 472, 273
- Transformation de la société 245

**-J-**

## Justes motifs

- Exclusion 29, 37, et s., 43, 52
- Récusation des commissaires aux comptes 83
- Révocation 258, 271

**-L-**

Levée d'option 436

Lien de causalité 599, 594, 631

**-M-**

Mandataire *ad hoc* 30, 78, 103, 104, et s., 115, 130, 132, 133, 149, 163, 165 et s., 188, 193, 196, 257, 346, 373, 378, 399, 403 et s., 412, 427, 461, 476, 517, 522, 571, 620

**-N-**

## Nullité

- Abus de majorité 549
- Abus de droit 561

- Actes postérieurs à la constitution de la société 580
- Cause de nullité 525
- Délais de prescription 519, 581
- Disposition impérative 525
- Nullité facultative 540
- Nullité de plein droit 499 et s.
- Obligation de couvrir la nullité 509
- Régularisation 510

## **-O-**

Objet social 81, 139, 154, 248, 249, 251, 252, 312

## **-P-**

Pacte de préférence 456, 462

Paralyse de la société 52, 187

Personnalité juridique 90, 243, 567, 572, 588, 594, 607, 631

Pouvoir d'appréciation

- Droit judiciaire 132
- Légalité des actes 292 et s.
- Nullité des actes 498, 504, 515, 518, 528, 540, 541, 543, 594
- Opportunité des actes 324 et s.

Prévention 92, 152, 157, 349, 366, 394, 421, 493

Promesse 432 et s., 456, 482

## **-R-**

Récusation du commissaire aux comptes 82, 83, 84 et s.

Référé 353, 357, 366, 390, 403, 407, 414, 422, 448, 475, 530

Régularisation 115, 120, 121, 126, 176, 190, 198, 320, 509, 510, et s., 523, 564

Responsabilité civile

- Action sociale *ut singuli* 600, 601
- Action sociale *ut universi* 597
- Des associés 577, 578, 579, 580, 585, 591
- Des dirigeants 594, 605, 608, 609
- De la société 568, 569, 570, 573

Révocation des dirigeants 59, 67, 262, 270, 376, 561, 585

## **-S-**

Sanction 31, 35, 36,48, 51, 62, 63, 66, 77, 81, 101, 151, 220, 348, 349, 351, 355, 358, 363, 364, 376, 397, 415, 416, 429, 433, 448, 467, 472, 485, 494, 495 et s., 502 et s., 545 et s.

Société 1, 2, et s., 25, 27, 29, 30, 31, 55, 82, 95 et s., 208, 210, 212, 247, 290 et s., 349, 351, 493, 494, 495 et s., 500, 525 et s., 541 et s., 549, 566, 594, 608.

## TABLE DES MATIÈRES

TITRE ET IDENTIFICATION DU JURY .....	I
RÉSUMÉS ET MOTS CLÉS .....	II
DÉDICACE .....	IV
REMERCIEMENTS .....	V
SOMMAIRE .....	VI
PRINCIPAUX SIGLES ET ABBREVIATIONS .....	VII
INTRODUCTION .....	1
Première partie.....	27
<b>Une intervention insuffisante dans la protection l'environnement sociétaire .....</b>	<b>27</b>
<b>Titre 1.....</b>	<b>29</b>
<b>Une faible influence sur les acteurs sociaux.....</b>	<b>29</b>
Chapitre 1. Un pouvoir restreint d'évincer les acteurs sociaux.....	30
Section 1. Les limites du pouvoir d'écarter les acteurs sociaux.....	31
§1. De rares hypothèses d'intervention judiciaire en matière de <i>squeeze out</i> de l'associé 31	31
A. Le domaine d'intervention judiciaire.....	32
1. L'exclusion exceptionnelle sous condition de l'article 249 de l'AUDSCGIE .....	32
2. La question de la validité de l'exclusion judiciaire du demandeur en dissolution 34	34
a. Les arguments contre l'exclusion judiciaire de l'associé.....	35
b. L'évolution jurisprudentielle en matière de « squeeze out » de l'associé .....	36
B. La consécration nécessaire de l'exclusion judiciaire au sein de l'OHADA .....	41
1. Une exclusion judiciaire possible en cas de disparition de l'affectio societatis....	41
2. Une exclusion judiciaire justifiée par le souci de protection de l'intérêt social. ..	44
§2. La révocation judiciaire imparfaite des organes sociaux .....	46
A. La révocation judiciaire des dirigeants sociaux limitée par l'AUDSCGIE .....	47
1. Une révocation judiciaire exceptionnellement prévue dans la SARL .....	47
a. Le fondement de la révocation issu du nouvel article 326 al. 3 de l'AUDSCGIE ...	47
b. La question de la révocation judiciaire des dirigeants sociaux en cas d'action sociale .....	52
2. Une révocation progressivement admise dans les autres formes sociales par les juges en France .....	53

a. La relativité des arguments contre la révocation judiciaire des dirigeants sociaux dans les autres formes sociales .....	54
b. L'évolution jurisprudentielle en France .....	57
c. L'extension souhaitable de la révocation judiciaire aux dirigeants des autres formes sociales.....	58
α. Les raisons de l'extension .....	58
β. Les fondements possibles de la révocation judiciaire .....	61
B. L'éviction difficile du commissaire aux comptes .....	63
1. La recherche du fondement de la récusation du commissaire aux comptes .....	64
a. Une récusation jadis fondée sur l'opposition entre actionnaires.....	64
b. Une récusation désormais fondée sur le juste motif.....	66
2. La divergence d'appréciation de la notion de faute en cas de révocation du commissaire aux comptes.....	67
a. Le contenu de l'article 731 de l'AUDSCGIE .....	68
b. Les critères de la faute évoqués par les juges .....	69
Section 2. Les limites du pouvoir de modifier les actes sociaux .....	72
§1. La question des décisions judiciaires valant vote .....	72
A. Le problème .....	72
1. Le bilan jurisprudentiel avant l'arrêt Flandin .....	73
2. La position adoptée à partir de l'arrêt Flandin .....	75
B. Une solution inappropriée en droit de l'OHADA .....	76
1. Les difficultés de mise en œuvre de l'article 131 al. 3 de l'AUDSCGIE .....	77
2. L'influence probable du sens du vote du mandataire ad hoc.....	80
a. La décision judiciaire valant vote déguisée.....	80
b. La remise en cause du caractère discrétionnaire du vote des associés minoritaires ou égalitaires. ....	81
§2. La question des décisions judiciaires valant acte.....	82
A. Le principe du rejet de la modification des actes sociaux .....	83
B. Une modification exceptionnelle réservée à certains actes sociaux.....	84
1. La modification par l'ajournement des assemblées .....	84
a. L'appréciation stricte du sérieux des motifs d'ajournement .....	84
α. Le risque d'annulation de l'assemblée .....	84
β. La recherche d'une irrégularité lors de la convocation de l'assemblée .....	88
b. La recherche de la menace de l'intérêt social .....	90
2. La modification judiciaire par la fixation de l'ordre du jour de l'assemblée.....	92

Conclusion du chapitre 1 .....	93
Chapitre 2. Un recours insuffisant aux mandataires .....	94
Section 1. Les insuffisances spécifiques au fonctionnement normal de la société .....	95
§1. Le recours à l'expert de gestion .....	95
A. Des pouvoirs judiciaires limités à la phase de nomination de l'expert .....	96
1. L'appréciation judiciaire des conditions de l'expertise.....	96
a. L'appréciation des opérations de gestion critiquées .....	96
α. Le critère d'appréciation fondé sur la nature de l'acte .....	97
β. Le critère fondé sur le sérieux de la demande.....	102
b. L'appréciation de la qualité de l'auteur de la demande .....	103
2. L'éviction du juge de la procédure.....	106
B. Le renforcement indispensable de l'implication judiciaire dans la procédure.....	107
1. Proposition de reformulation des articles 159 et 160 de l'AUDSCGIE.....	107
2. L'ouverture du champ d'intervention du juge en matière d'expertise .....	109
a. L'ouverture quant à l'acte de gestion .....	109
b. L'ouverture quant à l'auteur de la demande.....	110
c. Le caractère subsidiaire de l'intervention judiciaire .....	112
3. L'implication du juge dans la suite de la demande .....	113
§2. Le recours au mandataire dans le cadre de l'indivision.....	115
A. Le rôle du juge limité à la désignation du mandataire.....	115
B. Le refus de l'influence judiciaire sur le sens du vote du mandataire .....	118
1. La qualité de mandataire judiciaire.....	118
2. L'absence de liberté du juge .....	120
Section 2. Les insuffisances propres à l'administration provisoire.....	122
§1. La mise en œuvre critiquable de la procédure .....	123
A. La délimitation du cercle des demandeurs à l'action .....	123
B. L'appréciation divergente de la condition liée au fonctionnement de la société .....	124
1. Les hypothèses d'interventions judiciaires prévues par l'AUDSCGIE .....	124
2. L'élargissement jurisprudentiel.....	127
C. Un pouvoir judiciaire restreint sur l'administrateur provisoire.....	130
1. L'imprécision des missions de l'administrateur provisoire dans son acte de nomination.....	130
2. L'absence de contrôle judiciaire des missions de l'administrateur provisoire .....	132
§2. Le réaménagement nécessaire des conditions de l'administration provisoire .....	133

A. L'extension du cercle des demandeurs .....	134
B. La précision du péril imminent pour l'intérêt social dans l'article 160-1 de l'AUDSCGIE .....	135
C. La redéfinition de la tutelle judiciaire sur l'administrateur provisoire .....	138
Conclusion du chapitre 2 .....	140
<b>Conclusion du titre 1.....</b>	<b>141</b>
<b>Titre 2.....</b>	<b>142</b>
<b>Un contrôle des actes sociaux peu adapté à la vie des sociétés.....</b>	<b>142</b>
Chapitre 1. Un contrôle limité à la recherche de la nature abusive de l'acte .....	144
Section 1. Le cas des décisions économiques et financières .....	145
§ 1. La recherche de l'abus de droit dans les décisions collectives .....	145
A. Les délibérations entraînant la restriction des revenus de la participation .....	145
1. La décision de constitution des réserves facultatives.....	146
2. La décision de modification du taux de dividende réservé aux actions de préférence .....	149
B. Les décisions entraînant la cession des droit sociaux.....	152
C. Les décisions entraînant la restriction des droits non financiers des associés.....	156
1. Le contrôle des opérations de modification du capital social .....	156
a. Une formalité excessive face aux décisions d'augmentation du capital social ..	157
b. Une formalité atténuée face aux décisions de réduction du capital par « coup d'accordéon » .....	160
2. La contrôle des décisions de transformation de la société.....	162
§2. La recherche d'un fondement du contrôle judiciaire des actes du dirigeant social .....	165
A. Les contours des pouvoirs des dirigeants sociaux .....	165
B. L'intérêt social comme fondement possible du contrôle des actes du dirigeant social .....	167
Section 2. Le cas des décisions entrainant l'éviction des acteurs sociaux.....	168
§1. Les décisions mettant un terme au mandat social .....	168
A. L'expression de la révocation .....	169
B. L'instabilité des critères d'appréciation de la décision de révocation.....	171
1. L'inconstance des fondements de l'abus de droit en cas de révocation ad nutum.....	171
a. Le fondement prétorien de l'abus de droit en cas de révocation ad nutum .....	172
b. La nécessité du recours judiciaire au principe de loyauté. ....	175
2. La variation des fondements jurisprudentiels du juste motif de révocation.....	178
§2. Les décisions mettant un terme à l'appartenance sociale.....	182

A. L'appréciation du caractère abusif de la décision d'exclusion des associés.....	183
1. Le contrôle préalable du motif d'exclusion.....	183
2. Le contrôle judiciaire du respect des conditions procédurales de l'exclusion .....	186
B. L'affirmation progressive du contrôle de la spécificité des clauses d'éviction de l'associé .....	189
Conclusion du chapitre 1 .....	192
Chapitre 2. Un contrôle cantonné à la légalité des actes sociaux .....	193
Section 1. Les contours du contrôle judiciaire de la légalité .....	194
§1. Le contenu de la technique légale de contrôle des actes sociaux .....	195
A. L'obligation judiciaire de dire le droit .....	195
1. Une technique de contrôle tirée du droit commun des contrats .....	195
2. Une technique soumise à la floraison d'interdictions .....	199
a. Les contraintes de l'ordre public sociétaire .....	200
b. Les exigences de l'ordre public contractuel.....	201
B. La vocation judiciaire de fixer le droit.....	204
§2. Les difficultés de mise en œuvre de la technique légale de contrôle des actes sociaux .....	208
A. L'incohérence des textes .....	208
B. Les faiblesses propres à l'organe judiciaire .....	211
1. Les limites du pouvoir judiciaire d'appréciation .....	212
2. Solutions envisageables .....	214
Section 2. La nécessité d'un contrôle de l'opportunité en droit des sociétés.....	215
§1. Les débats autour du contrôle judiciaire de l'opportunité des actes sociaux .....	215
A. Les critiques au contrôle de l'opportunité de l'acte contesté.....	216
B. La justification d'un contrôle de l'opportunité en droit des sociétés de l'OHADA.....	217
§2. L'intérêt social, fondement du contrôle de l'opportunité .....	218
A. Les controverses autour de la notion d'intérêt social .....	219
1. L'approche institutionnelle de l'intérêt social .....	219
2. L'approche contractuelle de l'intérêt social .....	221
3. L'élargissement de la notion d'intérêt social par la loi PACTE.....	223
B. L'utilité de l'intérêt social .....	224
Conclusion du chapitre 2 .....	227
<b>Conclusion du titre 2.....</b>	<b>228</b>
<b>Conclusion de la première partie .....</b>	<b>229</b>
<b>Seconde partie.....</b>	<b>231</b>



<b>Une intervention insatisfaisante dans la sanction des obligations civiles des acteurs sociaux .....</b>	<b>231</b>
<b>Titre 1.....</b>	<b>234</b>
<b>Un recours restreint à la sanction civile contraignante .....</b>	<b>234</b>
Chapitre 1. L'exécution forcée réservée à certaines obligations légales et statutaires .....	236
Section 1. Les obligations dans le cadre de l'information .....	237
§ 1. De quelques hypothèses de contrainte judiciaire.....	237
A. La communication judiciaire restreinte des documents sociaux aux associés.....	238
1. Les sociétés et les actes concernés par la procédure de communication judiciaire .....	238
2. Les effets limités de l'astreinte .....	242
B. L'absence de clarté des conditions liées au dépôt forcé des états financiers de synthèse .....	244
1. La nature subsidiaire du dépôt forcé des états financiers de synthèse.....	244
2. Les difficultés liées à l'appréciation judiciaire de l'auteur de la demande .....	245
C. Le cantonnement des pouvoirs judiciaires en matière d'alerte .....	247
§2. La réorganisation souhaitable des moyens d'information par le juge .....	249
A. Le réaménagement de la communication forcée des documents sociaux .....	250
1. La précision légale de la communication judiciaire à toutes les formes sociales... 250	
a. L'étendue de l'intervention judiciaire à clarifier .....	251
b. L'encadrement de l'intervention judiciaire.....	254
2. L'extension de la catégorie des demandeurs prévus à l'article 528 de l'AUDSCGIE .....	257
a. Les difficultés liées à l'identification des parties.....	257
b. La solution proposée en droit de l'OHADA.....	260
B. La précision des conditions de dépôt forcé des états financiers de synthèse.....	262
C. La consécration du droit d'option judiciaire .....	263
Section 2. Les obligations dans le cadre du fonctionnement de la société .....	265
§1. L'exceptionnelle contrainte judiciaire en matière de convocation des assemblées générales.....	265
A. Le pouvoir spécial d'appréciation de l'opportunité de la convocation .....	266
1. L'élargissement des pouvoirs de convocation du juge dans la SARL .....	266
2. La restriction des pouvoirs de convocation judiciaire dans la SA .....	268
B. <i>Les imprécisions quant à la fixation de l'ordre du jour de l'assemblée.....</i>	<i>271</i>
§ 2. La généralisation souhaitable de la contrainte judiciaire à l'obligation de libération du capital social.....	272

A. L'absence de mesure d'injonction spécifique à l'obligation de libération du capital social dans le contexte de l'OHADA.....	273
B. La possibilité pour le juge d'ordonner la libération du capital social en droit de l'OHADA .....	275
Conclusion du chapitre 1 .....	279
Chapitre 2. La réticence envers l'exécution forcée des conventions extrastatutaires .....	280
Section 1. L'application stricte de certains principes civils .....	281
§1. Le respect du principe de la liberté individuelle .....	281
A. La controverse sur l'exécution forcée en matière de promesse de cession des droits sociaux.....	282
1. Le problème posé par l'exécution forcée des promesses de cession des droits sociaux.....	282
2. L'échec de l'affectio societatis comme fondement de l'intervention judiciaire.....	286
B. L'observation de la liberté de vote de l'associé.....	289
§2. Le respect du principe de l'effet relatif des contrats .....	294
A. Le principe d'inopposabilité de la convention extrastatutaire aux tiers .....	294
B. Les aménagements du principe .....	297
1. L'attraction de la société dans le cercle des parties à la convention.....	297
2. La publicité de la convention extrastatutaire .....	299
Section 2. La valorisation souhaitable des injonctions en matière de conventions extrastatutaires.....	302
§1. L'émergence d'un principe d'exécution forcée des conventions extrastatutaire .....	302
A. Les évolutions jurisprudentielles .....	302
1. L'inexécution des conventions de vote.....	303
2. Le non-respect des clauses de préemption .....	306
B. L'évolution apportée par la réforme du droit des contrats français .....	309
§2. L'admission de l'exécution forcée en nature au sein de l'OHADA.....	311
A. La possibilité pour le juge de contraindre l'associé.....	311
B. La recherche de l'efficacité des conventions extrastatutaires .....	313
Conclusion du chapitre 2. ....	315
<b>Conclusion du titre 1.....</b>	<b>316</b>
<b>Titre 2.....</b>	<b>317</b>
<b>Une sanction civile peu efficace.....</b>	<b>317</b>
Chapitre 1. Les imperfections du régime des nullités.....	318
Section 1. Les limites de l'annulation de plein droit des actes sociaux irréguliers ou abusifs	319

§1. L'incertitude quant à l'annulation de plein droit des actes irréguliers ou abusifs .....	319
A. Le principe de l'annulation de plein droit des actes sociaux .....	320
1. Le contenu du principe de l'annulation de plein droit des actes sociaux .....	320
2. L'inefficacité du principe de l'annulation de plein droit des actes sociaux .....	322
B. Les difficultés liées à l'obligation de couvrir la nullité .....	324
1. Les faiblesses des techniques de régulation .....	324
a. Les techniques d'incitation judiciaire à la régularisation .....	324
b. La mise en œuvre lacunaire du processus de régularisation .....	328
2. L'imprécision du point de départ de la prescription .....	329
3. Une efficacité des nullités recherchée par le droit français .....	331
§2. Les difficultés liées à la détermination de la cause de nullité .....	332
A. Les difficultés de détermination d'une disposition impérative .....	332
B. Les difficultés de détermination d'une clause des statuts jugée essentielle .....	334
C. Les difficultés d'appréciation de la violation des textes régissant les contrats .....	336
1. Le vice de consentement .....	337
2. L'absence de contenu licite et certain du contrat, une condition nouvellement consacrée .....	339
Section 2. Les lacunes de l'annulation facultative des actes sociaux irréguliers ou abusifs ...	341
§1. L'imprécision des causes de nullité facultative .....	341
A. La violation de certaines dispositions .....	342
B. L'existence d'une fraude .....	343
§2. L'appréciation complexe de l'abus de majorité .....	345
A. Les débats autour de la notion d'abus de majorité .....	346
1. Les contours législatifs de l'abus de majorité .....	346
2. Une application jurisprudentielle difficile de l'abus de majorité .....	349
B. La nécessité de nouvelles formes d'abus de droit en droit de l'OHADA : la décision de révocation du dirigeant social .....	351
Conclusion chapitre 1 .....	353
Chapitre 2. Les lacunes du régime de la responsabilité civile .....	354
Section 1. Les défaillances propres à la responsabilité civile de la société et des associés ...	355
§1. Le domaine limité de la responsabilité des sociétés commerciales .....	355
A. La reconnaissance judiciaire de la responsabilité civile autonome des sociétés .....	356
B. Une responsabilité subordonnée à la personnalité juridique .....	358
§ 2. Le caractère exceptionnel de la responsabilité personnelle des associés .....	361

A. Les prémices d'une responsabilité civile des associés.....	362
B. La recherche des fondements de la responsabilité civile des associés à l'égard des tiers .....	365
1. L'instabilité des critères de la faute.....	365
2. La question d'une responsabilité des associés fondée sur le devoir de loyauté ....	368
Section 2. Les faiblesses de la responsabilité des dirigeants sociaux.....	370
§1. Les obstacles au contrôle des conditions de recevabilité de l'action en responsabilité .....	371
A. La subsidiarité de l'action judiciaire en cas d'action sociale.....	371
1. L'action sociale ut universi.....	371
2. L'action sociale ut singuli .....	373
3. L'appréciation judiciaire de la sanction des clauses limitatives de responsabilité .	374
B. Les difficultés de mise en œuvre de l'action individuelle.....	376
§2. Les appréciations divergentes de la faute du dirigeant social.....	377
A. L'appréciation de la faute au regard de l'intérêt social.....	378
B. L'appréciation de la faute séparable de la fonction du dirigeant social.....	383
1. La faute séparable des fonctions du dirigeant social.....	383
2. Les difficultés de détermination de la faute séparable des fonctions du dirigeant social .....	385
a. Les insuffisances de la notion de faute séparable des fonctions du dirigeant social .....	385
b. Les évolutions jurisprudentielles de la notion de faute séparable des fonctions du dirigeant social .....	387
Conclusion du Chapitre 2 .....	389
<b>Conclusion du titre 1.....</b>	<b>390</b>
<b>Conclusion de la seconde partie .....</b>	<b>391</b>
<b>CONCLUSION GENERALE .....</b>	<b>392</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>397</b>
INDEX ALPHABÉTIQUE.....	444
TABLE DES MATIÈRES.....	<b>448</b>