

UNIVERSITÉ CHEIKH ANTA DIOP DE DAKAR



ÉCOLE DOCTORALE « SCIENCES JURIDIQUES, POLITIQUES ECONOMIQUES ET DE GESTION »



FACULTE DES SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES

Année : 2019

N° d'ordre :

THESE DE DOCTORAT

Formation Doctorale : DROIT DE L'ENTREPRISE

Présentée par : SANI MANI Larwanou

**TITRE : La protection de l'intérêt social dans la réforme du droit OHADA des sociétés
commerciales au regard de la « corporate governance »**

Soutenue le 27/07 /2019/ devant le jury composé de :

Président :

M. NDIAYE Isaac Yankhoba, Professeur titulaire, agrégé des facultés de droit privé, Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar (SENEGAL) , Doyen honoraire de la FSJP, ancien vice-président du Conseil constitutionnel.

Rapporteurs :

-M. SAKHO Abdoulaye, Maître de Conférences agrégé de droit privé, Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de Université Cheikh Anta Diop de Dakar (SENEGAL), ancien directeur de l'EDJPEG/UCAD,

-M. NDIAYE C.A. Wakhob, Maître de Conférences agrégé de droit privé, Faculté des Sciences Juridiques et Politiques, Université Cheikh Anta Diop de Dakar (SENEGAL),

-M. TALFI I. Bachir, Maître de Conférences agrégé de droit privé, Faculté des Sciences Juridiques et Politiques, Université Abdou Moumouni de Niamey (NIGER).

Directeur de thèse :

M. SAMB Moussa, Professeur assimilé, agrégé de droit privé, Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar (SENEGAL).

L'Université Cheikh Anta DIOP n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Mes remerciements vont tout d'abord à l'endroit de Monsieur le Professeur Moussa SAMB pour avoir accepté d'encadrer ce travail de recherche, et qui a su, par sa disponibilité, sa bienveillance et sa rigueur, m'encourager et m'orienter tout au long de ce travail. Sans lui ce travail n'aurait jamais abouti. Qu'il retrouve ici, l'expression de mon profond respect et de ma reconnaissance.

Je ne saurais continuer sans remercier les professeurs Ndiaw DIOUF, Yvette Rachel Kalieu ELONGO, Jacques MESTRE, Bachir TALFI, Dr Rabani ADAMOU, Dr Issoufou ADAMOU, Dr Sylvie BISSALOUÉ pour les précieux conseils et la grande disponibilité ainsi qu'à tous les enseignants de l'Université Cheikh Anta DIOP. Chers Professeurs, trouvez ici, l'expression de ma profonde gratitude.

Je remercie également les membres du jury, qui, malgré leurs multiples occupations, ont accepté de siéger dans ce jury.

Qu'il me soit permis aussi de remercier ici, tout le personnel de l'ERSUMA dont la grande disponibilité a facilité mon séjour de recherche. Trouvez ici, l'expression de ma sincère reconnaissance.

Que soient également remerciés mes parents, ma famille, mes amis et proches pour l'aide morale et matérielle qu'ils m'ont apportée et, qu'ils – je n'en doute pas – m'apporteront toujours. Sachez que, votre soutien constant m'a aidé à traverser les moments de doute.

Je remercie enfin, mon oncle Souley MANI, pour son soutien aussi bien matériel que moral. Qu'il retrouve ici, l'expression de ma sincère reconnaissance.

DEDICACES

A la mémoire de ma très chère petite sœur Ouma Djamila SANI MANI, décédée sur le chemin de l'école, avec trois de ses amies, noyées dans l'eau, qu'elle retrouve ici, mes sincères prières pour un repos paisible de son âme, et de ses trois amies ;

A la mémoire des mes oncles, Abdou MANI, Sanoussi BAGALAM, Samaila BAGALAM, Maman ALMADJIRI, et de mes grands pères Mani DAN MANINGO, Issa BAGALAM, Elhadj Harouna DAN TAKOURMOU, qui nous ont quitté un peu plus tôt, qu'ils retrouvent ici, toutes mes prières ;

A mon père Sani MANI DAN MANINGO;

A ma mère Binta ISSA BAGALAM ;

A ma belle-maman Laouré ISSAKA ;

A mon épouse Houda BOUKARI HASSAN NA ANNABI, pour l'affection et le soutien inconditionnel qui m'ont porté et permis de mener à bien ce travail ;

A mon fils Mohamed Al'amine ;

A mes frères et sœurs ;

Que ce travail soit pour vous tous, une source de motivation supplémentaire, chacun dans son domaine, et dire avec fierté que, ce n'est pas le chemin qui est difficile, mais c'est le difficile qui est le chemin.

LISTE DES SIGLES ET PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Act. Jur. :	Actualité juridique
Act.proc.coll. :	Actualité des procédures collectives
AFEP :	Association française des entreprises privées
AGO :	Assemblée générale ordinaire
AGE :	Assemblée générale extraordinaire
AJ :	Actualité jurisprudentielle du Recueil Dalloz
AJDA :	Actualité juridique de droit administratif
Al. :	Alinéa
AMF :	Autorité des marchés financiers
Ansa :	Association nationale des sociétés par actions
Art. :	Article
AUDCG:	Acte uniforme relatif au droit commercial général
AUSCGIE:	Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique
AUDCIF :	Acte uniforme portant relatif au droit comptable et à l'information financière
AUPC:	Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif
AUS :	Acte uniforme portant organisation des sûretés
Balo :	Bulletin des annonces légales obligatoires
BODACC :	Bulletin Officiel des annonces civiles et commerciales
BRDA :	Bulletin rapide de droit des affaires Francis Lefebvre

BRVM :	Bourse régionale des valeurs mobilières
Bull. civ :	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
Bull. Jol. :	Bulletin mensuel Joly d'information
CA :	Conseil d'administration
CAC :	Commissaire aux comptes
CCAN :	Code civil applicable au Niger
CCJA :	Cour commune de justice et d'arbitrage
C. cass :	Cour de cassation
Civ. 1^{ère} :	Cour de cassation, première chambre civile
Civ. 2^{ème} :	Cour de cassation, deuxième chambre civile
Civ. 3^{ème} :	Cour de cassation, troisième chambre civile
Cass. civ :	Chambre civile de la Cour de cassation française
Cass.com :	Chambre commerciale de la Cour de cassation française
Cass.soc :	Chambre sociale de la Cour de cassation française
Code civ :	Code civil
Coll :	Collection
Com. :	Cour de cassation, chambre commerciale
Concl. :	Conclusion
Crim. :	Cour de cassation, chambre criminelle
C.com. :	Code de commerce
CJUE :	Cour de Justice de l'Union Européenne
Chron. :	Chronique
CIMA :	Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurances

C.J.C.E :	Cour de Justice des Communautés Européenne
CREDA :	Centre de recherche sur le droit des affaires
D. :	Recueil Dalloz
D. Aff :	Dalloz Affaires
DG :	Directeur général
DGA :	Directeur général adjoint
Dir. :	Sous la direction de
Doct. :	Doctrine
DS. :	Revue Dalloz-Sirey
D.cah.dr.aff :	Dalloz, cahier droit des affaires
DP :	Dalloz périodique
Dr.et patrimoine:	Revue droit et patrimoine
Dr. Soc :	Revue de Droit social
Dr. sociétés :	Revue de Droit des sociétés
Ed. :	Edition
ERSUMA :	Ecole régionale supérieure de la magistrature
Fasc. :	Fascicule
Gaz. Pal. :	Gazette du Palais
Ibid. :	Ibidem (le même ouvrage)
Id. :	Idem (au même endroit)
IFA :	Institut français des administrateurs
In. :	Dans
Infra :	Plus bas dans le texte : ci-dessous

ISA :	Institut sénégalais des administrateurs
JADA :	Journal Africain de droit des affaires
J.-cl. :	Jurisclasseur (civil, commercial, pénal etc.)
JCP E :	Jurisclasseur périodique (La semaine juridique, édition entreprise)
JCP G :	Jurisclasseur périodique (La semaine juridique, édition générale)
JCP N :	jurisclasseur périodique (La semaine juridique, édition notariale)
JDI :	Journal du droit international
J.O. OHADA :	Journal officiel de l'OHADA
J.O.R.N :	Journal Officiel de la République de Niger
JORS :	Journal officiel de la République du Sénégal
L. :	Loi
LGDJ:	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Litec :	Librairie technique
LPA :	Les Petites Affiches
MEDEF :	Mouvement des entreprises de France
Mél. :	Mélanges
N° :	Numéro
NTIC :	Nouvelles technologies de l'information et de la communication
Obs. :	Observations
OCDE :	Organisation de coopération et de développement économiques
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 (dans l'ouvrage cité)
P. :	Page
Par ex :	Par exemple
PDG :	Président directeur général
P.C :	Procédures Collectives
PCA :	Président du conseil d'administration
Penant :	Revue de droit des affaires des pays africains
Préc. :	Précité
PUA :	Presses universitaires d'Afrique
PUAM :	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF :	Presses universitaires de France
R.C.D.I.P :	Revue critique de droit international privé
RCCM :	Registre du commerce et du crédit mobilier
RDAA :	Revue du droit des affaires en Afrique
Rev. dr. aff. Int :	Revue droit des affaires internationales
RIDC :	Revue internationale de droit comparé
R. J.com. :	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA :	Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires
RLDA :	Revue Lamy Droit des Affaires
Rép. Sociétés :	Répertoire des sociétés Dalloz
Rev.proc.coll :	Revue des procédures collectives
Rev. Sociétés :	Revue des sociétés
RSE :	Responsabilité sociale/sociétale de l'entreprise

RTDcom :	Revue trimestrielle de droit commercial
S. :	Revue Sirey
s. :	et suivant
spéc. :	Spécialement
Supra :	Plus haut dans le texte, Ci-dessus
SA :	Société anonyme
SARL :	Société à responsabilité limitée
SAS :	Société par actions simplifiées
SAU :	Société anonyme unipersonnelle
SCS :	Société en commandite simple
SNC :	Société en nom collectif
t. :	tome
T.com :	Tribunal de commerce
Th. :	Thèse
TI :	Tribunal d'instance
TIC :	Technologie d'information et de communication
TGI :	Tribunal de grande instance
TPI :	Tribunal de première instance
T rég. :	Tribunal régional (Tribunal régional hors classe de Dakar)
Traité OHADA :	Traité de Port-Louis du 17 octobre 1993 instituant l'OHADA
Traité révisé : OHADA	Traité de Québec du 17 octobre 2008 portant révision du traité
UCAD :	Université cheikh Anta DIOP

UEMOA : **Union Économique et Monétaire Ouest Africaine**

UNIDROIT : **Institut international pour l'unification du droit privé**

V. : **Voir**

Vol. : **Volume**

Sommaire

REMERCIEMENTS.....	II
DEDICACES	III
LISTE DES SIGLES ET PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	IV
INTRODUCTION GENERALE	1
PARTIE I : LES MECANISMES DE PROTECTION INDIRECTE DE L'INTERET SOCIAL.....	26
TITRE I : UNE PROTECTION ESSENTIELLEMENT FONDEE SUR DES MECANISMES LEGAUX	27
CHAPITRE I : LA CONSECRATION DES PRINCIPES DE LA GOUVERNANCE D'ENTREPRISE RELATIFS A LA TRANSPARENCE DE GESTION.....	29
CHAPITRE II : LA CONSECRATION DES PRINCIPES DE LA GOUVERNANCE D'ENTREPRISE RELATIFS A LA PROTECTION DU PATRIMOINE DE L'ENTREPRISE	81
TITRE II : UNE PROTECTION DESORMAIS POSSIBLE A TRAVERS DES MECANISMES COMPLEMENTAIRES.....	129
CHAPITRE I : LA RECONNAISSANCE DES MECANISMES VOLONTARISTES DE PROTECTION DE L'INTERET SOCIAL.....	130
CHAPITRE II : LA RECONNAISSANCE DES MECANISMES SUPPLEMENTAIRES DE PROTECTION DE L'INTERET SOCIAL.....	171
PARTIE II : LES MECANISMES DE PROTECTION DIRECTE DE L'INTERET SOCIAL.....	205
TITRE I : UNE PROTECTION ESSENTIELLEMENT BASEE SUR L'INTERVENTION JUDICIAIRE.....	206
CHAPITRE I : LA PROTECTION DE L'INTERET SOCIAL A TRAVERS UNE INTERVENTION JUDICIAIRE RELATIVE.....	207
CHAPITRE II : LA PROTECTION DE L'INTERET SOCIAL A TRAVERS UNE INTERVENTION JUDICIAIRE AFFIRMEE	247
TITRE II : UNE PROTECTION DE L'INTERET SOCIAL PEU SATISFAISANTE	281
CHAPITRE I : L'EFFICACITE RELATIVE DE CERTAINS MECANISMES SANCTIONNANT LA VIOLATION DE L'INTERET SOCIAL	282
CHAPITRE II : UNE PROTECTION DE L'INTERET SOCIAL DIFFICILEMENT ATTEINTE	327
CONCLUSION GENERALE	384
BIBLIOGRAPHIE :.....	389
TABLE DES MATIERES	413

Introduction générale

« Les vertus se perdent dans l'intérêt comme les fleuves dans la mer »¹.

Le droit des affaires a fait l'objet d'une harmonisation dans le cadre de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)². Aux termes de l'article 2 du Traité de Port Louis : « entrent dans le domaine du droit des affaires, l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports, et toute autre matière que le Conseil des ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure, conformément à l'objet du présent Traité et aux dispositions de l'article 8 ».

L'objectif visé à travers cette harmonisation est la mise à disposition des Etats parties, de règles communes, simples, modernes et adaptées, afin de faciliter l'activité des entreprises³.

¹ Maxime de La Rochefoucauld citée en introduction dans le texte préparé par Guy Canivet lors du colloque organisé pour l'association Droit et Commerce les 1er et 2 avril 2006 sur le thème des « Conflits d'intérêts ».

² L'OHADA, en acronyme, Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires, institué par le Traité signé à Port Louis (Île Maurice) le 17 octobre 1993 (J.O. OHADA, N°4, 1er novembre 1997, p. 1) relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, entré en vigueur en 1995. Il a été révisé par le Traité de Québec au Canada du 17 octobre 2008, entré en vigueur le 21 mars 2010. Ce Traité est conclu entre ces pays et une organisation qu'ils forment et qui est dotée de la personnalité juridique internationale. L'OHADA regroupe actuellement dix-sept (17) États : Bénin, Burkina-Faso, Cameroun, Congo, Côte-d'Ivoire, Gabon, Guinée Bissau, Guinée équatoriale, Guinée Conakry, Mali, le Niger, République Centrafricaine, Sénégal, Tchad, Togo, Union des Comores et République démocratique du Congo. L'OHADA a été instituée pour unifier le droit des activités économiques des pays membres de l'organisation. Sur le plan institutionnel l'OHADA comprend un Conseil des ministres de finances et de la justice qui sert d'organe législatif; un Secrétariat permanent qui fait office d'exécutif; une École régionale supérieure de la magistrature (ERSUMA) en charge de la formation des juristes, et autres acteurs juridiques et judiciaires en charge de l'application du droit OHADA ; Une Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) chargée de prolonger l'œuvre du législateur OHADA par une unification jurisprudentielle. À ces organes s'ajoute depuis la révision du Traité fondateur en 2008 une Conférence des chefs d'État et de gouvernement prévu par l'article 27.1 du Nouveau Traité OHADA. L'organisation atteint matériellement ses objectifs par la production et l'adoption de textes qualifiés d'Actes uniformes. Il existe actuellement neuf Actes uniformes ayant valeur supranationale c'est-à-dire faisant partie directement du droit positif des États membres pour toutes les matières qu'elles régissent. Pour la genèse et l'historique de l'OHADA, V. Kéba MBAYE, « L'histoire et les objectifs de l'OHADA », Petites affiches, n° 20 Spécial, 13 oct. 2004, pp. 4 - 7 ou Jacqueline LOHOUES-OBLE, « L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique », RIDC, 1999, n° 3, p. 543 et s.

³ Article 1^{er} du Traité

Le Traité OHADA vise essentiellement à assurer la sécurité juridique et judiciaire dans les Etats parties, par l'adoption de règles uniformes. La technique utilisée est plutôt celle de l'uniformisation. En effet, les actes pris pour l'adoption des règles communes sont qualifiés d'actes uniformes⁴. Il s'y ajoute également, qu'aux termes de l'article 10 du Traité, « les Actes Uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats parties, nonobstant toute disposition nationale, antérieure ou postérieure ». On pourrait donc conclure, que dans le domaine couvert par l'OHADA, les Actes Uniformes constituent le droit commun des affaires dans tous les Etats parties.

La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) est chargée d'assurer l'interprétation et l'application uniformes de règles communes⁵. L'interprétation et l'application des règles uniformes peuvent en effet, s'avérer délicates pour le juge national. Ainsi, conscients des difficultés pratiques inhérentes à toute œuvre novatrice et innovante notamment en matière législative, les rédacteurs de l'OHADA ont tût fait de prévoir un dispositif d'appréciation et d'interprétation des nouveaux textes juridiques, en confiant cette tâche à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA)⁶.

Au rang des Actes Uniformes adoptés, se trouve en bonne place, l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSCGIE), entré en vigueur le 1^{er} janvier 1998. Ce texte instituait quatre formes de sociétés commerciales à savoir : la société anonyme (SA), la société à responsabilité limitée (SARL), la société en nom collectif (SNC) et la société en commandite simple (SCS)⁷. L'Acte Uniforme s'applique aussi aux sociétés commerciales dans lesquelles un Etat ou une personne morale de droit public est associé⁸, ainsi que les sociétés commerciales dont l'activité est réglementée sous réserve des

⁴ Article 5 du Traité

⁵ CCJA, dont le siège se trouve à Abidjan, conformément l'article 14, assure dans les Etats Parties l'interprétation et l'application communes du présent Traité, des règlements pris pour son application et des actes uniformes.

⁶ Bassirou BA, « Garantie des engagements des tiers par les banques », remarques sur l'avis consultatif n° 02/2000 EP de la CCJA du 26 avril 2000, ohadata D-03-10, consultable sur www.ohada.com.

⁷ Article 6 de l'Acte Uniforme ancien, ainsi dès qu'une société adopte l'une des formes citées, elle est commerciale et soumise à l'Acte Uniforme, quelque soit son objet. Il s'y ajoute qu'une société civile, qui exerce une activité commerciale sera soumise à l'Acte Uniforme.

⁸ Article 1^{er} de l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement économique (AUSCGIE ancien).

dispositions particulières⁹. Il ne faut pas aussi occulter les sociétés en participation, les sociétés de fait et les sociétés créées de fait susceptibles d'être soumises à l'AUSCGIE. L'essentiel des dispositions prévues dans cet Acte Uniforme étaient des dispositions d'ordre public¹⁰.

Des telles dispositions cadraient mal avec l'idée de souplesse et de simplicité préconisée par le Traité et entraînaient des nullités¹¹. C'est pourquoi, le 30 janvier 2014, un nouvel Acte a été adopté pour remplacer celui de 1998¹², afin d'y inclure l'idée de simplicité, de souplesse et prendre en compte la modernité. Cette réforme du droit des sociétés commerciales est venue replacer la liberté contractuelle au centre de la vie des affaires tout en précisant le régime juridique des nullités. Dans la même veine, une nouvelle forme de société a vu le jour, à savoir la société par actions simplifiée (SAS)¹³, ainsi que la possibilité de créer une société à capital variable¹⁴.

D'une manière générale, l'Acte Uniforme révisé est orienté vers la protection de l'entité économique qu'est la société commerciale. C'est pourquoi, en vue d'assurer une stabilité aussi longue que possible à cette dernière, des nombreuses dispositions sont instituées pour préserver l'intérêt social. Ainsi, l'Acte uniforme a prévu des règles tant pour prévenir que pour traiter les situations de crises au sein de la société, et susceptibles d'en paralyser le bon fonctionnement. En effet, la société commerciale n'est pas un long fleuve tranquille, il peut arriver, en cours de vie sociale, que des conflits surgissent, et qui bloqueraient le fonctionnement normal de celle-ci.

Ainsi, contrairement à l'ancien Acte uniforme qui ne laissait pas de place à la volonté individuelle, le nouveau texte aménage une place de choix à cette dernière.

De ce fait, la réforme de l'Acte Uniforme répond à la logique d'assouplissement des règles de constitution, de fonctionnement et d'organisation des sociétés commerciales en donnant une place importante à la volonté individuelle. C'est ainsi que, l'article 2-1 dispose que : « sous

⁹ Voir le renvoi fait par l'article 21 de l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement économique (AUSCGIE ancien).

¹⁰ Article 2 de l'AUSCGIE ancien.

¹¹ Nous en voulons pour preuve, l'exemple des articles 75 et 247 qui ont été révisés pour permettre la régularisation.

¹² Publié au Journal Officiel OHADA n° spécial du 4 février 2014, p. 1 et s., entré en vigueur le 5 mai 2014.

¹³ Voir à cet égard les articles 853-1 à 853-23 de l'AUSCGIE révisé.

¹⁴ Articles 67 al.2, 269-1,2 et s. de l'AUSCGIE révisé.

réserve des dispositions du présent Acte Uniforme auxquelles il ne peut être dérogé et des clauses statutaires, les associés peuvent conclure des conventions extra statutaires en vue notamment, d'organiser, selon les modalités qu'ils ont librement arrêtées : les relations entre associés ; la composition des organes sociaux ; la conduite des affaires de la société ; l'accès au capital ; la transmission des titres sociaux ». En effet, la société commerciale est avant tout un contrat, même si le développement de la notion d'intérêt social, ainsi que la reconnaissance des sociétés unipersonnelles, ont mis à mal cette explication contractuelle, qui apparaît aujourd'hui, sinon erronée, tout au moins insuffisante¹⁵.

La notion d'intérêt social a, en effet, donné lieu en doctrine à plusieurs approches divergentes : l'approche contractuelle, l'approche institutionnelle et l'approche intermédiaire.

Pour les tenants de l'approche contractuelle, dans l'appréciation de l'intérêt social, l'intérêt à prendre en considération est l'intérêt commun des associés. Cela implique que : « toute décision sociale doit prendre en considération l'intérêt commun des associés »¹⁶. Cette conception a été défendue par des auteurs comme SCHMIDT qui, en se fondant sur les articles 1832 et 1833 du code civil considère que la société ne serait pas constituée en vue de satisfaire un autre intérêt que celui des associés, qui ont seuls vocation à partager entre eux le bénéfice social¹⁷. De ce point de vue, « la société a pour objet la réalisation du plus important bénéfice social dans le seul intérêt des associés »¹⁸ et ce, dans le respect des obligations légales et réglementaires qui lient la société.

Quant aux tenants de l'approche institutionnelle, ils assimilent l'intérêt social à celui de la société, personne morale distincte de ses membres. Une telle approche a été défendue par des auteurs comme DESPAX, selon qui, « l'intérêt social serait l'intérêt de l'entreprise qui transcende l'intérêt des actionnaires, qui constitue la limite des sacrifices des actionnaires ou des salariés, qui donne le fondement et l'étendue de l'intervention du juge dans l'appréciation des décisions financières »¹⁹. Pour le professeur PAILLUSSEAU, « l'intérêt social ne serait rien d'autre que l'intérêt de l'entreprise et qu'il tendrait à assurer la prospérité et la continuité

¹⁵ Fénéon Alain, « la mésentente entre associés dans les sociétés anonymes de l'OHADA », p.1, www.ohada.com.

¹⁶ MONTHIEU M.A, op.cit, 43, n°41.

¹⁷ D.SCHMIDT, « De l'intérêt social », RDB, 1995, n°50, p.130.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ DESPAX M., « L'entreprise et le droit », LGDJ, 1957.

de l'entreprise »²⁰. Les dirigeants et les majoritaires devraient alors agir conformément à l'organisme économique que représente l'entreprise. Ainsi, la première conception privilégie le court terme, la seconde la durée.

Enfin, il y'a l'approche qu'il était convenu d'appeler intermédiaire ou mixte. Elle opte pour une conception plus élargie de l'intérêt social, en permettant d'assurer la pérennité et la prospérité des entreprises. Elle a la faveur du professeur Philippe BISSARA, et consacrée en France par le rapport VIENOT qui définit l'intérêt social comme étant : « l'intérêt supérieur de la personne morale elle-même, c'est-à-dire de l'entreprise considérée comme un agent économique autonome, poursuivant des fins propres, distinctes notamment de celles de ses 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 »²¹.

En définitive, si la définition de l'intérêt social ne peut être qu'un exercice difficile, cela voudrait dire qu'il ne peut s'agir que d'un intérêt social « œcuménique »²². Néanmoins, si l'intérêt social devait dépasser celui des actionnaires, il devrait également dépasser la seule considération de la personnalité juridique pour englober l'entreprise et ses parties prenantes²³.

Le législateur OHADA a opté pour une démarche pragmatique en ne définissant pas l'intérêt social. Il a, en effet, simplement donné au juge un faisceau d'indices lui permettant en cas de saisine, de censurer les décisions prises dans un intérêt autre que celui de la société. Après sa création, la société commerciale n'est plus l'affaire des parties, d'où la nécessité de la protéger contre les éventuelles crises pouvant conduire à sa disparition.

C'est pourquoi, dans tous les cas où une intervention extérieure se justifie, l'Acte Uniforme met en avant la notion d'intérêt social pour servir de repère au juge sans toutefois la définir.

²⁰ J. PAILLUSSEAU, « La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise », Paris Sirey, 1967 ; du même auteur : « les fondements du droit moderne des sociétés », JCP éd. E.1993, n°14193, p.165, spéc.p.178, n°91 et s. ; « Le big bang du droit des affaires à la fin du XXème siècle », JCP, ed. E 1988, n°15101, p.58, spéc.p.64 et s., n°69 et s.

²¹ BISSARA P, in Rapport VIENOT sur le conseil d'administration des sociétés cotées, cit., in « l'intérêt social », Revue des sociétés, 1999, p.5.

²² COZIAN, VIANDIER et DEBOISSY, « Droit des sociétés commerciales », 2011, p. 176.

²³ PEREIRA Brigitte, « Fraude et intérêt social : la problématique de l'abus de biens sociaux », Annales des Mines - Gérer et comprendre, ESKA, 2013/3 n°113, p.19 à 29, p. 8. Consultable sur : <https://www.cairn.info/revue-gerer-et-comprendre1-2013-3-page-19.htm>;

Tantôt, l'intérêt social est assimilé à l'intérêt commun des associés²⁴ ; tantôt, il apparaît comme l'intérêt de la société elle-même²⁵.

De ce fait, on est tenté de considérer que le législateur a essayé tant bien que mal, de concilier les différentes conceptions de la société commerciale. En effet, tout en définissant à l'article 4 de l'AUSCGIE la société commerciale au regard de l'intérêt commun des associés, le législateur OHADA, évoque par endroits la conception extensive en faveur de la théorie institutionnelle. Cette démarche, quoique pragmatique n'exclut pas des réserves. En effet, il peut se faire que dans la mise en œuvre des mécanismes de protection prévus, le juge ne se réfère qu'à la définition de la société contenue dans l'article 4. Il s'en suivra alors que le juge n'aurait d'autre choix que de prononcer la dissolution de la société du fait de la disparition de l'affectio societatis.

Mais ce constat doit être relativisé, et voir dans certains mécanismes de protection, des pistes tracées au juge afin de minimiser le risque de dissolution de la société préjudiciable à l'économie. Dès lors, comme l'a si bien souligné un auteur²⁶, on peut affirmer que : « cette coexistence de l'intérêt social et l'intérêt des associés dans l'Acte Uniforme, vient très utilement compléter le principe contractuel gouvernant le règlement des litiges entre associés et plus généralement des conflits d'intérêts ».

De façon générale, la notion d'intérêt social est une notion à géométrie variable. Son appréciation doit dès lors se faire au cas par cas et en fonction de la nature du conflit : relationnel, congénital ou de gestion²⁷.

La réforme de l'Acte Uniforme sur le droit des sociétés commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique (AUSGIE) apparaît comme une avancée majeure en matière de protection de l'intérêt social dans les sociétés commerciales OHADA. En effet, cette réforme s'inscrit dans la double logique de l'approche volontariste et de l'approche législative qui postule que : même si la préservation de l'intérêt social, et partant la stabilité de l'actionnariat

²⁴ En effet, les articles 130 alinéa 2 et 131 alinéa 2, relatifs à l'abus de majorité et de minorité assimilent, l'intérêt social à celui des associés, sans pour autant exclure celui de la société personne morale.

²⁵ L'article 891 donne aussi des indications sur la notion d'intérêt social, lorsqu'il l'assimile au fait pour les organes de gestion, de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société un usage qui serait contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles, matérielles ou morales, ou pour favoriser une autre personne morale dans laquelle ils seraient intéressés directement ou indirectement.

²⁶ Fénéon Alain, « La mésentente entre associés dans les sociétés anonymes de l'OHADA », p.2, www.ohada.com;

²⁷ FENEON A., art.précit.p.6.

d'une société peut être atteinte sur des bases conventionnelles, il faut, et assez souvent, en cas de rupture d'équilibre, une intervention extérieure, soit par l'application d'une règle de droit, soit par une intervention judiciaire. De ce point de vue, les mécanismes de protection de l'intérêt social sont de deux ordres, les uns légaux, les autres conventionnels. La reconnaissance des mécanismes supplémentaires et la possibilité offerte aux associés d'aménager certaines règles d'organisation et de fonctionnement de la société évoquent l'idée de la « corporate governance »²⁸.

C'est ainsi que l'Acte Uniforme réformé, tout en apportant des améliorations aux mécanismes déjà existants, y a également consacré, de façon expresse, des nouveaux mécanismes tels que, l'administration provisoire dont il a précisé le régime juridique²⁹ ou l'abus d'égalité³⁰. On aura donc compris, que l'AUSCGIE révisé s'inscrit dans une logique de protection de l'entité économique, en permettant au juge d'intervenir dans le fonctionnement de la société chaque fois que l'intérêt social se trouve compromis.

Il en est ainsi de la nullité des décisions constitutives d'abus de majorité³¹ ou de la possibilité de nommer un mandataire ad hoc en cas d'abus de minorité ou d'abus d'égalité³². Il s'y ajoute, que le législateur entend désormais éviter la nullité de la société au point où en cette matière, celle-ci relève de l'exception. C'est ainsi que certaines violations n'entraînent pas la nullité de la société³³, mais oblige simplement à la régularisation.

On y ajoutera également, la procédure d'alerte³⁴ qui permet aux associés ou au commissaire aux comptes d'interpeller les dirigeants sur des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Il y a aussi l'expertise de gestion³⁵, par laquelle les associés/actionnaires peuvent solliciter du juge la désignation d'un expert chargé de faire un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion. On note aussi et surtout, l'encadrement des conventions avec

²⁸ Voir l'article 2-1 de l'AUSCGIE. Quant à la « corporate governance » ou gouvernement d'entreprise, d'origine anglo saxonne, elle pose des principes ayant pour vocation : la promotion de la transparence, l'amélioration de la qualité d'information, l'amélioration de la qualité de gestion et de l'image de l'entreprise auprès du public et des investisseurs. (Voir infra p.9).

²⁹ Article 160-1 à 160-8 de l'AUSCGIE

³⁰ Article 131 de l'AUSGIE.

³¹ Article 130 de l'AUSCGIE

³² Article 131 de l'AUSCGIE

³³ Voir par exemple les articles 75, 247 de l'AUSCGIE révisé.

³⁴ Articles 157 et 158 de l'AUSCGIE

³⁵ Article 159 de l'AUSCGIE

la société ou l'obligation faite aux dirigeants de publier le montant de leur rémunération, toute chose qui contribue à la prévention des conflits d'intérêts et par voie de conséquence à la protection de l'intérêt social.

Aussi faut-il ajouter le droit de vote, le droit à l'information et le droit au contrôle qui en sont sortis renforcer, mais aussi la responsabilité des dirigeants pour abus des biens sociaux³⁶. Sous cette observation, l'Acte Uniforme révisé s'inscrit aussi dans une logique de promotion des règles de bonne gouvernance et de transparence dans le fonctionnement des sociétés commerciales. Il intègre en effet, certains principes de base de la « corporate governance » ou gouvernement d'entreprise notamment : l'intégrité des dirigeants, la définition claire et respectée des rôles entre l'assemblée des actionnaires, le conseil d'administration et la direction générale, le respect des droits des actionnaires et l'égalité dans leur traitement.

Le gouvernement d'entreprise recouvre donc une sorte de code de bonne conduite des pratiques de gestion des entreprises qui vise à assurer sécurité et transparence à ses différents interlocuteurs et composantes. Il s'articule essentiellement autour de trois points : l'instauration de diverses structures (création des comités indépendantes et autonomes), la transparence financière et les fonctions des dirigeants³⁷.

De ce fait, le législateur s'inscrit dans une logique de renforcement des droits des associés dans les sociétés commerciales ainsi qu'à une amélioration de leur droit de contrôle sur la gestion des dirigeants. Une telle démarche comporte l'avantage d'assurer à la fois la protection des intérêts des actionnaires et celle de la société elle-même par la stabilité qu'elle lui garantit.

Cette précaution du législateur en faveur des intérêts sociaux quoique salubre, mérite quelques observations.

D'abord, elle pourrait présenter le risque d'une incursion judiciaire permanente dans les affaires sociales, en raison de la reconnaissance faite aux associés de saisir le juge dans certaines situations, et la possibilité donnée à ce dernier d'intervenir dans la gestion sociale.

³⁶ Article 161 et suivants de l'AUSCGIE

³⁷ KITSOU Anthi, « Le gouvernement d'entreprise et les sociétés non cotées », mémoire de DEA, Université Robert Schuman de Strasbourg, 2002-2003, p.3.

Ensuite, la société devant être créée dans l'intérêt commun des associés³⁸, la survenance d'une crise pourrait être perçue comme une disparition de l'affectio societatis conduisant à la dissolution de la société.

De même, l'intérêt commun des associés étant de partager un bénéfice ou de profiter d'une économie, ces derniers sont ainsi libres de rechercher à court terme le profit le plus élevé possible qu'ils pourront tirer de la société. Ce qui ne favorise pas la pérennisation des sociétés commerciales. A cela s'ajoute, l'éclatement de la notion d'intérêt social dans l'Acte uniforme qui fait tantôt allusion à l'intérêt commun des associés, tantôt allusion à l'intérêt de la société elle-même.

Puis, les conventions avec la société bien que minutieusement encadrées, soulèvent parfois des difficultés quant à ce qui est permis et ce qui est interdit d'une part, et d'autre part, quant à ce qui est courant ou normal. Même si, sur ce point le législateur OHADA a fait preuve de pragmatisme en définissant ces différentes notions³⁹. Mais la difficulté n'est pas totalement vaincue en pratique.

Enfin, la notion d'intérêt social est difficile à appréhender, et ne saurait s'apprécier qu'au cas par cas, d'où le risque d'une application malaisée de la loi. En effet, la notion d'intérêt social est une notion plastique dont l'appréciation est laissée au pouvoir souverain du juge. Il appartient donc à ce dernier de l'adapter aux circonstances et en fonction de l'ampleur de la situation. Des telles considérations constitueront la base de nos recherches et seront mises en évidence à travers le sujet : **« la protection de l'intérêt social dans la réforme du droit OHADA des sociétés commerciales au regard de la « corporate governance » ».**

La « corporate governance » ou le gouvernement d'entreprise en français, est un concept anglo-saxon qui renvoie selon Adrian Cadbury, au « système par lequel les sociétés sont dirigées et contrôlées »⁴⁰. En d'autres termes, le gouvernement d'entreprise renvoie au pouvoir dans la société. Le constat est que, l'on assiste à une acculturation des exigences de la « corporate governance » par le législateur OHADA, à travers l'intégration de certains

³⁸ Article 4 de l'AUSCGIE

³⁹ Voir les définitions fournies à l'article 439 de l'AUSCGIE révisé : « Les opérations courantes sont celles qui sont effectuées par une société, d'une manière habituelle, dans le cadre de ses activités ». « Les conditions normales sont celles qui sont appliquées, pour des conventions semblables, non seulement par la société en cause, mais également par les autres du même secteur d'activité ».

⁴⁰ Sir Adrian CADBURY, Intervention du 25 oct. 1994 lors du séminaire « La corporate governance, actionnaires, administrateurs, dirigeants : objectifs, pouvoirs et responsabilités », Les Echos Conférences, p. 5.

principes dans l'Acte Uniforme. Les pratiques de la « corporate governance » étant essentiellement axées autour des objectifs d'intégrité et de transparence dans la gestion, accompagnée d'une bonne répartition des pouvoirs et des responsabilités entre décision et contrôle afin d'organiser le pouvoir dans l'entreprise⁴¹.

Il s'agira pour nous, de procéder à un examen critique des mécanismes de protection de l'intérêt social institués par le législateur OHADA, afin de rendre compte de leur aptitude à atteindre l'objectif qui leur est assigné. Les mécanismes institués à cet effet seront analysés au regard de la « corporate governance ». Cela est d'autant plus intéressant, que la notion d'intérêt social, évolue, s'enrichit.

Il s'y ajoute que, la signification profonde de la « corporate governance » peut être dégagée à partir de l'opposition classique entre la société-contrat et la société-institution. C'est donc de la question de la finalité de l'exercice du pouvoir dans la société dont s'agit. En effet, un des aspects les plus importants de la modernisation du droit des sociétés OHADA est lié aux enjeux du pouvoir⁴² dans la société commerciale. De ce fait, l'articulation avec la « corporate governance » est intéressante en ce qu'elle se situe au cœur des différentes conceptions de l'intérêt social.

Aussi, aujourd'hui plus qu'hier, la procéduralisation de l'intérêt social a conduit le législateur à adopter une réglementation destinée à imposer aux sociétés non de prendre telle ou telle décision, mais d'encadrer la prise de décision pour que celle-ci ait plus de chance de correspondre à l'intérêt de la société.

Comme l'a si bien relevé un auteur⁴³, deux démarches se superposent aujourd'hui. La première très classique au terme de laquelle le législateur encadre la structure de la société en créant divers organes et en organisant de manière plus ou moins impérative leurs rapports et leurs pouvoirs. Les futures parties au contrat de société ont donc le choix de la forme sociétaire qui leur convient le mieux pour réaliser leur objectif, en principe invariable, la réalisation de bénéfices ou d'économies.

⁴¹ D. NECHELIS, « Le gouvernement d'entreprise », Droit des sociétés, novembre 2000, p.6.

⁴² Sur le pouvoir et le droit privé, V. SAKHO Abdoulaye, « Analyse substantielle et relation de pouvoir », en hommage à l'école niçoise de droit économique, Revue Internationale de Droit économique, 2013/4, p.545 à 555.

⁴³ Didier Poracchia, « Regard sur l'intérêt social », Revue des sociétés 2012 p.6.

À côté de ces règles « classiques », s'ajoute aujourd'hui un corps de normes privées⁴⁴ reconnues par le milieu économico-juridique environnant la société⁴⁵ qui, proposées aux sociétés, déterminent des normes comportementales et organisationnelles destinées à améliorer la gouvernance des sociétés en fixant un cadre « optimal » à la prise de décisions en faveur d'une création de valeur.

Il s'agit ici des règles rattachées au gouvernement d'entreprise⁴⁶, ensemble faisant « référence aux relations entre la direction d'une entreprise, son conseil d'administration, ses actionnaires et d'autres parties prenantes. Il détermine également la structure par laquelle sont définis les objectifs d'une entreprise, ainsi que le moyen de les atteindre et d'assurer une surveillance des résultats obtenus ».

L'intérêt d'un tel sujet ne fait aucun doute au regard de son actualité, quand on sait que le concept de la « corporate governance » est entré dans le droit OHADA par la grâce de la révision opérée en 2014 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales qui a fait le pari de la modernisation du droit des sociétés. L'un des aspects de cette modernisation étant lié aux enjeux de pouvoir ; dès lors quel est le meilleur équilibre possible des pouvoirs et des responsabilités au sein des entreprises. Comment faire, dans un contexte général actuel de plus grande transparence, pour que le rôle de l'associé (qui est propriétaire de la société par son apport au capital social) soit mieux valorisé face au pouvoir de management ? Comment faire pour que le contrôle (notamment la mission du commissaire aux comptes et son indépendance) soit mieux perçu ? Toute une série d'interrogations qui évoquent le « gouvernement d'entreprise » ou « corporate governance » dont les grands principes sont introduits dans la nouvelle version de l'Acte uniforme⁴⁷.

⁴⁴ Sur la juridicité de ces normes, V. Y. Paclot, « La juridicité du code AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées », *Rev. Sociétés* 2011. 395.

⁴⁵ Ce qui constitue la source de leur légitimité. Au demeurant, de nombreux codes de gouvernance existent lesquels ne s'adressent pas nécessairement aux mêmes sociétés. Ainsi, en France, le Code AFEP-MEDEF s'adresse-t-il plutôt aux sociétés cotées à actionnariat dispersé alors que le Code Middlednext, s'adresse plutôt aux entreprises moyennes cotées ayant le plus souvent un actionnariat de référence, mais aussi aux sociétés dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé et aux sociétés non cotées.

⁴⁶ Sur leur analyse et leur critique, V. Ph. Portier, « Gouvernance d'entreprise et relations actionnaires-dirigeants : vers de nouveaux paradigmes ? », *Mélanges Jeantet*, LexisNexis, 2010, p. 423. V. égal. *Étude du Parlement européen : Relations entre l'organe de surveillance des entreprises et le management*, 2012.

⁴⁷ Sur le gouvernement d'entreprise, V entre autres SAKHO Abdoulaye, « La bonne gouvernance d'entreprise », *Revue africaine de management*, n°1, février 2010, Dakar ; Conférence sur l'arrêté des comptes et la gouvernance d'entreprise pour le compte de KPMG, Dakar, Novembre 2015 ; Session de formation pour les administrateurs de SONATEL/Groupe Orange Afrique, Dakar Novembre 2015 ; SIDIBE Issa, « La gouvernance

En droit français, principale source d'inspiration du droit OHADA, la question qui se pose aujourd'hui est celle d'une nouvelle conception de l'entreprise et de la société avec la tentative de la réécriture des articles 1832 et 1833 du code civil. En effet, lors des débats sur la Loi MACRON pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, un amendement avait été proposé afin de compléter l'article 1833. L'amendement est ainsi intitulé : « la société doit être gérée aux mieux de son intérêt supérieur, dans le respect de l'intérêt général économique, social et environnemental » même si cet amendement fut rejeté lors d'une séance le 13 février 2015⁴⁸.

Mais quelques mois plus tard, dans un article publié dans le Monde le 16 novembre 2016, un aréopage de personnalités d'affaires et juristes, plaidant pour une « économie de marché responsable », a proposé la réécriture des articles 1832 et 1833 du code civil. Ainsi, l'article 1833 prévoirait, dans un style quelque peu amphigourique, que « toute société doit avoir un projet licite et être gérée dans l'intérêt commun des associés et des tiers prenant part, en qualité de salariés, de collaborateurs, de donneurs de crédit, de fournisseurs, de clients, ou autrement, au développement de l'entreprise qui doit être réalisé dans des conditions compatibles avec l'accroissement et la préservation des biens communs »⁴⁹.

Sur ce point, l'Acte Uniforme n'a pas manqué au rendez vous, car désormais, la société peut faire une attribution gratuite d'actions au profit des membres du personnel salarié ou de certaines catégories d'entre eux⁵⁰. Ainsi, les salariés peuvent devenir des associés et de ce fait, peuvent partir à « l'assaut du pouvoir pour non pas le conquérir mais en partager l'exercice »⁵¹. Comme l'a si bien souligné un auteur, « l'intégration des salariés dans l'actionnariat semble répondre à une volonté du législateur OHADA d'opter pour un intérêt social dont la vocation est la protection de la société »⁵².

On comprend donc, que le sujet loin d'être épuisé et est un sujet qui suscite encore et toujours d'intérêts pour la recherche scientifique.

des sociétés commerciales dans la Zone OHADA », Thèse de doctorat, Dakar ; BADJI Patrice, « OHADA et bonne gouvernance d'entreprise », Revue Ersuma n°2 mars 2013.

⁴⁸ BICHERON Frédéric, « L'influence de la RSE sur les notions d'entreprise et de la société », in Acte du colloque sur la RSE : regards comparés sénégalais et français, Presses Universitaires Dakar, éd.2018, p.77.

⁴⁹ Idem, n°40, p.77 à 78.

⁵⁰ Voir articles 626-1 et suivants de l'AUDSCGIE révisé ; NDIAYE Cheikh Abou Wakhab, « droit des sociétés de capitaux », harmattan-Sénégal, 2019, p.161.

⁵¹ SAKHO A., « Les groupes de société en Afrique. Droit, pouvoir et dépendance économique », KARTHALA-CRES, 2010, p.295.

⁵² NDIAYE Cheikh A. Wakhab, op.cit, p. 164.

Aussi, un autre intérêt qui se rattache au sujet est qu'aujourd'hui, de plus en plus, l'intérêt social s'enrichit, en s'étendant à l'intérêt général, par la prise en compte d'autres finalités. Il se pose aujourd'hui la question de la prise en compte par les entreprises des nouveaux buts, considérés comme étant des « buts monumentaux ».

En droit comparé par exemple, une proposition de loi pour la création d'une nouvelle forme de société à savoir la « société à mission » a été faite en France. C'est une forme bien connue en Belgique, sous l'appellation « société à finalité sociale », ou encore en Suisse, en Italie, au Royaume-Uni et aux Etats-Unis. C'est une société classique mais avec deux particularités : la première est qu'elle a un objet social étendu qui permet d'intégrer l'objectif social, environnemental, scientifique ou humain d'intérêt collectif. La seconde, est la mise en place d'un comité chargé d'exercer un contrôle sur la réalité de l'activité de la société, dans le but d'éviter un simple effet d'affichage⁵³.

Une telle démarche évoque une autre question, celle de la responsabilité sociale de l'entreprise dont les mérites ont suscité l'année dernière un colloque international d'une grande envergure⁵⁴. Il a été relevé avec beaucoup de pertinence à son propos que : « l'idée communément admise est que l'entreprise est tenue de répondre de l'ensemble des effets, à court et long termes, de ses actions sur la société et de s'assurer que ses pratiques sont en adéquation avec les attentes sociales actuelles, émergentes et futures »⁵⁵.

De ce fait, l'articulation avec la responsabilité sociale de l'entreprise loin d'être fortuite est intéressante. En effet, la RSE retentit sur la gouvernance des entreprises⁵⁶. L'une des branches de la gouvernance d'entreprise étant la prise en compte des parties prenantes ; ce qui renvoie à l'ensemble des acteurs externes et internes avec lesquels l'entreprise est en relation et sur lesquels son activité a un impact direct ou indirect⁵⁷.

⁵³ BICHERON Frédéric, « L'influence de la RSE sur les notions d'entreprise et de la société », in Acte du colloque sur la RSE : regards comparés sénégalais et français, Presses Universitaires Dakar, éd.2018, p.81.

⁵⁴ Colloque sur le thème : « La responsabilité sociale des entreprises (RSE) : regards comparés sénégalais et français », Dakar, avril 2018, sous la direction de : GAMET Laurent, NDIAYE Isaac Yankhoba, KANTE Alassane.

⁵⁵ NDIAYE Isaac Y., « Introduction à la responsabilité sociale de l'entreprise », in colloque précité, p.13.

⁵⁶ PH. LE TOURNEAU, « La responsabilité sociale des entreprises et le droit des affaires », dans F. G. Trébulle et O. Uzan (direction), « Responsabilité sociale de l'entreprise. Regards croisés Droit et gestion », Economica, 2011, p.253.

⁵⁷ C. NEAU-LEDUC, « La responsabilité sociale des entreprises : quels enjeux juridiques ?, Dr. Soc. 2006, p.10, cit par BADJI Patrice, in « L'attitude des législateurs nationaux et OHADA face à la RSE : Différence ou

Les législations nationales de certains Etats de l'espace OHADA comme le Sénégal, prennent en charge cette question de responsabilité sociétale de l'entreprise. Il n'est donc pas nécessaire de redéfinir la société commerciale comme en France, où une proposition de loi de décembre 2017 suggérait de compléter l'article 1833 par une phrase ainsi libellée : « la société est gérée conformément à l'intérêt de l'entreprise, en tenant compte des conséquences économiques, sociales et environnementales de son activité ». Il a été relevé avec justesse que : « cette nouvelle rédaction consacre ainsi la distinction entre l'intérêt des associés et l'intérêt de la société, qui est donc celui de l'entreprise, qui impose au dirigeant de tenir compte des conséquences économiques, sociales, environnementales de son activité »⁵⁸.

De ce fait, le prolongement direct en serait que la régularité d'une décision de gestion serait à apprécier au regard, d'une part, du respect de l'intérêt supérieur de l'entreprise, qui n'est pas celui des associés, d'autre part, de la conformité de l'activité au regard des conséquences économiques, sociales et environnementales⁵⁹. Ainsi, la protection de l'intérêt social devrait tenir compte de ce changement complet de paradigme. En effet, jusqu'alors, c'est le concept d'intérêt social qui servait de boussole et de jauge à l'action des dirigeants de société. Avec l'introduction des préceptes du gouvernement d'entreprise, les instruments de mesure se multiplient et il devient tout à fait légitime de se poser la question de savoir quelle est la place de l'intérêt social au regard des principes de la « corporate governance ».

D'une manière générale, de ce que les mécanismes institués par le législateur OHADA dans le cadre de la protection de l'intérêt social répondent en partie à la logique de gestion des conflits d'intérêts, il n'est pas superflu d'en décliner le contenu. En effet, toute société est fondamentalement une structure de partage du pouvoir et du profit : partage du pouvoir entre dirigeants et actionnaires, ainsi qu'entre actionnaires eux-mêmes ; partage du profit entre ces derniers. Cette structure tire sa force de l'intérêt commun de ses membres et sa faiblesse des conflits d'intérêts⁶⁰. Cet autre aspect de réflexion témoigne davantage de la pertinence du sujet et de l'ampleur de la tâche.

De ce fait, le terme « gestion » englobe aussi bien les techniques de prévention que celles de traitement.

similarité d'approche », in in Acte du colloque sur la RSE : regards comparés sénégalais et français, Presses Universitaires Dakar, éd.2018, p.115.

⁵⁸ BICHERON Frédéric, art.précit., p.78.

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ D. SCHMIDT, « *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme* », éd. JOLY (Pratique des affaires), 1999, p. 20 et s.

Quant à la notion de conflit d'intérêts, il s'agit selon le professeur François PASQUALINI, de « concept protéiforme et très diffus »⁶¹. Le concept de conflit d'intérêts peut se rattacher à une conception de l'intérêt général vu, entre autres, comme addition et équilibre d'intérêts particuliers⁶². On s'accordera au seuil de ces recherches à dire qu'il y a conflits d'intérêts dans une société commerciale, toutes les fois que deux ou plusieurs intérêts s'opposent, au point d'empiéter le fonctionnement normal de celle-ci. Il peut donc s'agir d'un conflit opposant l'intérêt de la société à celui d'un associé ou dirigeant, mais pas seulement. Cette définition est confortée par une autre selon laquelle : « il y a conflit d'intérêts en cas d'opposition entre l'intérêt social d'une part, et l'intérêt personnel de l'actionnaire ou du dirigeant social, d'autre part »⁶³.

On notera, pour mieux faire l'articulation, que la survenance d'un conflit d'intérêts suppose une contradiction entre les intérêts en présence et finalement le conflit apparaît lorsqu'une personne, actionnaire ou dirigeant se trouve en situation de choisir entre la satisfaction de l'intérêt social et celle de son intérêt personnel distinct. Le conflit d'intérêts naît lorsque l'utilisation de ces droits et pouvoirs sociaux est guidée par la recherche d'un profit personnel⁶⁴. De ce point de vue, les principes du gouvernement d'entreprise et notamment le principe de transparence et de l'information des actionnaires se trouvent sans doute au cœur de la prévention des conflits d'intérêts⁶⁵ parce qu'ils reposent sur un arbitrage dans les conflits d'intérêts⁶⁶ qui sont nés tout au long de la vie sociale et entravent le bon fonctionnement de la société.

La société commerciale quant à elle est définie comme : « un contrat entre deux ou plusieurs personnes, par lequel, elles conviennent 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 peut en résulter. Les associés s'engagent également à contribuer aux pertes dans les proportions prévues dans l'AUSCGIE. La société commerciale est créée dans l'intérêt des

⁶¹ Colloque du 18 octobre 2012, coordonnateur François PASCALINI, Centre Français de droit comparé, volume 15, « Les conflits d'intérêts : Fonction et Maîtrise », P. 14.

⁶² P.-F. CUIF, « Le conflit d'intérêts. Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », *RTcom.*, 2005, p. 2.

⁶³ D. SCHMIDT, « les conflits d'intérêts dans les sociétés anonymes », joly, éd. 2004, p.469

⁶⁴ D. SCHMIDT, « *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme* », éd. Joly (Pratique des affaires), 1999, p. 22.

⁶⁵ A. COURET, « La prévention des conflits d'intérêts- nouveau régime des conventions », *chron. RJDA* 04/02, p. 290, B. RAYNAUD « La prévention des conflits d'intérêts dans les sociétés pas actions », *JCP- La semaine juridique*, éd. E. n.10, 6 mars 2003, p. 402.

⁶⁶ M. STORCK, « *Le gouvernement d'entreprise à la française: évolutions récentes* », Cours DEA Droit des affaires, Univ. Strasbourg III, année univ. 2002-2003.

associés »⁶⁷. Il faut ajouter aussi, que la société commerciale peut être créée par une seule personne, appelée associé unique⁶⁸. L'intérêt commun des associés peut être analysé comme le prolongement de l'affectio societatis. Ainsi, lorsqu'en cours de vie sociale, le désintérêt des associés vis-à-vis de la société est manifeste, on peut songer à sa dissolution du fait de la disparition de l'affectio societatis.

Quant à la notion d'intérêt social, il convient tout simplement de retenir, qu'il est très souvent assimilé à l'intérêt commun des associés, même s'il convient cependant de les distinguer. En effet, après sa création, la société commerciale devient une entité juridique distincte des personnes qui l'ont créée. Elle a donc un intérêt social distinct de celui de ses membres.

Ainsi que nous l'avons dit, la notion d'intérêt social admet plusieurs acceptions. Pour certains auteurs, l'intérêt social est l'intérêt des associés⁶⁹. Pour d'autres, l'intérêt social devrait être entendu de façon large. S'identifiant à l'entreprise⁷⁰, il dépasse celui des associés, et s'étend aux salariés, clients, fournisseurs ou créanciers, l'Etat⁷¹.

Pour BERTREL, l'un des tenants de la théorie du « juste-milieu », qui prônent une conception mixte de l'intérêt social, l'appréciation de l'intérêt social suppose que l'on prenne en compte l'intérêt des associés et celui de la société⁷².

Cette diversité de conceptions de l'intérêt social est à la fois un facteur de difficulté mais aussi d'intérêt, en ce qu'il permet d'enrichir la réflexion.

Ainsi, s'agissant d'une notion dont l'appréciation est laissée au pouvoir souverain du juge du fond, une définition uniforme ne s'impose pas, mais qu'une orientation fondée sur des critères objectifs soit donnée. Un auteur⁷³ a pu relever que : « cet intérêt est d'ordre patrimonial : l'enrichissement, à savoir le partage des bénéfices, et le fait de profiter des

⁶⁷ Article 4 de l'AUSCGIE.

⁶⁸ Article 5 de l'AUSCGIE

⁶⁹ SCHMIDT D., « De l'intérêt social », Rev. Dr. Banc, et Bours., 1995, p.30 ; « De l'intérêt commun des associés », Rev. Dr. Banc, et Bours., 1994, p. 104.

⁷⁰ PAILLUSEAU, « les fondements du droit moderne des sociétés », J.C.P, Ed. G, 1984.1, n° 3148, J.C.P, Ed. E, 1986.14684.

⁷¹ COTIN R., Note sous C.A de Paris, 22 mai 1965 (FRUEHAUF), D. 1968 .147 et Chr. P.45.

⁷² BERTREL J.P, « la position de la doctrine sur l'intérêt social », Droit et Patrimoine, avril 1997, p. 42 à 47.

⁷³ Amadou FAYE, « L'égalité entre associés (Acte Uniforme sur le Droit des sociétés Commerciales et du G.IE) », p 13 ; ohadata, D-04-10, consultable sur www.ohada.com.

économies ». L'auteur réduit l'intérêt social à l'intérêt des associés. Alors qu'aujourd'hui, la question se pose de savoir s'il ne convient pas de dépasser cet objectif d'enrichissement, en y intégrant pour l'étendre, les préoccupations sociale, environnementale et écologique.

Sous le bénéfice de cette observation, on retiendra que la notion d'intérêt social qui doit être au centre de l'appréciation du juge en cas de conflits d'intérêts ou de dysfonctionnement de la société est d'une interprétation délicate puisque polysémique. Il s'y ajoute, que confrontés à l'absence de définition de l'intérêt social dans la loi, les tribunaux ont été contraints d'interpréter la norme en fonction des circonstances. Dès lors, l'appréciation de l'intérêt social n'est pas la même lorsque l'on est en présence d'un groupe de sociétés. Même si chacune des filiales dispose de l'autonomie juridique, les juges ont décidé de faire prévaloir la réalité du groupe en tant qu'entreprise sur l'existence de la personne morale qui s'attache à chacune des entités du groupe. Mais plus encore, la protection de l'intérêt social a fait l'objet d'une importante extension lorsque les juges ont mis en place des présomptions de culpabilité à l'encontre de dirigeants peu scrupuleux et lorsque, dans l'intérêt de l'entreprise, l'infraction a été rendue imprescriptible⁷⁴.

Il convient de souligner, que les mécanismes de protection de l'intérêt social en droit OHADA des sociétés commerciales ne sont pas seulement l'apanage de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. En effet, certains mécanismes de protection de l'intérêt social se trouvent logés dans les textes d'autres organisations communautaires telles l'UEMOA⁷⁵ voire dans d'autres Actes uniformes ou même dans des lois nationales non contraires.

Sur ce dernier point, il faut saluer la nouvelle réforme constitutionnelle du Sénégal de 2016⁷⁶. En effet, Sur le fondement du nouvel article 81 de la Constitution, « les commissions permanentes de l'Assemblée nationale peuvent entendre les directeurs généraux des établissements publics, des sociétés nationales et des agences d'exécution. Ces auditions et moyens de contrôle sont exercés dans les conditions déterminées par la loi organique portant Règlement intérieur de l'Assemblée nationale ». Même s'il est vrai, que cette disposition peut se justifier davantage par le fait que, l'Etat est l'actionnaire unique dans la société nationale et, que le souci de protection des capitaux publics recommande une telle mesure ; il n'en

⁷⁴ PEREIRA Brigitte, op.cit. p.9.

⁷⁵ Union Economique et Monétaire Ouest Africain.

⁷⁶ Loi constitutionnelle n°2016-10 du 5 avril 2016 portant révision de la Constitution.

demeure pas moins qu'elle a le mérite de consacrer une conception extensive de l'intérêt social.

Aussi, les associés peuvent-ils prévoir librement dans les statuts ou dans des conventions extra statutaires des mécanismes de nature à assurer une protection à l'intérêt de l'entité économique. Dans la même veine, la réforme de l'Acte Uniforme encourage les associés à recourir aux modes conventionnels de règlements des conflits notamment à l'arbitrage⁷⁷. Dans le même ordre d'idées, il faut aussi et surtout mentionner la possibilité offerte aux associés de recourir aux pactes d'actionnaires⁷⁸ ou encore de recourir aux codes de bonne conduite⁷⁹ qui peuvent constituer d'excellents instruments de protection de l'intérêt social en ce qu'ils permettent d'anticiper les solutions des conflits d'intérêts.

Mais cette liberté n'est pas sans limites : car « s'il apparaît souhaitable de permettre aux associés de choisir les règles relatives à l'organisation interne de la société, cette liberté trouve naturellement ses limites dès lors que sont en cause les intérêts de ceux qui sont en relation d'affaires avec la société, ou de ceux qui, bien qu'associés à un titre ou à un autre à l'entreprise commune, ne participent pas à sa direction effective... Il doit être clair, en outre, que l'élargissement des possibilités offertes aux fondateurs ne saurait conduire à la disparition de la structure minimale inhérente à la notion de société. Dans ces limites, le principe devrait être celui de la subsidiarité de la norme légale »⁸⁰.

Dans le même temps, l'Acte Uniforme a prévu des dispositions visant à assurer une protection au patrimoine de la société en sanctionnant s'il y a lieu, les décisions prises dans l'intérêt particulier d'un groupe au détriment de l'intérêt social. En effet, dans le cadre des conventions avec la société et pour prévenir le conflit d'intérêts, un compromis est trouvé en lieu et place d'une interdiction qui serait extrême, car certaines conventions sont utiles tant pour la société, que pour le dirigeant⁸¹. Aussi, l'Acte Uniforme prévoit-il en cas de conflit de nature à compromettre l'intérêt social une intervention judiciaire dont l'intensité varie suivant la situation.

⁷⁷ Article 148 de l'AUSCGIE

⁷⁸ Voir à cet égard l'article 2-1 de l'AUSCGIE révisé.

⁷⁹ Voir l'article 831-2 de l'AUSCGIE.

⁸⁰ J. PAILLUSSEAU, « La modernisation du droit des sociétés commerciales « Une reconception du droit des sociétés commerciales », Recueil Dalloz 1996 p.287.

⁸¹ Maurice COZIAN et autres, « Manuel droit des sociétés », lexisNexis SA, 20 édition, Paris 2007, 700p, p.207.

Comme cela a été souligné, la question de la protection de l'intérêt social se pose généralement dans le cadre de la gestion des conflits d'intérêts. A cet effet, il convient de dire que conflits de gestion et gestion des conflits d'intérêts ne se confondent pas. Il est vrai, qu'un conflit de gestion prend source généralement dans un conflit d'intérêts et que, les conflits d'intérêts naissent le plus souvent à l'occasion d'une gestion. Toutefois, un conflit d'intérêts peut naître indépendamment de toute gestion.

Dés lors, dans le cadre de cette étude consacrée à la protection de l'intérêt social dans la réforme du droit OHADA des sociétés commerciales, seront étudiées aussi bien les mécanismes de gestion des situations de conflits entre associés ou entre associés et organes sociaux d'une part, mais aussi en cas de conflit entre l'intérêt personnel d'un associé ou dirigeant social et celui de la société dont il est chargé de défendre, d'autre part.

Il est vrai que les mécanismes de protection de l'intérêt social institués par le législateur ont tantôt une vertu préventive, tantôt curative. C'est pourquoi, dans le cadre de cette étude, il sera distingué les mécanismes de protection de l'intérêt social dans des situations n'affectant pas la poursuite de l'activité sociale, d'une part. C'est le cas, le plus souvent lors des examens des comptes sociaux. En cette matière, l'Acte Uniforme confère un droit à l'information et un droit au contrôle aux associés⁸². On y voit une protection par prévention de l'intérêt social.

D'autre part, il y a des mécanismes de protection de l'intérêt social dans des situations susceptibles d'affecter la poursuite de l'activité sociale. La gestion de ces situations passe souvent par la nomination d'un administrateur provisoire ou d'un mandataire ad hoc ou encore par l'exclusion ou le retrait forcé d'un associé. Ces mesures visent à éviter, que la situation ne conduise à la dissolution de la société qui est la solution ultime. Il faut donc, autant que faire se peut, assurer une certaine protection à la société commerciale tant contre les associés, que contre les dirigeants de celle-ci. On peut y voir une protection de l'intérêt social par le traitement.

C'est pourquoi notre étude va aussi et surtout s'appesantir sur les règles de protection de la société elle-même. Il s'agit des règles tendant à assurer la transparence et la bonne gouvernance sociale. Ces règles intègrent certains préceptes de la « corporate governance ».

En définitive, et au regard de ce qui précède, on pourrait légitimement conclure à la délicatesse de l'appréciation de l'intérêt social. Aussi, entre l'intérêt social et l'intérêt

⁸² Voir par exemple les articles 157, 158, 159, 526 de l'AUSCGIE.

commun des associés, la frontière est assez mince. Il s'y ajoute que, l'intérêt commun des associés peut être appréhendé comme un prolongement de l'affectio societatis.

Aussi, certains mécanismes de protection de l'intérêt social peuvent-ils être prévus dans les statuts ou dans des conventions extra statutaires pour venir en renfort au dispositif législatif.

S'agissant des conventions avec la société, le caractère dissuasif des sanctions prévues est sujet à réflexion. Il s'y ajoute également que les montages financiers initiés par les sociétés de capital-risque ou les fonds d'investissement, ont pour conséquence de créer de nouveaux types de conflits d'intérêts, ainsi que la pratique d'intéressement des dirigeants au succès d'une opération de reprise de la société⁸³.

On peut conclure à l'existence dans la réforme de l'Acte uniforme des mécanismes de protection tant directe qu'indirecte de l'intérêt social, et qui, pour la plupart, sont issus de la « corporate governance ».

De ce point de vue, il est de bonne méthode de se poser cette question qui servira ensuite de pierre angulaire à notre réflexion: Avec le changement de paradigme, comment le législateur OHADA entend-t-il désormais préserver l'intérêt social ? Ce qui permettra de relever à la fois, si les mécanismes de protection de l'intérêt social dans la réforme du droit OHADA des sociétés commerciales sont satisfaisants, mais aussi l'appréhension qui en est faite de cette notion par le législateur. La réponse à la question sera recherchée au travers d'une analyse substantielle des différents mécanismes institués. Cela est d'autant plus intéressant, que la notion d'intérêt social s'enrichit de plus en plus, par la prise en compte d'autres considérations. Surtout en cette période où on se demande, si la société commerciale ne doit pas adjoindre à l'intérêt social, des nouveaux buts : tels que la lutte contre le terrorisme, le blanchiment des capitaux, la protection de l'environnement, etc.

La réponse à cette question revêt un intérêt particulier d'autant plus que, l'Acte Uniforme se veut être un instrument attractif aux yeux des investisseurs étrangers et locaux par la promotion de la sécurité juridique et judiciaire. Aussi, l'Acte uniforme entend-il promouvoir les règles relatives à la bonne gouvernance des entreprises par l'exigence de la transparence dans la gestion sociale et la protection des associés. Cela est d'autant plus important, que cette réponse sera apportée au regard des principes de la « corporate governance ».

⁸³ Maurice COZIAN, op.cit, p.279.

Il convient de mentionner, pour lever l'équivoque, que l'application des principes de la « corporate governance » aux sociétés non cotées ne fait aucun doute en droit français comme en droit OHADA. En effet, en France, la loi relative aux nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001⁸⁴ qui constitue en fait la première transposition des principes du gouvernement d'entreprise en droit français, ne fait aucune distinction entre sociétés cotées et sociétés non cotées mais tout à l'opposé, il s'agit d'un texte dont les dispositions, fortement inspirées des principes de la « corporate governance », s'appliquent, sauf quelques exceptions, à toutes les sociétés anonymes, cotées ou non cotées.

Il en est ainsi en droit OHADA des sociétés commerciales où seules quelques dispositions sont spécifiques aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé⁸⁵, et qui, du reste ne sont pas toutes relatives à la « corporate governance ». Car une bonne pratique du gouvernement d'entreprise doit viser toutes les sociétés commerciales que les titres soient admis aux négociations sur un marché réglementé ou non. En effet, le bon fonctionnement des sociétés non cotées passe aussi par la transparence, l'information et la protection des actionnaires. Toute chose qui contribue à la protection de l'intérêt social. De ce fait, la question de la mise en œuvre de la « corporate governance » aux sociétés non cotées se pose indéniablement.

Par ailleurs, d'un point de vue théorique, les atteintes portées à l'intérêt social dans une société commerciale peuvent être de nature à compromettre l'activité économique et entraîner la dissolution de l'entité. Aussi, faut-il des règles claires, précises et adaptées au contexte des sociétés commerciales africaines. Dans la même veine, l'acuité avec laquelle se posent les situations d'atteinte à l'intérêt social commande à ce que des nouvelles pistes de réflexion soient explorées.

Ensuite, d'un point de vue pratique, les personnes chargées de mettre en œuvre les différents mécanismes de protection de l'intérêt social doivent avoir une certaine maîtrise des subtilités liées à la vie des affaires. Aussi, allons-nous vers une sorte de magistrature économique. La société commerciale n'est plus ce qu'elle était, de l'affaire des associés, elle est devenue une chose publique dont la préservation est nécessaire pour l'économie. Seulement, il ne faut pas occulter que cette dernière reste une émanation de la volonté des associés dont les intérêts se doivent également d'être protégés.

⁸⁴ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, dite NRE.

⁸⁵ Il s'agit du titre III relatif aux dispositions spécifiques aux sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne, soit les articles 823 à 853 de l'AUSCGIE révisé.

En définitive, il convient de noter que la création d'une société commerciale suppose le rapprochement d'intérêts patrimoniaux distincts. Ainsi, comme en toute matière supposant le rapprochement d'intérêts patrimoniaux distincts, s'y pose dès l'origine, la question de l'organisation du rapport ainsi créé. Comme on l'a pu écrire à juste titre : « si les questions préalables à l'union entre actionnaires sont, le plus souvent résolues, dans un climat de relative harmonie, les difficultés essentielles surgissent, dès lors que la relation doit s'inscrire dans une certaine durée »⁸⁶.

Il est vrai, comme cela a été dit, que les associés ont souvent l'habitude de prévoir soit dans les statuts, soit dans des conventions extra statutaires, des modes conventionnels de résolution des conflits en vue de préserver la stabilité de l'actionnariat. Toutefois, il est aujourd'hui constant que les modes conventionnels sont souvent mal utilisés et s'avèrent inefficaces. En effet, « les incidents de fonctionnement interne ont le plus souvent, à leur origine, un conflit plus moins aigu. Les exemples ne manquent pas : deux groupes devenus antagonistes bloquent toute décision qui permettrait de reconstituer le conseil d'administration ; les dirigeants refusent pendant des très nombreuses années, la distribution des dividendes, se rémunérant grâce aux jetons de présence ou à des salaires substantiels que leur procure leur contrat de travail ; ou encore un actionnaire disposant d'une minorité de blocage en assemblée générale extraordinaire, interdit toute modification statutaire, pourtant indispensable à la survie de la société »⁸⁷.

Dans des telles conditions, la crise peut être de nature à paralyser les organes de gestion et entraîner par cela seul, un dysfonctionnement de la société commerciale. Le plus souvent, le conflit ne peut se résoudre que par une intervention extérieure. Tantôt, les associés, par un compromis, recourent à un arbitre, tantôt par voie de requête saisissent le juge de la juridiction compétente afin de dénouer la situation. Justement, cette intervention du juge est parfois mal vue dans le milieu des affaires. En effet, les investisseurs sont réticents à l'immixtion judiciaire dans leurs affaires. Pourtant, l'Acte Uniforme consacre aujourd'hui de façon expresse l'administration provisoire⁸⁸ à côté du mandat ad hoc. Aussi, assiste-on à une judiciarisation des affaires sociales, en permettant aux protagonistes de saisir le juge pour la résolution de certains conflits.

⁸⁶ Julien-Coomlan HOUNKPE, « Pactes d'actionnaires et prévention des conflits dans la société anonyme de l'espace OHADA », ohadata, p. 1, D-11-100, consultable sur www.ohada.com,

⁸⁷ Idem

⁸⁸ Article 160-1 et suivants de l'AUSCGIE

Il s'y ajoute aussi, que l'appréciation de l'intérêt social s'avère difficile et ne saurait se faire qu'au cas par cas. Ainsi, lorsque les associés ont stipulé des clauses d'exclusion ou de retrait forcé, l'appréciation des justes motifs par le juge doit tenir compte soit de l'intérêt de la société, soit de celui de l'intéressé. On donnera ces quelques hypothèses posées par P. DEMOULIN⁸⁹:

Dans le cadre de l'action en exclusion, le critère est celui du comportement de nature à nuire aux intérêts de la société, au point tel que la qualité d'associé ne puisse être davantage conservée.

A l'inverse, les justes motifs pris en considération dans le cadre d'une procédure en retrait forcé sont examinés sous l'angle de l'intérêt de l'associé demandeur.

Dans l'hypothèse d'actions croisées, le juge examinera quel est l'associé dont le maintien servira le plus les intérêts de la société et assurera la continuité de celle-ci.

Ensuite, bien que la réforme de l'Acte Uniforme s'inscrive dans une logique de protection de l'entité économique, une mauvaise interprétation de ses dispositions peut conduire au résultat inverse.

Il est donc impérieux, que l'utilisation des modes conventionnels soient davantage encouragée et bien encadrée, afin d'éviter, autant que faire se peut, une intervention judiciaire qui risquerait d'être excessive. Il faut donc, selon l'expression de GUINCHARD Serge⁹⁰, une « déjudiciarisation des rapports sociaux ».

Aussi, faut-il encourager les sociétés commerciales à recourir aux codes de bonne conduite, comme c'est le cas dans certains pays comme le Sénégal⁹¹. Des telles dispositions permettront non seulement d'assurer la stabilité de l'actionnariat, mais aussi et surtout une protection efficace à la société elle-même. Encore faut-il ramener le débat sur la valeur juridique des codes de bonne conduite.

Dans le cadre des conventions avec la société, il est utile de constater que l'Acte Uniforme, comme en droit français, vise à assurer une protection efficace au patrimoine social. Ainsi, le

⁸⁹ DEMOULIN Pierre, « Conflits entre associés (exclusion et retrait) », p.2, consultable sur : Ordre des avocats du barreau de Liège : Espace entreprises- <http://entreprise.barreaudeliège.be> –Décembre 2010.

⁹⁰ In « l'évitement du juge civil, les transformations de la régulation juridique », Dalloz, 2001.

⁹¹ Voir le code de gouvernance des entreprises, 2011, Institut Sénégalais des Administrateurs, notamment à la page 7, d-.

législateur a prévu des mesures à cet effet, tant à l'égard des dirigeants, qu'à l'égard des actionnaires. On citera : interdiction, communication ou contrôle des conventions passées entre le dirigeant et la société, responsabilité pénale encourue en cas d'abus des biens, du crédit, du pouvoir ou des voix, procédure de vérification des avantages particuliers, privation des droits de vote, etc.

La mise en place de ces mesures doit être explorée à la lumière de la jurisprudence afin de poser les jalons d'une nouvelle réflexion quant à leur perfectibilité.

Pour se faire, il serait intéressant de combiner la démarche analytique du sujet avec l'approche dynamique.

D'abord, nous allons procéder à l'étude des dispositions de l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE. A cet effet, nous allons minutieusement scruter les différentes dispositions relatives à la protection de l'intérêt social en mettant à part, celles instituant des mécanismes de protection indirecte, et d'autre part, celles instituant des mécanismes de protection directe. Dans la même veine, la protection de l'intérêt social pouvant être atteinte par des stipulations statutaires ou extra statutaires, nous examinerons les conditions de validité et les effets de ces stipulations conventionnelles en rapport avec l'impératif de protection de l'intérêt social.

Ensuite, nous examinerons les décisions de justice ayant fait application de ces dispositions, ainsi que les sentences arbitrales. Une telle démarche nous permettra de voir l'adéquation/l'inadéquation entre ce qui est prévu et ce qui est réellement. Cette comparaison de ce qui est prévu, avec ce qui est pratiqué, permettra de poser les jalons d'une nouvelle réflexion sur les mécanismes de protection de l'intérêt social en droit OHADA des sociétés commerciales en vue d'une éventuelle amélioration.

Enfin, le détour au droit comparé sera un passage obligé notamment le droit de la « corporate governance ». A travers cette méthode, il sera procédé à une étude comparative des différentes législations afin d'en tirer une conclusion. Cela est d'autant plus intéressant que le débat aujourd'hui, est celui de la reconfiguration de la notion d'intérêt social notamment par la prise en compte d'autres dimensions, que le seul partage des bénéfices entre associés. Le long terme devant l'emporter sur le court terme au nom de la pérennisation des sociétés commerciales par la prise en compte des intérêts des parties prenantes.

De ce fait, cette étude ne se limitera pas à une analyse descriptive consistant à présenter les mécanismes de protection de l'intérêt social en droit OHADA des sociétés commerciales. Loin s'en faut, elle consistera plutôt, à les analyser au regard de la « corporate governance » et à la lumière de la jurisprudence et de la pratique, afin de tracer une nouvelle piste de réflexion pouvant conduire à une réforme plus ou moins satisfaisante. En effet, il faut se garder de proposer des réformes sans tenir compte des réalités économique et sociale ou juste par pur réflexe de réformer.

De ce fait, il convient de souligner que l'examen des dispositions de l'AUSCGIE révisé permet de relever d'une part, **les mécanismes de protection indirecte de l'intérêt social (Première partie)**, et d'autre part, **les mécanismes de protection directe de l'intérêt social (Deuxième partie)** dont l'examen critique au regard de la « corporate governance » permettra d'en jauger l'efficacité.

Partie I : Les mécanismes de protection indirecte de l'intérêt social

En vue d'assurer la protection de l'intérêt social dans les sociétés commerciales, le législateur OHADA a institué divers mécanismes. Ces mécanismes s'inspirent pour la plupart des principes de la « corporate governance ». Les principes de la « corporate governance » permettent, à travers la transparence de gestion sociale qu'ils prônent, de protéger le plus en amont possible l'intérêt social. En consacrant ces principes dans l'Acte Uniforme, le législateur OHADA a entendu conférer un caractère légal à ces derniers.

On peut affirmer que la protection de l'intérêt social en droit OHADA est essentiellement fondée sur des mécanismes légaux. Toutefois, il faut relever à la suite de la réforme de l'Acte Uniforme, la volonté du législateur OHADA à prôner des mécanismes volontaristes ou conventionnels, qui tous contribuent ne ce serait-ce qu'indirectement à protéger l'intérêt social.

Dans le cadre de cette partie, nous essayerons de démontrer tout d'abord que la protection de l'intérêt social en droit OHADA est essentiellement fondée sur des mécanismes légaux (Titre I).

Ensuite, nous examinerons dans un second titre, la reconnaissance par le législateur OHADA des mécanismes de protection de l'intérêt social volontaristes ou conventionnels (Titre II)

Titre I : Une protection essentiellement fondée sur des mécanismes légaux

Pour assurer la protection de l'intérêt social dans les sociétés commerciales, le législateur OHADA a mis en place des mécanismes légaux. Avant la réforme de 2014, il a été fait grief à l'Acte Uniforme d'avoir institué des mécanismes peu adaptés et du reste, inefficaces en ce qu'ils ne prenaient pas en charge tous les aspects de l'intérêt social, notion à géométrie variable, élastique et souvent difficilement saisissable. Prenant en compte cette réalité, le législateur OHADA a consacré dans l'Acte Uniforme révisé certains principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE⁹², donnant ainsi un caractère légal à ce qui n'était en réalité qu'une simple recommandation dépourvue en principe de toute juridicité.

En scrutant parcimonieusement les dispositions de l'Acte Uniforme révisé, on peut constater que, les mécanismes de protection de l'intérêt social en droit OHADA obéissent à une logique participative, en donnant aux associés les moyens d'assurer par eux-mêmes la protection de l'intérêt social d'une part, et d'autre part, à une logique de protection du patrimoine de la société commerciale en tant qu'entité économique dotée de la personnalité juridique distincte de celle des associés, et dont l'intérêt ne doit pas être confondu avec celui de ces derniers.

La démarche du législateur, pragmatique à divers égards, consiste ainsi à renforcer les droits des associés dans la société commerciale et d'assurer en même temps une protection au patrimoine de cette dernière. Cette démarche permet en effet, d'apporter à l'intérêt social une protection efficace.

⁹² Organisation de Coopération et de Développement Economiques, créée par la Convention de Paris signée le 14 décembre 1960 et entrée en vigueur le 30 septembre 1961. Elle a pour objectif de promouvoir des politiques visant :

- à réaliser la plus forte expansion de l'économie et de l'emploi et une progression du niveau de vie dans les pays membres, tout en maintenant la stabilité financière, et à contribuer ainsi au développement de l'économie mondiale ;

- à contribuer à une saine expansion économique dans les pays membres, ainsi que les pays non membres, en voie de développement économique ;

- à contribuer à l'expansion du commerce mondial sur une base multilatérale et non discriminatoire conformément aux obligations internationales. Les pays membres originaires de l'OCDE sont : l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, le Canada, le Danemark, l'Espagne, les États-Unis, la France, la Grèce, l'Irlande, l'Islande, l'Italie, le Luxembourg, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal, le Royaume-Uni, la Suède, la Suisse et la Turquie. Les pays suivants sont ultérieurement devenus membres par adhésion aux dates indiquées ci-après : le Japon

(28 avril 1964), la Finlande (28 janvier 1969), l'Australie (7 juin 1971), la Nouvelle-Zélande (29 mai 1973), le Mexique (18 mai 1994), la République tchèque (21 décembre 1995), la Hongrie (7 mai 1996), la Pologne (22 novembre 1996), la Corée (12 décembre 1996) et la République slovaque (14 décembre 2000). La Commission des Communautés européennes participe aux travaux de l'OCDE (article 13 de la Convention de l'OCDE).

Pour ce faire, le législateur a tout d'abord entendu renforcer la transparence dans la gestion sociale par la consécration des principes du gouvernement d'entreprise (Chapitre I).

Ensuite, le législateur OHADA a institué des mécanismes de protection du patrimoine de l'entreprise regardée comme une entité économique (Chapitre II).

Chapitre I : La consécration des principes de la gouvernance d'entreprise relatifs à la transparence de gestion

Comme cela a été souligné, le gouvernement d'entreprise, traduction en français du concept anglo-saxon de la « corporate governance » est selon Adrian Cadbury, « le système par lequel les sociétés sont dirigées et contrôlées »⁹³. En d'autres termes, le gouvernement d'entreprise renvoie au pouvoir dans la société.

La « corporate governance » a des enjeux, et le législateur OHADA en a pris conscience en intégrant certains principes dans l'Acte Uniforme révisé. Il s'agit essentiellement des dispositions visant à assurer un rééquilibrage des pouvoirs entre les différents organes de la société commerciale, ainsi que celles relatives à l'amélioration des informations des associés. En effet, mieux informés, les associés pourront efficacement contribuer à la protection de l'intérêt social.

Il convient de rappeler que, le débat sur les enjeux de la « corporate governance » n'est pas neuf. En effet, le doyen Ripert, dans son ouvrage « *Aspects juridiques du capitalisme moderne* », constatait en 1951 que : « la conception démocratique de la société n'a pas résisté aux nécessités économiques. Elle s'est défendue un certain temps par cette considération que la société est créée sur une base contractuelle. Mais à mesure que l'idée institutionnelle s'est affirmée, la fragilité en est apparue plus grande. Comment admettre pratiquement le gouvernement direct par le peuple lorsqu'il s'agit de questions techniques ou financières ? Quelle compétence peut bien avoir l'assemblée générale pour approuver le bilan, fixer le dividende, constituer des réserves, décider d'un emprunt obligataire et, à plus forte raison, modifier les statuts, augmenter ou réduire le capital, racheter les parts ? En fait, la décision de l'assemblée est une approbation aveugle de la décision préalable du conseil d'administration.... Les actionnaires sont résignés à ne rien comprendre, à ne rien savoir. Ils se fient aux administrateurs. Le régime démocratique des sociétés aboutit au triomphe d'une petite minorité de capitalistes »⁹⁴.

⁹³ Sir Adrian CADBURY, Intervention du 25 oct. 1994 lors du séminaire « La corporate governance, actionnaires, administrateurs, dirigeants : objectifs, pouvoirs et responsabilités », Les Echos Conférences, p. 5.

⁹⁴ Georges RIPERT, « Aspects juridiques du capitalisme moderne », LGDJ 1951, réédition LGDJ 1992, n° 42, p. 98 à 101.

Mais au-delà de cette remarque du Doyen Ripert, il faut dire que les principes de la bonne gouvernance permettent d'assurer une transparence dans la gestion sociale et par voie de conséquence d'assurer une protection de l'intérêt social.

Ainsi, dans ce chapitre, nous allons examiner la protection de l'intérêt social à travers les mécanismes de la « corporate governance » visant à assurer la transparence dans la gestion sociale.

Pour ce faire, il faut mentionner que le législateur OHADA a institué des mécanismes visant à renforcer la transparence dans la gestion sociale tout en renforçant les mécanismes de contrôle des comptes sociaux.

Nous examinerons d'une part, l'exigence de la transparence dans la gestion sociale (Section I), avant de voir le renforcement du contrôle des comptes sociaux (II).

Section I : L'exigence de la transparence dans la gestion sociale

Avec le nouvel Acte Uniforme, la transparence dans la gestion sociale a été considérablement renforcée. Cette transparence est perceptible si l'on scrute d'une part, le renforcement du droit à l'information des associés (Paragraphe I) et d'autre part, l'amélioration du droit de contrôle des associés (Paragraphe II).

Paragraphe I : Le renforcement du droit à l'information des associés

L'amélioration de l'information des associés passe d'abord par une reconnaissance de principe aux associés du droit de participer aux votes des décisions collectives. En effet, l'un des principes fondamentaux de la « corporate governance » précise que : « un régime de gouvernement d'entreprise doit protéger les droits des actionnaires et faciliter leur exercice »⁹⁵.

C'est dans ce sens que l'article 125 de l'AUSCGIE révisé dispose que: « sauf disposition contraire du présent Acte uniforme, tout associé a le droit de participer aux votes des décisions collectives ». Il va sans dire que les associés peuvent à l'occasion de l'exercice de leur droit de vote requérir toute information en vue de prendre connaissance de la gestion sociale. Même si aucune disposition générale ne consacre de manière expresse le droit à l'information des associés, il n'en demeure pas moins que, ce droit est une exigence reconnue et consacrée dans certaines dispositions particulières.

Ainsi, dans la société à responsabilité limitée par exemple, en reliant bout à bout les dispositions de l'article 344 et celles de l'article 345 de l'AUSCGIE, on s'aperçoit que les associés disposent d'un droit permanent à l'information sur les affaires sociales ainsi qu'un droit de communication. L'allié naturel du droit de vote, le droit à l'information éclaire l'exercice du premier par les associés.

Aux termes de l'article 344 de l'AUSCGIE révisé : « les associés ont un droit d'information permanent dans les affaires sociales. Préalablement à la tenue des assemblées générales, ils ont en outre un droit de communication ».

De ces dispositions combinées, on y verra une information constante (A), même si elle est susceptible d'amélioration (B).

⁹⁵ Principe II de l'OCDE, « droits des actionnaires et principales fonctions des détenteurs des capitaux », 2004, p.18.

A- Une information constante

Le droit à l'information conditionne l'exercice du droit de vote, droit fondamental des associés. De ce point de vue, la méconnaissance du droit à l'information à l'associé conduirait à l'empêcher d'exercer efficacement son droit de vote. On relèvera que les dispositions particulières de l'Acte Uniforme renforcent cette information des associés, gage de transparence, et indispensable à la protection de l'intérêt social. En effet, la possibilité offerte aux associés de prendre connaissance des documents et pièces comptables lorsqu'ils le souhaitent, a cet avantage, de permettre un contrôle le plus en amont possible d'éventuels empiètements à l'intérêt social.

1- Les dispositions relatives à l'information des associés

Les dispositions qui traitent de cette question sont nombreuses et éparées. Ainsi, pour les sociétés en nom collectif, c'est l'article 289 qui dispose in fine que : « les associés non gérants ont le droit de consulter, au siège social, deux (2) fois par an, tous les documents et pièces comptables ainsi que les procès verbaux des délibérations et des décisions collectives. Ils ont le droit d'en prendre copie à leurs frais ».

Aussi, cette exigence est-elle inscrite à l'article 307 concernant les sociétés en commandite simple en ces termes : « les associés commandités et les associés commanditaires non gérants ont le droit, deux (2) fois par an, d'obtenir communication des livres et documents sociaux et de poser par écrit des questions sur la gestion sociale, auxquelles il doit être également répondu par écrit ». Il faut constater que cet article, ne précise pas le régime de communication des documents d'où, on peut se demander si le principe est celui de la quérabilité ou de la portabilité des informations. A notre avis, le principe est celui de la quérabilité de l'information, même si certains auteurs⁹⁶ estiment que : « la communication de documents est un procédé qui rend l'information portable et non quérable ».

En ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée, l'article 344 de l'AUSCGIE pose le principe selon lequel : « les associés ont un droit d'information permanent sur les affaires sociales. Préalablement à la tenue des assemblées, ils ont en outre un droit de communication ». Le droit de communication dont s'agit ici, porte sur les états financiers de synthèse de l'exercice et le rapport de gestion établis par le gérant, sur le texte des résolutions

⁹⁶ TSOPBEING Marcel Williams, « l'information des associés, une exigence fondamentale du droit des sociétés OHADA », in Penant n°892, juillet-septembre 2015, p.305.

proposées et, le cas échéant, sur le rapport général du commissaire aux comptes ainsi que sur le rapport spécial du commissaire aux comptes relatif aux conventions intervenues entre un gérant ou un associé⁹⁷. Le droit de communication implique le droit pour l'associé de poser des questions au gérant auxquelles ce dernier est tenu de répondre au cours de l'assemblée générale⁹⁸.

Le droit de communication des documents se trouve en outre renforcé dans les SARL, où l'associé peut, en toute époque, obtenir copie des documents relatifs aux trois (3) derniers exercices⁹⁹. En effet, l'associé peut, quand il le souhaite obtenir communication des documents sans périodicité. Il faut cependant relever à cet égard, que le législateur ne précise pas si la copie des documents est aux frais de l'associé ou de la société. Enfin, comme dans les sociétés précitées, l'associé non gérant d'une SARL peut aussi, deux (2) fois par exercice, poser par écrit des questions au gérant, sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation avec cette particularité, la réponse du gérant devant être communiquée au commissaire aux comptes¹⁰⁰. Comme cela a été relevé à juste titre, « l'obligation de communiquer une copie des documents destinés aux associés au commissaire aux comptes a un rôle dissuasif à l'égard des dirigeants sociaux. Le simple fait de savoir que les informations destinées aux associés sont vérifiées par le commissaire aux comptes pourrait les contraindre à fournir des informations fiables »¹⁰¹.

En ce qui concerne la SA, le principe de communication des documents est posé à l'article 525 de l'AUSCGIE révisé qui reconnaît à tout actionnaire, le droit soit par lui-même, soit par mandataire qu'il a nommé désigné pour le représenter à l'assemblée générale de prendre connaissance de certains documents au siège social¹⁰². Le nombre important des documents concernés ainsi que leur nature témoignent de la volonté du législateur OHADA à assurer une large transparence dans la gestion et une prévention efficace d'éventuels empiètements à l'intérêt social. Ce droit de communication s'exerce à l'occasion des assemblées générales

⁹⁷ Article 345 alinéa 1^{er} de l'AUSCGIE révisé.

⁹⁸ Alinéa 3 de l'article 345 de l'AUSCGIE révisé.

⁹⁹ Article 345 alinéa 6 de l'AUSCGIE révisé.

¹⁰⁰ Alinéa dernier de l'article 345 de l'AUSCGIE révisé.

¹⁰¹ Marcel Williams TSOPBEING, « l'information des associés, une exigence fondamentale du droit des sociétés OHADA », in Penant 892, juillet-septembre 2015, p.322.

¹⁰² Les documents dont s'agit sont énumérés à l'article 525 de l'AUSCGIE révisé. Il s'agit entre autres de l'inventaire, des états financiers de synthèses, de la liste des administrateurs lorsqu'un conseil d'administration a été constitué, les rapports du commissaire aux comptes ou du conseil d'administration, du montant global certifié par les commissaires aux comptes des rémunérations versées aux dix ou cinq dirigeants sociaux et salariés les mieux rémunérés....

ainsi que le précise l'article 525 précité. Sur la question de savoir si l'énumération de l'article 525 est simplement indicative ou exhaustive, il a été jugé qu'il s'agit d'une « énumération exhaustive »¹⁰³.

Quant à l'article 526 de l'AUSCGIE révisé, il reconnaît à tout actionnaire, deux fois par exercice, le droit de poser par écrit des questions au dirigeant social sur tous faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. La réponse du dirigeant est communiquée au commissaire aux comptes.

Ainsi, cet article consacre un droit de communication permanent aux actionnaires. En effet, cet article reconnaît à tout actionnaire, à toute époque de prendre connaissance et copie des documents énumérés à l'alinéa 2. Parmi les documents visés, on peut citer en ce qui intéresse la protection de l'intérêt social : notamment, les conventions réglementées conclues par la société. Si ces droits sont bien exercés par les associés, ils leur permettront sans nul doute de contrôler la gestion sociale des dirigeants, et de participer à une protection efficace de l'intérêt social.

En effet, en matière d'états financiers de synthèse annuels et affectation du résultat, il est précisé que : « à la clôture de chaque exercice, le gérant ou le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, établit et arrête les états financiers de synthèse conformément aux dispositions de l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises »¹⁰⁴. Les états financiers de synthèse annuels sont ainsi soumis à l'approbation des associés conformément à l'article 138. En effet, le gérant, le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, établit un rapport de gestion dans lequel il expose la situation de la société durant l'exercice écoulé, son évolution prévisible, les événements importants survenus entre la date de clôture de l'exercice et la date à laquelle il est établi et, en particulier, les perspectives de continuation de l'activité, l'évolution de la situation de trésorerie et le plan de financement. Sont inclus dans les états financiers, un état des cautionnements, avals et garanties données par la société ainsi qu'un état des sûretés réelles consenties par la société¹⁰⁵.

Le dispositif mis en place par le législateur permet aux associés de prendre des décisions éclairées sur la gestion sociale. L'article 140 milite dans le sens du renforcement de cette

¹⁰³ TPI Yaoundé, ordonnance de référé n°494/0 du 6 février 2001 : inédit.

¹⁰⁴ Article 137 de l'AUSCGIE révisé.

¹⁰⁵ Article 139 de l'AUSCGIE révisé.

information en disposant que : « dans les sociétés anonymes, les sociétés par actions simplifiées et, le cas échéant, dans les sociétés à responsabilité limitée, les états financiers de synthèse annuels et le rapport de gestion sont adressés aux commissaires aux comptes quarante-cinq (45) jours au moins avant la date de l'assemblée générale ordinaire ». On remarquera que, la communication du rapport à un expert de gestion constitue une garantie supplémentaire à la bonne information des associés. L'alinéa 2 du même article est venu préciser que : « ces documents sont présentés à l'assemblée générale de la société statuant sur les états financiers de synthèse qui doit obligatoirement se tenir dans les six (6) mois de la clôture de l'exercice ». En outre, l'article 141 fait obligation au dirigeant de signaler dans le rapport de gestion et, le cas échéant dans celui du commissaire aux comptes, toute modification dans la présentation des états financiers de synthèse ou dans les méthodes d'évaluation, d'amortissement ou de provisions conformes au droit comptable.

Ainsi, le renvoi à l'Acte uniforme relatif au droit comptable et à l'information financière permet de relever l'obligation faite aux sociétés commerciales de tenir une comptabilité qui satisfait au respect de la convention de prudence, aux obligations de régularité, de sincérité et de transparence inhérentes à la tenue, au contrôle, à la présentation et à la communication des informations qu'elles ont traitées¹⁰⁶. La régularité et la sincérité des informations regroupées dans les états financiers de synthèse annuels de l'entité résultent d'une description adéquate, loyale, claire, précise et complète des événements, opérations et situations se rapportant à l'exercice¹⁰⁷. L'application correcte du système comptable OHADA est ainsi une condition de la régularité des états financiers de synthèse annuels¹⁰⁸.

L'information des associés, outre les données qu'elle apporte, constitue une base permettant d'établir une partie des éventuelles irrégularités commises au nom de la société. Il s'y ajoute, que l'Acte uniforme révisé a diversifié davantage ces procédés d'informations avec l'introduction des technologies de l'information et de communication. Ainsi, un associé peut être informé de la tenue d'une réunion par courrier électronique¹⁰⁹. De même, l'article 133-2 donne la possibilité aux associés de participer à une assemblée à distance par visioconférence ou d'autres moyens de communication permettant l'identification du concerné.

¹⁰⁶ Article 3 de l'Acte uniforme relatif au droit comptable et à l'information financière du 1^{er} janvier 2017.

¹⁰⁷ Article 9 alinéa 1^{er} de l'AUC/IF.

¹⁰⁸ Article 10 de l'AUC/IF.

¹⁰⁹ Voir à cet égard les articles 286, 303 al.2 et 3, 338 al.1, 518 al.3 de l'AUSCGIE.

On relève aisément dans ce dispositif mis en place par le législateur OHADA, une prise en compte des principes de la « corporate governance » notamment le principe II de l'OCDE selon lequel : « les droits élémentaires des actionnaires doivent comprendre le droit : 1) de bénéficier de méthodes fiables d'enregistrement de leurs titres ; 2) de pouvoir céder ou de transférer des actions ; 3) d'obtenir en temps opportun et de façon régulière des informations pertinentes et significatives sur la société ; 4) de participer et de voter aux assemblées générales des actionnaires ; 5) d'élire et de révoquer les administrateurs ; et 6) d'être associés au partage des bénéfices de la société »¹¹⁰.

Quant au point C de ce principe, il précise que : « les actionnaires doivent avoir la possibilité de participer effectivement et de voter aux assemblées générales des actionnaires et d'être informés du règlement de ces assemblées, notamment des procédures de vote : 1. Les actionnaires doivent avoir accès en temps opportun à des informations suffisantes concernant la date, le lieu et l'ordre du jour des assemblées générales, ainsi qu'à des informations complètes sur les décisions devant être prises lors de l'assemblée générale. 2. Les actionnaires doivent avoir la possibilité, dans des limites raisonnables, de poser des questions au conseil d'administration, y compris des questions relatives à la révision annuelle des comptes effectuée par des auditeurs externes, de faire inscrire des points à l'ordre du jour des assemblées générales et de proposer des résolutions. 3. Il convient de faciliter la participation réelle des actionnaires aux grandes décisions relevant du gouvernement d'entreprise, notamment la nomination et l'élection des administrateurs. Les actionnaires doivent pouvoir faire entendre leur opinion sur la politique de rémunération des administrateurs et des principaux dirigeants. La composante en actions de la rémunération des administrateurs et des salariés doit être soumise à l'approbation des actionnaires. 4. Les actionnaires doivent pouvoir exercer leur droit de vote personnellement ou *in absentia*, et les votes ainsi exprimés doivent avoir la même valeur ». La violation de ces dispositions est sanctionnée.

2- Les sanctions du non respect des règles relatives à l'information des associés

Pour corroborer le tout, le législateur OHADA a prévu des sanctions en cas de non respect des règles relatives à l'information des associés. Il s'agit d'une part, des sanctions civiles, et d'autre part, des sanctions pénales voire administratives.

¹¹⁰ Principe II de l'OCDE, « droits des actionnaires et principales fonctions des détenteurs des capitaux », B, p.18.

S'agissant des sanctions civiles, elles peuvent consister en une exécution forcée en nature. Ainsi par exemple, l'alinéa 2 de l'article 528 de l'AUSCGIE prévoit que : « le président de la juridiction compétente peut ordonner à la société, sous astreinte, de communiquer les documents à l'actionnaire... ». Aussi, l'article 548 nouveau précise-t-il que : « ...si l'assemblée générale ordinaire n'a pas été réunie dans ce délai, le ministère public ou tout actionnaire peut saisir la juridiction compétente statuant à bref délai afin d'enjoindre, le cas échéant, sous astreinte, aux dirigeants de convoquer cette assemblée ou de désigner un mandataire pour y procéder ». Ensuite, les sanctions civiles peuvent consister en des nullités. Ainsi par exemple, il peut s'agir de la nullité d'une assemblée irrégulièrement convoquée¹¹¹, de la nullité d'une délibération prise en violation des dispositions relatives à l'information des associés¹¹² ou de la nullité de certaines opérations¹¹³.

Il a été jugé que : « le déplacement du lieu de la réunion sans informer tous les associés consiste en un défaut de convocation »¹¹⁴. Enfin, les sanctions civiles peuvent consister en des dommages-intérêts. S'agissant du dirigeant social, le siège de cette sanction se trouve dans les dispositions de l'article 161 relatif à la responsabilité des dirigeants sociaux. Quant au commissaire aux comptes, il ressort de l'article 725 qu'il est civilement responsable tant à l'égard de la société, que des tiers des conséquences dommageables, des fautes de négligences qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions.

D'autre part, les sanctions du non respect des dispositions relatives à l'information des associés peuvent être de nature pénale¹¹⁵ voire administrative¹¹⁶.

¹¹¹ A cet égard, voir les articles 286 alinéa 3, 303 alinéa 4, 339, 519 alinéa, 674 alinéa 3, 684, 827-11.

¹¹² Voir à cet égard les dispositions des articles 345 alinéa 5, 440 alinéa 7, 525 alinéa 4, 547 alinéa 4, 622 alinéa 3, 626-1-1-1, 630, 778-14, 822-5 alinéa 5, 853-14 alinéa 5.

¹¹³ Voir par exemple l'article 646 qui prévoit la nullité des opérations de rachat réalisées en violation de certaines règles relatives à l'information des associés.

¹¹⁴ Tribunal hors classe de Dakar, jugement n°2301 du 27 octobre 2004, Bara Tall c/ Cheickh Oumar Dioum et Youssou Ndour, in www.ohada.com, Ohadata J-05-103.

¹¹⁵ Il en est ainsi de toutes celles prévues dans les articles 887 4°), 890, 890-1, 891-3, 893 2°), 894 2°), 899, 901, 902, 903 et 904 de l'AUSCGIE, ou article 111 de l'Acte uniforme sur la comptabilité ou les articles 228 4^{ème}, 231 5^{ème} de l'AUPC.

¹¹⁶ Voir notamment pour les sociétés d'Afrique centrale dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé : Règlement n°06/03-CEMAC-UMAC du 12 novembre 2003 portant organisation, fonctionnement et surveillance du marché financier de l'Afrique centrale (articles 63 et 64) ; Règlement général de la COSUMAF du 15 novembre 2009 (articles 383, 384, 389, 390, 400) ; Annexe à la Convention du 3 juillet 1996 portant composition, organisation, fonctionnement et attributions du Conseil Régional d'Epargne publique et des marchés financiers (article 36).

D'une manière générale, l'information des associés se fait selon divers procédés. C'est ainsi qu'elle peut prendre soit la forme de communications et présentations des documents, soit sous forme de consultation des documents sociaux avec la possibilité d'en prendre copie, soit encore par le mécanisme des questions écrites, des lettres, télécopies, courriers électroniques ou avis.

Tel que reconnu en droit OHADA des sociétés commerciales, le droit à l'information des associés, s'il est utilisé à bon escient, ne permettra pas de donner raison au Doyen RIPERT qui estime que : « la décision de l'assemblée est une approbation aveugle de la décision préalable du conseil d'administration. Les actionnaires sont résignés à ne rien comprendre, à ne rien savoir. Ils se fient aux administrateurs »¹¹⁷. Le droit à l'information confère ainsi à l'associé un véritable pouvoir d'investigation lui permettant de rechercher des informations aux fins d'obtenir une réponse à ses inquiétudes et/ou d'éveiller l'attention de ses coassociés. On est donc passé du fonctionnement technocratique de la société au fonctionnement démocratique.

Toutefois, cette information est susceptible d'amélioration (B).

¹¹⁷ G. RIPERT, « Aspects juridiques du capitalisme moderne », LGDJ, réédition, 1992, n°42.

B- Une information susceptible d'amélioration

La constance de l'information des associés n'est pas toujours synonyme de l'efficacité de cette institution. En effet, certaines exigences peuvent conduire les associés à ne pas user de ce droit. Il en est ainsi lorsque l'associé souhaiterait prendre copie des documents¹¹⁸, ou encore lorsqu'il voudrait se faire assister par un expert¹¹⁹ dans une société en nom collectif. En effet, qu'il s'agisse de la prise des copies des documents ou de l'assistance par un expert, cela se fait aux frais de l'associé. Des telles contraintes sont de nature à dissuader l'associé à exercer cette prérogative. Curieusement, l'Acte Uniforme est resté muet concernant les sociétés en commandite simple¹²⁰. Mais en tout état de cause, on peut déduire de ce silence que ce sont les mêmes règles qui s'appliquent. En effet, l'article 293-1 nouveau dispose que : « les dispositions relatives aux sociétés en nom collectif sont applicables aux sociétés en commandite simple, sous réserve des règles prévues au présent livre ».

1- La solution du refus de communication : une solution inachevée

L'Acte Uniforme ne va pas jusqu'au bout de sa logique en cas de refus de communication des documents. Il se contente de préciser que les décisions prises en violation de ce dispositif peuvent être annulées¹²¹. Il aurait été plus judicieux pour le législateur d'uniformiser le régime du refus de communication des documents. En effet, dans la SA, il a été précisé qu'en cas de refus de communiquer en tout ou en partie les documents demandés, l'actionnaire concerné peut saisir la juridiction compétente statuant à bref délai, qui peut ordonner sous astreinte, à la société de communiquer les documents à l'intéressé¹²².

C'est en application de cette disposition que le juge des référés du Tribunal de Première Instance de Yaoundé avait rendu l'ordonnance n°494/0 du 06 février 2001 par laquelle, il a obligé la société Continental Business Machine S.A à communiquer les documents requis par le sieur NJEUDJUI Thaddée. A préciser que si au jour prévu pour la tenue de l'assemblée, les documents ne sont pas toujours communiqués, le juge des référés saisi, pourra ordonner la suspension de la tenue de l'assemblée.

¹¹⁸ Article 289 alinéa 1er fait supporter les frais de la copie à l'associé.

¹¹⁹ Article 289 alinéa 2 fait supporter les frais d'assistance par un expert à l'associé.

¹²⁰ 307 ne précise pas si l'associé peut prendre copie ou s'il peut se faire assister d'un expert comme c'est le cas dans les sociétés en nom collectif.

¹²¹ Alinéa 5 de l'article 345 pour la SARL par exemple.

¹²² Article 528 de l'AUSCGIE révisé.

L'efficacité d'un tel dispositif est indéniable. En effet, l'actionnaire qui se voit refuser la communication des documents peut saisir la juridiction compétente à l'effet de contraindre le dirigeant à y pourvoir. Mais comme cela a été relevé à juste titre : « l'information n'est pas une fin en soi, elle est un moyen d'une action qu'elle doit éclairer »¹²³. Il faut, et c'est nécessaire, pour une protection efficace de l'intérêt social, instituer le même mécanisme dans tous les autres types de sociétés.

2- Le régime de la communication de l'information : portabilité ou quérabilité ?

Comme nous l'avons relevé, la question de la quérabilité de l'information peut constituer un frein pour les associés. Il serait mieux indiqué avec l'évolution technologique de prévoir la possibilité de communication des documents par voie électronique, car ce procédé n'est utilisé que principalement pour convoquer ou informer les associés de la tenue des assemblées¹²⁴. En effet, à l'état actuel, ce moyen de contrôle dépend crucialement de l'activisme des associés.

En droit comparé, les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé sont tenues de disposer d'un site internet afin de satisfaire à leurs obligations d'information de leurs actionnaires¹²⁵. Toutefois, le fait pour la société de publier des documents sur son site internet ne peut l'exonérer de son obligation de transmettre ces documents à un actionnaire sur sa demande ou de permettre leur consultation au siège social¹²⁶. Les documents à publier sont énumérés à l'article R-225-73-1. Il s'agit notamment de l'avis de réunion, le nombre total de droits de vote et le nombre d'actions, les documents que les actionnaires ont le droit de consulter préalablement à l'assemblée, les projets de résolution présentés par des actionnaires ou ceux présentés à l'assemblée par le conseil d'administration ou le directoire, les formulaires de vote. Lorsque ces documents ne sont pas communiqués, le juge peut annuler l'assemblée.

Par ailleurs, les actionnaires disposent d'une procédure d'injonction forcée pour obtenir l'exécution forcée de la communication à laquelle ils ont droit¹²⁷. Ainsi, il a été précisé que : « cette procédure doit être engagée contre le dirigeant et non contre la société »¹²⁸. En

¹²³ J. Savatier, « Le fonctionnement des comités d'entreprise : quelques difficultés », Dr.Soc., 1982, p.185., Voir également en ce sens, pour l'actionnaire, D.Schmidt, les droits de la minorité dans la société anonyme, Sirey, 1970, n°131, p.92.

¹²⁴ Voir à cet égard les articles 286, 303 alinéa 2 et 3, 338 alinéa 1^{er}, 518 alinéa 3 de l'AUSCGIE révisé.

¹²⁵ Article R 210-20 issu du décret 2010-684 du 23-6-2010 en France.

¹²⁶ LEFEBVRE F, op.cit., p.650, n°46590.

¹²⁷ Article L 238-1.

¹²⁸ Cass.com, 1-7-2008 n°07-20.643 :RJDA 11/08 n°1137.

outre, elle ne permet aux actionnaires d'obtenir communication que des seuls documents énumérés¹²⁹. Enfin, « il n'appartient pas au juge, saisi d'une demande de communication forcée de la liste et de l'objet des conventions portant sur des opérations courantes passées entre la société et l'un de ses dirigeants ou principaux actionnaires, d'apprécier si une convention entre ou non dans cette catégorie ou si, en raison de son objet ou de ses implications financières, elle n'est significative pour aucune des parties »¹³⁰.

Comme cela a été relevé dans les autres types de sociétés, dans la société anonyme aussi, l'Acte Uniforme pose le principe de la communication des documents au siège social¹³¹. Une telle disposition contraint l'actionnaire qui n'est pas sur place à ne pas exercer son droit de communication sauf s'il a mandaté quelqu'un à cet effet. En droit comparé, le code de commerce français, reconnaît aux actionnaires le droit d'obtenir communication des noms et prénoms soit des administrateurs et des directeurs généraux, soit des membres du conseil de surveillance et du directoire, ainsi que le cas échéant, l'indication des autres sociétés dans lesquelles ces personnes exercent des fonctions de gestion, de direction, d'administration ou de surveillance¹³². Comme cela a été souligné à juste titre¹³³, « ce droit de communication permet ainsi de détecter les liens d'intérêts des dirigeants lorsqu'une décision implique une société tierce ». Quant à l'article L.225-115 3° du code de commerce, il reconnaît aux actionnaires le droit d'obtenir des renseignements concernant les candidats au conseil d'administration ou de surveillance, selon le cas.

Dans les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, les actionnaires peuvent contrôler la gestion des conflits d'intérêts par les membres du conseil au regard des mécanismes internes de surveillance mis en place. En effet, le rapport doit rendre compte de la composition du conseil, des conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil ainsi que les procédures de contrôle interne et de gestion des risques mises en place par la société¹³⁴. En droit français comme en droit OHADA, lorsque la société se réfère volontairement à un code de gouvernement d'entreprise élaboré par les organisations représentatives des entreprises, le rapport doit également préciser les dispositions de ce code

¹²⁹ Cass.com, 23/6/2009 n°08-14.117 :RJDA 10/09 n°863.

¹³⁰ Cass.com, 26/2/2008, arrêt précité.

¹³¹ Article 525 de l'AUSCGIE révisé.

¹³² Article R.225-83 1°C.com.

¹³³ GREVAIN-LEMERCIER Karine, « le devoir de loyauté en droit des sociétés », Presse universitaire d'Aix-Marseille, 2013, p.351.

¹³⁴ Articles L.225.37 alinéa 6 du code de commerce pour les SA avec conseil d'administration et L.225-68 alinéa 7 du code de commerce pour les SA avec directoire et conseil de surveillance.

qui ont été écartées et les raisons pour lesquelles elles l'ont été. Il doit aussi indiquer le lieu où ce code peut être consulté. Si une société ne se réfère pas à un tel code, le rapport doit indiquer les règles retenues en complément des exigences requises par la loi et expliquer les raisons pour lesquelles la société a décidé de ne pas appliquer de code de gouvernement d'entreprise¹³⁵.

S'agissant principalement de l'information des administrateurs, « il y'a lieu de faire parvenir aux administrateurs ou de mettre à leur disposition, avant la réunion du conseil d'administration et dans un délai suffisant, l'information leur permettant de prendre une décision éclairée »¹³⁶. Aussi faut-il leur remettre, s'ils la demandent, une copie des procès verbaux des délibérations du conseil¹³⁷.

Le manquement à l'obligation d'information entraîne la nullité de la délibération. En effet, il a été jugé que : « la méconnaissance des droit de tout administrateur à une information préalable entraîne la nullité de la délibération du conseil même si cet administrateur appartient au groupe minoritaire »¹³⁸.

Ainsi détaillé, il convient d'examiner le renforcement du droit de contrôle des associés (Paragraphe II).

¹³⁵ Articles L.225-37 alinéa 7 du code de commerce pour la SA avec conseil d'administration et L.225-68 alinéa 8 du code de commerce pour la SA avec directoire et conseil de surveillance ; et article 831-2 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique révisé en 2014.

¹³⁶ Cass.com, 2-7-1985 : Bull.civ. IV n°203; Cass.com, 8-10-2002 n°1558: RJDA 7/03 n°735.

¹³⁷ Cass.com, 1-12-1987 : Bull.civ. IV n°260.

¹³⁸ Cass.com, 24-4-1990 : Bull. civ. n°125; CA Paris, 16-11-1995: Bull. Joly 1996 , p. 132 note LE CANNU.

Paragraphe II : Le renforcement du droit de contrôle des associés

Le renforcement du droit de contrôle des associés peut être décliné en deux axes. D’abord, par le réaménagement du droit d’alerte des associés (A). Ensuite, par l’allègement de la procédure d’expertise de gestion (B).

A- Le réaménagement du droit d'alerte des associés

Le droit pour les associés de déclencher une procédure d'alerte n'est pas l'apanage du nouvel Acte Uniforme. Il existait aussi dans l'ancien Acte qui disposait en son article 157 que : « dans les sociétés autres que les sociétés anonymes, tout associé non gérant, peut deux fois par exercice, poser par écrit des questions au gérant sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation ». Une disposition identique existait en ce qui concerne les sociétés anonymes¹³⁹. Dans les deux cas, la réponse du dirigeant social devait intervenir dans un délai d'un mois. En effet, l'une des préconisations du gouvernement d'entreprise vise la protection des droits des actionnaires et la facilitation de leur exercice.

1- Le rabaissement du délai de réponse et le maintien du critère de déclenchement

La révision de l'Acte Uniforme a été l'occasion pour le législateur OHADA de réaménager cette procédure, en abaissant le délai dans lequel la réponse du dirigeant devait intervenir. C'est ainsi que les articles 157 et 158 de l'AUSCGIE révisé ont ramené le délai à 15 jours au lieu de 30 jours initialement. Une telle disposition est salutaire en ce qu'elle permet aux associés qui ne participent pas à la gestion d'exercer un contrôle occasionnel. Dans l'hypothèse particulière de contrôle de gestion, un tel dispositif permet à l'associé qui exerce le droit de contrôle de s'assurer, que le gérant exerce ses prérogatives conformément à l'intérêt social.

L'Acte uniforme retient comme critère d'exercice de la procédure d'alerte « tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation ». Un tel critère paraît mettre en avant le risque de compromission de la continuité de l'exploitation. Il est intéressant dans l'hypothèse de protection de l'intérêt social, car justement, la compromission de la continuité de l'exploitation peut être due au fait que le dirigeant social, insoucieux de l'intérêt de la société ait mis en avant son intérêt personnel ou celui d'un tiers, directement ou indirectement. La mise en œuvre de cette procédure par les associés va alors permettre de contrecarrer des telles manœuvres.

En outre, la procédure d'alerte ne suppose pas l'existence d'une urgence. Il a été jugé en effet que : « un associé convaincu d'un fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de la société doit, au lieu de saisir directement le juge des référés aux fins de désignation d'un

¹³⁹ Article 158 de l'AUSCGIE ancien.

administrateur provisoire faute d'urgence, poser par écrit des questions y relatives au gérant ; la nomination d'un administrateur provisoire ne pouvant intervenir qu'en présence de faits de nature à paralyser le fonctionnement de la société »¹⁴⁰.

Au demeurant, l'expression « tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation » peut prêter à confusion. Il convient donc, que l'initiateur de la procédure prenne en considération non seulement les informations qu'il peut tirer de l'analyse des différents états financiers établis par la société mais encore tous autres événements pouvant avoir des conséquences importantes sur l'évolution de l'entreprise tels par exemple : contentieux en cours¹⁴¹, sous activité notable, conflits sociaux graves et répétés, perte de brevets ou de licences, perte de gros clients ou fournisseurs, départs des principaux animateurs, dirigeants cadres, troubles sociaux ou politiques graves sur les principaux marchés de l'entreprise¹⁴².

2- Le maintien regrettable de l'exclusion des salariés de l'exercice du droit d'alerte

Il est regrettable de constater que le législateur ne prévoit pas un droit d'alerte au profit du comité d'entreprise. En effet, la protection de l'intérêt social suppose également l'implication des salariés dans la prévention des difficultés.

En droit comparé, le comité d'entreprise dispose, lui aussi, du droit de mettre en œuvre une procédure d'alerte des dirigeants sociaux s'il a connaissance de « faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise »¹⁴³. On a relevé à juste titre, que cette formule plus large que celle prévue pour l'intervention des commissaires aux comptes, donne en pratique aux représentants des salariés un pouvoir d'initiative très étendu. Ils peuvent notamment invoquer au-delà des éléments comptables et financiers, « des difficultés économiques telles qu'une baisse importante et durable des commandes, un fléchissement substantiel des investissements, un gonflement important et durable des stocks pouvant s'accompagner de plans de restructuration et de licenciement »¹⁴⁴.

A ce propos, il a été jugé que : « si le droit d'alerte ne se limite pas aux seuls cas où la survie de l'entreprise est en cause, la simple existence d'un projet de restructuration ne saurait

¹⁴⁰ CCJA, arrêt n°034/2007 du 22 novembre 2007, Aff. Mireille PARLALIDIS c/ FOUQUIER et autres, JURIDITA n°JO34-11/2007.

¹⁴¹ Tribunal de commerce de Lille, 5-5-1987, Rev. Jur.com. 1987.225 note Derrida.

¹⁴² LEFEBVRE Francis, « Mémento pratique : sociétés commerciales », 2011, p.1494, n°90511.

¹⁴³ Article L223-336 et R 223-29 du code de travail français.

¹⁴⁴ Rép. Dermaux : AN 29-9-1986 p.3355 n°4136.

justifier à elle seule le déclenchement de la procédure d'alerte »¹⁴⁵. En revanche, il a été jugé que : « justifie ce déclenchement le projet de restructuration qui, par son ampleur et ses modalités, est de nature à affecter à court ou moyen terme les perspectives et les résultats de la branche d'activité concernée »¹⁴⁶ ou « l'ouverture du capital d'une société publique au profit d'actionnaires privés »¹⁴⁷. On comprendra alors que, la procédure d'alerte exercée par le comité d'entreprise est encadrée et permet à cet organe de contribuer à la protection de l'intérêt social.

Il est cependant regrettable de constater, que contrairement à l'alerte par le commissaire aux comptes, le législateur OHADA reste silencieux en cas de défaut de réponse par le dirigeant social dans le cas de l'alerte par les associés. Il est donc impérieux d'allier l'objectif à l'efficacité en instituant une sorte de contrainte à l'encontre du dirigeant social qui refuserait de répondre, ou qui se contenterait de donner des explications fallacieuses.

Cela dit, il convient de voir l'allègement de la procédure d'expertise de gestion (B).

¹⁴⁵ Cass.soc, 30-6-1993 : RJS 10/93, n°998.

¹⁴⁶ CA Versailles, 2-10-1997 : RJS 1/98 n°61.

¹⁴⁷ CA Paris, 28-2-2008 n°06-22696 : RJDA 10/08 n°1039.

B- L'allègement de la procédure d'expertise de gestion

Le souci de transparence et la volonté affirmée de faire participer les associés au contrôle de gestion, ont conduit le législateur OHADA, en reformant son droit des sociétés commerciales, à revoir à la baisse le pourcentage en capital des associés pouvant demander une expertise de gestion. Il est clair en effet, que l'efficacité d'une procédure s'analyse par la possibilité offerte à un grand nombre d'y recourir, et le législateur OHADA l'a bien compris. Sous l'ancien Acte Uniforme, la procédure d'expertise de gestion n'était offerte qu'aux associés représentant au moins le cinquième du capital social soit individuellement, soit en se regroupant sous quelque forme que ce soit¹⁴⁸.

1- L'allègement des conditions d'exercice de la procédure

Depuis la réforme, les associés représentant au moins le dixième du capital social peuvent demander à la juridiction compétente la nomination d'un expert chargé de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion¹⁴⁹. On peut donc relever, que le législateur OHADA a entendu rabaisser le pourcentage exigé pour l'exercice de la procédure d'expertise de gestion. En principe, la détention de la fraction du capital social nécessaire pour agir doit être appréciée à la date de l'introduction de la demande en justice et ne peut pas être remise en cause par l'effet de circonstances postérieures¹⁵⁰. On peut se demander, si l'expert pouvait être désigné lorsqu'en cours d'instance, le demandeur avait cessé d'être associé. Il avait été jugé, que l'ordonnance de désignation pouvait être rapportée dans ce cas, parce qu'elle avait un caractère provisoire comme toute ordonnance de référé¹⁵¹. Désormais, la décision du juge des référés a un caractère définitif et il n'y a aucune raison de faire exception au principe selon lequel la qualité pour agir s'apprécie au jour de l'acte introductif d'instance¹⁵².

Le recours à l'expertise de gestion va permettre aux associés de se rendre compte de la gestion, et de s'assurer que celle-ci est menée dans l'intérêt de la société. Elle permet tout comme la procédure d'alerte de renforcer la protection des associés minoritaires en leur donnant un moyen d'investigation. En effet, elle permet aux demandeurs de se renseigner sur la nature, la portée et les conséquences de certains actes de gestion. Il faut donc qu'il s'agisse

¹⁴⁸ Articles 159 de l'AUSCGIE ancien

¹⁴⁹ Article 159 de l'AUSCGIE révisé.

¹⁵⁰ Cass.com, 6/12/2005 n°1615 : RJDA 2/06 n°161 ; CA Versailles 11/3/1999 : RJDA 6/99 n°683.

¹⁵¹ Cour d'appel de Paris, 5 janvier 1978 Rev. Soc. 1978-742 note Guilbertain.

¹⁵² Voir à cet égard Y. GUYON, op.cit., n°16 Fasc.134-D.

d'actes contraires à l'intérêt social et sur lesquels les demandeurs n'ont pu avoir tous les éclaircissements qu'ils souhaitent.

2- Une procédure limitée à certains actes de gestion

A titre illustratif, il a été jugé que : « la demande d'expertise ne saurait porter sur la gestion de la société dans son ensemble ni sur la régularité des comptes sociaux, mais seulement sur une ou plusieurs opérations de gestion »¹⁵³. On comprendra alors, que la demande en justice tendant à la désignation d'un expert ne peut porter que sur les opérations de gestion pour lesquelles les actionnaires ont demandé des éclaircissements aux dirigeants. C'est pourquoi, il a été jugé que : « le tribunal n'a pas à se faire juge des opérations critiquées ; il doit seulement apprécier s'il y a lieu ou non de faire droit à la nomination sollicitée »¹⁵⁴.

Il faut cependant souligner que, l'expertise de gestion ne peut porter sur des questions relevant de la compétence de l'assemblée car ne pouvant être assimilées à des actes de gestion au sens de loi. En effet, des décisions en ce sens ont été rendues notamment à propos de la fixation de la rémunération d'un gérant¹⁵⁵, à propos du rachat des actions d'une société par les salariés de celle-ci¹⁵⁶ ou à propos d'un apport partiel d'actif soumis au régime des scissions. Toutefois, l'expertise de gestion peut porter sur des opérations constituant des conventions règlementées, même si elles ont été déjà soumises au contrôle des actionnaires lors d'une assemblée générale. En effet, la demande est recevable peu important que l'associé qui demandait l'expertise se soit abstenu de participer à l'assemblée et n'ait exercé aucun recours contre les décisions collectives¹⁵⁷.

La CCJA a eu a dégagé une jurisprudence constante notamment sur l'interprétation de l'article 159 de l'AUSCGIE en estimant que : « encourt rejet, la demande d'expertise de gestion d'un associé, fondée non pas sur une opération ou plusieurs opérations de gestion déterminées, mais, sur l'ensemble de la gestion qui s'apparente à un audit organisationnel et financier de la société »¹⁵⁸.

¹⁵³ Cass.com, 14/12/1993, n°2026 : RJDA 4/94 n°421.

¹⁵⁴ Cass.com, 7/12/1983 : Rev.sociétés 1985, p.427 note d'Hérail de Brisis.

¹⁵⁵ Cass.com, 19/11/1991 : Bull. Joly 1992, p.66, note LE CANNU.

¹⁵⁶ Cass.com, 12/18/1993 n°35 : RJDA 2/93 n°129 ; CA Paris, 4/9/1998 : Bull : Joly 1999, p.250 note F. X. LUCAS.

¹⁵⁷ Cass.com, 5/5/2009 n°08-15.313 : RJDA 2/10 n°158 ; CA Versailles, 27/2/1997 : RJDA 7/97 n°916 som.

¹⁵⁸ CCJA, 2^{ème} ch., Arr. n°042/2013, 16 mai 2013, Aff. Société EURAPHARMA c/ 1-Société LABOREX COTE D'IVOIRE, dite LABOREX-CI ; 2-Société PHARMAFINANCE ; 3- YAO KOFFI Joseph ; TC d'Abidjan, Ord. réf. RG n°65/14, 4 février 2014, Aff. Madame BARAKAT Mouawad Mary Michel c/ La société Africa Net dite

Il faut relever que, le législateur n'a pas entendu limiter le recours à l'expertise de gestion comme c'est le cas dans la procédure d'alerte. En effet, dans le dernier cas, le recours est limité à deux fois par exercice. Toutefois, ce constat ne conduit pas à donner raison Y. CHARTTIER qui estime que : « la nomination d'expert constitue en soi une intrusion de la justice dans la vie de la société, une atteinte au jeu normal de la loi de la majorité »¹⁵⁹. En effet, cette porte ouverte laissée aux associés peut se comprendre en ce que la juridiction compétente appréciera souverainement le bien fondé de la demande avant de procéder à la nomination. Cela peut se justifier aisément en ce que « l'expertise de gestion n'est pas une sanction de la gestion ; en revanche elle sanctionne une information insuffisante »¹⁶⁰.

De ce point de vue, l'expertise de gestion en droit OHADA est à la fois un moyen de contrôle et d'information des associés. C'est pourquoi, la demande d'expertise de gestion ne doit pas aller au delà des opérations de gestion. Ainsi, il a été jugé pour infirmer une ordonnance autorisant l'expertise de gestion que : « le nombre d'opérations assignées aux experts, la nature vague de certaines d'entre elles et la période qu'elle doit couvrir (5 ans) laissent sans objet toutes les assemblées générales réalisées dans cette période, ainsi que l'utilité du commissaire aux comptes, ce qui est contraire aux dispositions de l'article 159 et 160 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et groupements d'intérêt économique »¹⁶¹. Aussi, a-t-on jugé que : « la demande ne peut être accueillie lorsque les questions nombreuses et diverses posées par le demandeur tendent en fait à une critique systématique de la gestion des dirigeants sociaux et que les griefs invoqués ont une portée trop générale et apparaissent dénués de sérieux »¹⁶².

Il convient de préciser que la procédure d'expertise de gestion est beaucoup plus allégée en droit OHADA qu'en droit français. En effet, les demandeurs dans ce dernier cas, doivent d'abord s'adresser à l'organe compétent, et c'est seulement à défaut d'une réponse dans le délai que ces derniers peuvent saisir le juge¹⁶³. Il faut relever cependant que contrairement au

ANET et 4 autres ; CCJA, 2^{ème} ch., Arr. n°027/2013, 18 avril 2013, Aff. Société HANN et un autre c/ Société Générale de Banque de Guinée dite SGBG.

¹⁵⁹ In « L'expertise de l'article 226 de la loi du 24 juillet 1966 », JCP (CI), 1971-II-10244.

¹⁶⁰ LE CANNU, cit., par EWANE MOTTO Patrice Christian, in « la gouvernance des sociétés commerciales en droit de l'OHADA », Université de Douala et Paris-est, 2015 ; p.85 ;

¹⁶¹ CCJA arrêt n°027/2013 du 18 avril 2013.

¹⁶² Cass.com, 18/10/1994, précité.

¹⁶³ Voir à cet égard, la nouvelle rédaction de l'article L.225-231 du code de commerce : « ...un ou plusieurs actionnaires peuvent poser par écrit au président du conseil d'administration...des questions sur une ou plusieurs opérations de gestion....

droit français où la charge des honoraires par la société n'est que facultative¹⁶⁴, le législateur OHADA a érigé en principe général¹⁶⁵ ce qui, en droit français n'est qu'exceptionnel.

3- Un moyen supplémentaire d'information et de contrôle pour les associés

L'expertise de gestion du droit OHADA est un excellent moyen de contrôle de gestion et d'information entre les mains des associés. Elle permet aux associés de mettre en cause devant le juge, les actes de gestion suspectés d'irrégularité et donc contraire à l'intérêt social. C'est à n'en point douter un moyen précieux de protection de l'intérêt social par les associés.

Le rôle de l'expertise de gestion initiée par les associés dans la protection de l'intérêt social est indéniable en ce qu'elle permet d'établir la preuve des actes de gestion contraire à l'intérêt social. Cela est d'autant plus vrai que la Cour de cassation française l'a rappelé en ces termes : « la recevabilité de la demande d'expertise de gestion n'est pas subordonnée à la preuve que les organes sociaux aient méconnu l'intérêt de la société et détourné leurs pouvoirs de sa finalité puisque la mesure d'information et de contrôle organisée par la loi tend justement à l'établissement de cette preuve »¹⁶⁶.

On en déduit cependant, que la demande aux fins d'une expertise de gestion doit revêtir un caractère sérieux. Mais ce caractère sérieux peut résulter d'une présomption d'irrégularité des opérations contestées. Il en est ainsi, lorsqu'une baisse brutale du chiffre d'affaires de la société a été constatée à compter de la conclusion des conventions règlementées contestées¹⁶⁷. Le caractère sérieux de la demande est établi dès lors qu'il existe un risque d'atteinte à l'intérêt social. En effet, la demande doit être rejetée lorsque le demandeur ne fournit aucun élément pouvant faire présumer que les opérations sont irrégulières ou contraires à l'intérêt social¹⁶⁸.

Il faut dire enfin, que cette procédure ne peut porter sur toute la gestion sociale mais seulement sur quelques actes précis. Ainsi, il a été jugé que : « en sollicitant une expertise de

« A défaut de réponse dans un délai d'un mois ou défaut de communication d'éléments de réponse satisfaisants... ces actionnaires peuvent demander en référé la nomination d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion ».

¹⁶⁴ En effet, l'alinéa 4 de l'article L.225-231 du code de commerce dispose in fine que « s'il est fait droit à la demande, la décision de justice détermine l'étendue de la mission et des pouvoirs des experts. Elle peut mettre les honoraires à la charge de la société ».

¹⁶⁵ En effet, l'article 160 précise sans équivoque que : « les honoraires des experts sont supportés par la société ».

¹⁶⁶ Cass.com, 15/7/1987 : Bull.civ, IV n°193.

¹⁶⁷ Cass.com, 5/5/2009 n°08-15.313 :RJDA 2/10 n°158.

¹⁶⁸ CA Paris, 9/12/1994 :RJDA 6/95 n°728 ; cass.com, 10/2/1998 n°431 : RJDA 6/98 n°736.

gestion tendant de manière générale à auditer les comptes et à vérifier la sincérité des états financiers de synthèse de ces sociétés pour l'exercice 2007 sans identifier précisément la décision de gestion critiquée ni même rapporter les éléments pouvant présumer de l'irrégularité de la dite-décision alors que l'opération ne peut porter que sur une ou plusieurs opérations de gestion faites par le dirigeant de la société, Madame M. dont la demande d'expertise de gestion ne détermine aucune opération de gestion précise est mal fondée dans sa demande »¹⁶⁹.

En droit comparé, il a été jugé que : « le juge des référés ne saurait ordonner une expertise portant sur des tractations entre vendeurs et acquéreurs d'actions d'une société ou portant sur l'inexécution d'engagement pris par la société à leur égard ». En effet, « faire droit à cette demande aboutirait à faire procéder à l'examen de toute la gestion de la société pendant trois (3) ans, à faire apprécier les conditions dans lesquelles les demandeurs étaient devenus associés et si les accords avaient été respectés »¹⁷⁰.

Toutefois, « à la demande d'un ou plusieurs associés minoritaires...l'expertise de gestion peut porter sur tout aspect des actes de gestion émanant des organes sociaux, même ceux soumis pour approbation à l'assemblée générale, à l'exception des actes d'administration et de délibération du conseil d'administration et de l'assemblée générale »¹⁷¹. Aussi, a-t-il été jugé qu'il est possible de demander à la fois l'expertise de gestion et l'administration provisoire¹⁷².

Cela dit, il convient de voir le renforcement de la transparence dans le fonctionnement à travers le contrôle des comptes comme un instrument indispensable à la protection de l'intérêt social (Section II).

¹⁶⁹ CCJA, arrêt n°056/2013 du 13 juin 2013 ; Dans le même sens, voir : CA d'Abidjan, ch.civ et com., arrêt n°258 du 25 février 2000 : Ohadata J-02-132.

¹⁷⁰ CA de Douai, 10 juillet 1970, Rev. Soc. 1970-662 note J.H.

¹⁷¹ CCJA , arrêt n°042/2013 du 16 mai 2013, juridata n°J042-05/2013.

¹⁷² TPI Bafang, ordonnance de référé n°27/ORD/2007 du 25 mai 2007 : Juridis Périodique n°78, 2009, p.29, note Yvette Rachel KALIEU ELONGO ; ohadata J-07-141.

Section II : Le renforcement de la transparence dans le fonctionnement des sociétés commerciales

Il convient de préciser que la transparence dans le fonctionnement des sociétés commerciales permet à divers égards de protéger l'intérêt social et de réduire le risque des conflits d'intérêts dans les sociétés commerciales. Dans cette partie, nous allons beaucoup plus insister sur les sociétés anonymes dont le fonctionnement est plus démocratique. Même là, nous insisterons sur les sociétés anonymes avec conseil d'administration.

Pour ce faire, nous allons voir d'abord le rééquilibrage des pouvoirs des organes d'administration et de direction (Paragraphe I), avant de voir l'omniprésence du contrôleur légal (Paragraphe II).

Paragraphe I : Le rééquilibrage des pouvoirs des organes exécutifs

Il convient d'abord de préciser que dans une société anonyme l'article 414 de l'AUSCGIE autorise les actionnaires à déterminer dans les statuts le mode d'administration qu'ils souhaitent. Ainsi, ils peuvent choisir soit la société anonyme avec conseil d'administration, soit la société anonyme avec administrateur général. Cependant, l'article 828 de l'AUSCGIE oblige les sociétés anonymes faisant publiquement appel à l'épargne à recourir à la formule d'administration par un conseil.

S'agissant de la société anonyme avec conseil d'administration, elle est dirigée soit par un président directeur général, soit par un président du conseil d'administration et un directeur général.

Le conseil d'administration est composé de trois membres au moins et de douze membres au plus administrateurs ou non¹⁷³. Lorsque la société fait publiquement appel à l'épargne, le conseil est obligatoirement composé de trois membres au moins et de quinze membres au plus¹⁷⁴. En cas de fusion, le nombre de quinze pourra être dépassé sans cependant pouvoir être supérieur à vingt quatre¹⁷⁵. Il convient de souligner pour le déplorer, que contrairement à son homologue français, le législateur OHADA ne traite pas de la féminisation des conseils d'administration¹⁷⁶.

Sous cette réserve, il faut souligner que les premiers administrateurs sont désignés dans les statuts ou par l'assemblée générale constitutive. En cours de vie sociale, c'est l'assemblée générale ordinaire qui reçoit compétence pour y procéder¹⁷⁷. Et en cas de fusion, la compétence est dévolue à l'assemblée générale extraordinaire.

Le mandat des administrateurs désignés dans les statuts ne peut excéder deux ans. Cette durée est fixée librement par les associés sans pouvoir excéder six ans, lorsque l'administrateur est nommé en cours de vie sociale. Ils sont rééligibles sauf stipulations contraires¹⁷⁸.

Pour mieux analyser le rééquilibrage des pouvoirs des organes d'administration et de direction dans le sens de la protection de l'intérêt social, il convient d'étudier d'une part, la clarification de la mission du conseil d'administration (A), et d'autre part, la redéfinition des pouvoirs des organes de gestion (B).

¹⁷³ Article 416 nouveau de l'AUSCGIE révisé.

¹⁷⁴ Article 829 de l'AUSCGIE révisé.

¹⁷⁵ Article 417 de l'AUSCGIE révisé.

¹⁷⁶ Voir pour le droit français, la Loi n°2011-103 du 27 janvier 2011, relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle.

¹⁷⁷ Article 419 de l'AUSCGIE révisé.

¹⁷⁸ Articles 416 et suivants de l'AUSCGIE révisé.

A- La clarification de la mission du conseil d'administration

La clarification de la mission du conseil d'administration permet d'assurer la bonne gouvernance des sociétés anonymes et d'éviter autant que faire se peut que l'intérêt de la société soit mis en péril au profit de celui des dirigeants. Déjà, selon l'OCDE, le conseil d'administration doit remplir certaines fonctions essentielles telles que la surveillance et la gestion des conflits d'intérêts pouvant intervenir entre la direction, les administrateurs et les actionnaires¹⁷⁹. C'est pourquoi l'article 435 de l'AUSCGIE est venu préciser que : « le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre. Sous réserve des pouvoirs expressément attribués aux assemblées d'actionnaires et dans la limite de l'objet social, il se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent. Le conseil d'administration procède aux contrôles et vérifications qu'il juge opportuns. Le président du conseil d'administration de la société est tenu de communiquer à chaque administrateur tous documents et informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission. Les clauses des statuts ou délibérations de l'assemblée générale limitant les pouvoirs du conseil d'administration sont inopposables aux tiers de bonne foi ».

A ces pouvoirs du conseil d'administration, il faut ajouter le pouvoir de nommer et de révoquer les dirigeants sociaux¹⁸⁰, le pouvoir d'autoriser les conventions réglementées¹⁸¹, le pouvoir d'autoriser la souscription par la société des cautions, avals, garanties et garanties à première demande au profit des tiers¹⁸².

On remarquera que le conseil d'administration occupe une place centrale comme organe de contrôle des comportements opportunistes des dirigeants. En effet, le conseil joue à la fois un rôle général de contrôle des décisions soumises au conseil et un rôle de détection des conflits d'intérêts¹⁸³.

¹⁷⁹ OCDE, Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE, op.cit.,p.25.

¹⁸⁰ Articles 462, 470, 477 et 485 de l'AUSCGIE révisé.

¹⁸¹ Articles 438 et suivants de l'AUSCGIE révisé.

¹⁸² Article 449 de l'AUSCGIE révisé.

¹⁸³ GREVAIN-LEMERCIER Karine, « le devoir de loyauté en droit des sociétés », Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2013, p. 331.

1- Les missions du conseil d'administration en tant qu'organe collégial

Comme on peut le constater, le conseil d'administration est investi d'une double mission : d'une part, une mission stratégique à travers le pouvoir d'orientation et d'évocation qui lui permet de déterminer les orientations de l'activité de la société et de veiller à leur mise en œuvre en se saisissant, au besoin, de toute question intéressant la bonne marche de la société dans le respect de l'objet social ; et d'autre part, une mission de contrôle qui lui confère le pouvoir de surveillance qu'il exerce grâce aux contrôles et vérifications qu'il juge opportuns¹⁸⁴. Même si en réalité, le conseil d'administration ne traite pas directement avec les tiers, l'article 436 de l'AUSCGIE dispose quand même que : « dans ses rapports avec les tiers, la société est engagée, y compris par des décisions du conseil d'administration qui ne relèvent pas de l'objet social ». A cet effet, il faut que le tiers ne sache pas que l'acte dépassait l'objet social. Ainsi, le conseil peut prouver que le tiers savait que l'acte dépassait l'objet social ou qu'il ne pouvait pas l'ignorer compte tenu des circonstances, sans que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve¹⁸⁵.

Conformément aux principes de la « corporate governance », le conseil joue d'abord un rôle dans la prévention des conflits d'intérêts en mettant en place une procédure de déclaration d'intérêts permettant à chaque administrateur de remplir son obligation de révélation de conflit d'intérêts potentiels¹⁸⁶.

Ensuite, il joue un rôle dans l'identification des conflits d'intérêts en excluant le dirigeant intéressé des délibérations. Certains auteurs estiment que la décision d'exclure un administrateur des réunions du conseil ne doit pas être automatique, mais débattue in limine par le conseil en formation collégiale, afin que l'administrateur intéressé puisse faire valoir son point de vue¹⁸⁷.

D'autres par contre, s'appuient sur le fait que le devoir de loyauté impose au dirigeant une obligation de ne pas voter sur l'opération dans laquelle il est intéressé pour soutenir une exclusion automatique du dirigeant intéressé¹⁸⁸. On constatera alors, que le conseil en

¹⁸⁴ Voir commentaires sous l'article 435 de l'AUSCGIE révisé.

¹⁸⁵ Article 122 de l'AUSCGIE révisé.

¹⁸⁶ Recommandation n°2 de la Commission déontologique de l'IFA, v. IFA, Note de synthèse de la commission déontologique de l'IFA. Administrateurs et conflits d'intérêts, op.cit., p.6.

¹⁸⁷ Voir L. ASSAYA et O. GENICOT, article précité.

¹⁸⁸ GREVAIN-LEMERCIER Karine, « le devoir de loyauté en droit des sociétés », Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2013, p. 332.

exerçant sa mission de prévention des conflits d'intérêts contribue indéniablement à la protection de l'intérêt social.

2- La possibilité de confier des mandats spéciaux ou de créer des comités ad hoc

Il faut mentionner aussi, que tout en clarifiant les attributions du conseil d'administration, le législateur OHADA a également reconnu à ce dernier la possibilité de confier des mandats spéciaux à ses membres d'une part, et d'autre part, de la création des comités d'études. C'est dans ce sens qu'il faut appréhender l'article 437 de l'AUSCGIE qui dispose que : « le conseil d'administration peut confier à un ou plusieurs de ses membres tous mandats spéciaux pour un ou plusieurs objets déterminés. Il peut décider de la création de comités composés d'administrateurs chargés d'étudier les questions que lui-même ou son président soumet, pour avis, à leur examen. Il fixe la composition et les attributions des comités qui exercent leur activité sous sa responsabilité. Lors de la création d'un comité, le conseil d'administration peut décider que le comité peut recueillir l'avis d'experts non administrateurs ».

Cette disposition permet au conseil d'administration d'exercer plus efficacement sa mission en prenant des décisions éclairées. Aussi, afin d'exercer au mieux ses fonctions et prendre des décisions éclairées dans l'intérêt social, chaque administrateur reçoit-il du président du conseil d'administration toutes les informations nécessaires et peut se faire communiquer tous documents qu'il estime utiles.

Il faut dire que l'article 432 de l'Acte uniforme soumet les rémunérations exceptionnelles au régime des conventions règlementées. Ainsi, les rémunérations qui seront versées aux administrateurs en vertu de l'exécution d'un mandat spécial du conseil d'administration sont soumises aux dispositions de l'article 438 de l'AUSCGIE, et font l'objet d'un rapport spécial du commissaire aux comptes. Cette disposition permet d'éviter, que des rémunérations non justifiées ou disproportionnées, soient versées par le conseil d'administration à des administrateurs sans égard à l'intérêt social.

3- La compétence du conseil en matière de comptes de l'exercice

Le conseil d'administration arrête les comptes de l'exercice. En effet, ainsi que le dispose l'article 452 de l'AUSCGIE révisé : « le conseil d'administration arrête les états financiers de synthèse et le rapport de gestion sur l'activité de la société, qui sont soumis à l'approbation de

l'assemblée générale ordinaire »¹⁸⁹. Le jeu complet d'états financiers de synthèse annuels comprend le bilan, le compte de résultat, le tableau des flux de trésorerie ainsi que les notes annexes. Les états financiers forment un tout indissociable et décrivent de façon régulière et sincère les événements, opérations et situations de l'exercice pour donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entité. Lorsqu'il s'agit d'une entité dont les titres sont inscrits à une bourse de valeurs et qui sollicite un financement dans le cadre d'un appel public à l'épargne, elle doit établir et présenter les états financiers annuels selon les normes internationales d'informations financières, appelées normes IFRS, en sus des états financiers visés ci haut¹⁹⁰.

Il s'agit là, d'une obligation légale dont la violation est sanctionnée pénalement. En effet, aux termes de l'article 11 de l'AUC/IF : « encourent une sanction pénale les dirigeants qui n'auront pas, pour chaque exercice, dressé l'inventaire et établis les états financiers de synthèse annuels, consolidés ou combinés ainsi que, le rapport de gestion et, le cas échéant, le bilan social ; auront sciemment, établi et communiqué des états financiers ne donnant pas une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'exercice ».

4- Les règles relatives aux réunions et aux attributions du président du conseil

Dans son fonctionnement, il se réunit sur convocation de son président ou sur convocation des administrateurs constituant le tiers au moins des membres du conseil, aussi souvent que nécessaire. Dans le dernier cas, il faut que le conseil ne se soit pas réuni depuis deux mois, et qu'ils (administrateurs) aient indiqué l'ordre du jour¹⁹¹. Lorsqu'il est réuni, les séances du conseil d'administration sont présidées par son président. Ce dernier, « organise et dirige les travaux du conseil, dont il rend compte à l'assemblée générale. Il veille au bon fonctionnement des organes de la société et s'assure en particulier, que les administrateurs sont en mesure de remplir leur mission »¹⁹².

L'Acte uniforme a aussi réglé la situation du président du conseil empêché en prévoyant : qu'« en cas d'empêchement du président du conseil d'administration, les séances sont présidées par l'administrateur possédant le plus grand nombre d'actions ou, en cas d'égalité, par le

¹⁸⁹ Voir également l'article 435 de l'AUSCGIE révisé.

¹⁹⁰ Voir à cet égard les dispositions des articles 7,8 et 9 de l'Acte uniforme relatif au droit comptable et à l'information financière.

¹⁹¹ Article 453 de l'AUSCGIE révisé.

¹⁹² Alinéa 2 de l'article 457 de l'AUSCGIE révisé.

doyen en âge, à moins que les statuts n'en disposent autrement »¹⁹³. On comprendra donc que l'Acte uniforme ne consacre pas le poste de vice président dans les organes de la société anonyme venant ainsi confirmer la jurisprudence de la CCJA. En effet, il a été jugé que : « il n'est pas possible, sans violer la loi, de créer un poste de vice président du conseil d'administration dans les statuts de la société »¹⁹⁴.

En outre, il faut dire que le président du conseil d'administration ne représente pas la société. Ainsi, il a été jugé que : « aussi riches que soient les attributions du président du conseil d'administration, celui-ci, s'il n'est pas en même temps directeur général, ne représente pas la société : en conséquence, il ne saurait interjeter appel d'une décision judiciaire au nom de la société »¹⁹⁵. Cependant, il a été jugé que : « par combinaison des articles 435 et 437 de l'AUSCGIE, le conseil d'administration peut valablement déléguer son président à l'effet d'agir pour le compte de la société anonyme ; en conséquence, il convient d'infirmier l'ordonnance de référé qui a déclaré que la société ne pouvait être représentée que par son directeur général »¹⁹⁶.

Cette solution doit être mise en rapport avec celle par laquelle la CCJA a estimé que : « ni le conseil d'administration, ni son président encore moins un membre dudit conseil n'ont la qualité pour représenter légalement la société à défaut d'un mandat donné par le directeur général. Ils ne sauraient s'arroger ce pouvoir de représentation des dispositions statutaires qui leur reconnaissent des pouvoirs les plus étendus en toute circonstance alors même que lesdits statuts ne leur confèrent pas ce pouvoir de représentation »¹⁹⁷. Ainsi, on peut en déduire que le mandat ne peut être donné que par le directeur général, seul représentant légal de la société.

De ce point de vue, elle vient confirmer sa décision de 2008 où elle a estimé que : « le président du conseil d'administration d'une société anonyme n'est pas le représentant légal de la dite société et n'a donc pas qualité pour ester en justice en son nom, à moins qu'il n'ait reçu mandat de son représentant légal pour ce faire »¹⁹⁸.

¹⁹³ Alinéa 3 de l'article 457 de l'AUSCGIE révisé.

¹⁹⁴ CCJA, Avis n°02/2000/EP du 26 avril 2000.

¹⁹⁵ CCJA, arrêt n°022/2003 du 6 novembre 2003, Rec. CCJA n°2, p.13.

¹⁹⁶ Cour d'Appel d'Abidjan, arrêt n°744 du 14 juin 2002, ohadata J-03-11.

¹⁹⁷ CCJA, ass.plein., Arrêt n°63/2014, Aff. La Loyale Assurances SA c/ La société COWRIE CORPORATIONS SA et 5 autres.

¹⁹⁸ CCJA , 1^{ère} ch., Arrêt n°042/2008, du 17 juillet 2008, Aff. Société LEV-COTE D'IVOIRE c/ M. PELED Nathan.

5- Le droit de contrôle individuel des administrateurs

L'article 459-1 de l'AUSCGIE constitue une innovation du législateur qui vise à concrétiser le droit à l'information des administrateurs. En effet, désormais pèse sur le président du conseil d'administration l'obligation de remise effective des procès verbaux au plus tard lors de la convocation du prochain conseil. En outre, l'article 459 exige que les procès verbaux soient certifiés sincères par le président de séance et par au moins un administrateur. A cela s'ajoute, l'obligation de révélation des conflits d'intérêts qui leur est imposée¹⁹⁹.

De ce point de vue, l'AUSCGIE intègre les principes de la « corporate governance ». En effet, ces principes reconnaissent à l'administrateur un droit de contrôle individuel. En effet, il observe le bon fonctionnement de la procédure d'abstention de vote et s'assure de sa traduction dans le procès-verbal du conseil ; il est attentif aux mécanismes de prise de décisions en conseil (existence d'un membre très influent, durée des débats, degré de formalisme des discussions...) ; il porte une attention particulière aux situations de conflits pouvant survenir dans les cas d'opérations importantes notamment parce qu'elles peuvent faire surgir des situations de conflits spécifiques affectant des administrateurs en situation non structurellement conflictuelle.(...)²⁰⁰.

Il s'y ajoute, que l'administrateur prend connaissance des comptes rendus de travaux du comité des nominations. Il prend connaissance lorsque le conseil doit arrêter les comptes, du rapport spécial des commissaires aux comptes. En conséquence, on remarquera que si l'administrateur est suffisamment vigilant, il peut contribuer à la protection de l'intérêt social en détectant les conflits d'intérêts afin de les révéler aux autres membres du conseil et éventuellement s'opposer à des décisions contraires à l'intérêt de la société²⁰¹.

Le rééquilibrage des pouvoirs peut en outre s'apprécier en ce qui est de la redéfinition des pouvoirs des organes de gestion, toute chose qui contribue à protéger l'intérêt social (B).

¹⁹⁹ Article 440 de l'AUSCGIE.

²⁰⁰ IFA, Note de synthèse de la commission déontologique de l'IFA. Administrateurs et conflits d'intérêts, op.cit, p.5.

²⁰¹ GREVAIN-LEMERCIER Karine, « le devoir de loyauté en droit des sociétés », Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2013, p. 335.

B- La redéfinition des pouvoirs des organes de gestion

A l'image d'un Etat démocratique, la séparation des pouvoirs est un pilier nécessaire de la bonne gouvernance dans les sociétés commerciales. Le législateur OHADA l'a bien compris en redéfinissant les pouvoirs des organes de gestion. La redéfinition des pouvoirs des organes de gestion permet en effet, d'éviter autant que faire se peut, les empiètements de compétences entre le conseil d'administration, organe collégial et les organes de gestion, personnes physiques chargées de la gestion quotidienne de la société²⁰². Cela permet également, en réduisant le risque de conflits d'intérêts, d'apporter une protection efficace à l'intérêt social.

1- La représentation de la société

En matière de représentation de la société, la Cour d'appel d'Abidjan a décidé que : « les personnes habilitées à représenter la société anonyme dans ses relations avec les tiers sont le président directeur général ou le directeur général. Dès lors, le directeur du risque et du crédit n'a pas qualité pour ester en justice contre des tiers, au nom et pour le compte de la société. L'action intentée par lui au nom de la société est irrecevable »²⁰³.

Les attributions du président directeur général sont définies à l'article 465 de l'AUSCGIE. Il préside le conseil d'administration et les assemblées générales, assure la direction générale de la société et représente celle-ci dans ses rapports avec les tiers d'une part. D'autre part, il est investi des pouvoirs les plus étendus qu'il exerce dans la limite de l'objet social et sous réserve de ceux expressément attribués aux assemblées générales ou spécialement réservés au conseil d'administration par des dispositions légales ou statutaires. Cela revient à dire que le président directeur général, investi des pouvoirs les plus étendus, doit les exercer dans la limite de l'objet social. Il ne doit pas en outre empiéter sur les attributions légales ou statutaires des assemblées générales et du conseil d'administration.

Dans ses rapports avec les tiers, la société est engagée par les actes du président directeur général qui ne relèvent pas de l'objet social²⁰⁴. Mais la société peut prouver que le tiers savait que l'acte dépassait l'objet social ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances sans que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve²⁰⁵. Toutefois, les

²⁰² Article 462 de l'AUSCGIE révisé, « le conseil d'administration nomme parmi ses membres un président directeur général. A peine de nullité de sa nomination, le président directeur général est une personne physique ».

²⁰³ CA d'Abidjan, arrêt n°967 du 27 juillet 2002, ohadata J-03-26.

²⁰⁴ Alinéa 4 de l'article 465 de l'AUSCGIE révisé.

²⁰⁵ Article 122 de l'AUSCGIE révisé.

clauses des statuts, les délibérations des assemblées générales ou les décisions du conseil d'administration limitant les pouvoirs du président directeur général ne sont pas opposables aux tiers de bonne foi²⁰⁶. Cette disposition vise à protéger les tiers. Mais contrairement à l'ancien droit, cette protection n'est accordée qu'aux tiers de bonne foi.

Le président directeur général est ainsi, le seul habilité à représenter la société. En effet, il est seul compétent pour embaucher et licencier les salariés, négocier les accords d'entreprise d'une part, et d'autre part, il signe les contrats au nom de la société, passe les commandes, assure les biens sociaux, agit en justice, traite avec les administrations fiscales et sociales²⁰⁷. C'est pourquoi, il a été jugé que : « le directeur du risque et du crédit de la société, tout comme un administrateur, ne peut valablement agir en qualité de représentant légal de la société qu'après avoir reçu un pouvoir spécial donné à cet effet par le représentant légal »²⁰⁸. De même, « un président du conseil d'administration ne peut valablement représenter la société »²⁰⁹. Dans un arrêt rendu en 2012, la CCJA l'a rappelé en ces termes : « dans une société anonyme, seul le président directeur général ou le directeur général a la qualité de représentant légal ou statutaire, et a donc de ce fait qualité pour agir en justice notamment pour former un pourvoi en cassation au nom de la dite société anonyme »²¹⁰.

Le président directeur général peut être assisté par un directeur général adjoint. Ainsi, aux termes de l'article 470 de l'AUSCGIE : « sur proposition du président directeur général, le conseil d'administration peut donner mandat à une ou plusieurs personnes physiques d'assister le président directeur général en qualité de directeur général adjoint ». La durée des fonctions et l'étendue des pouvoirs délégués au directeur général adjoint sont déterminées par le conseil d'administration²¹¹. Il a été jugé que : « dans ses rapports avec les tiers, le directeur général adjoint a les mêmes pouvoirs d'engagement de la société par ses actes y compris ceux ne relevant pas de l'objet social, que le président directeur général. Aussi, leurs limitations ne sont pas opposables aux tiers de bonne foi »²¹².

²⁰⁶ Alinéa 5 de l'article 465 de l'AUSCGIE révisé.

²⁰⁷ Voir à cet égard, les commentaires sous l'article 465 de l'AUSCGIE révisé.

²⁰⁸ CCJA, 2^{ème} ch., arrêt n°024/2013 du 18 avril 2013 ; ohadata J-15-24 ; CCJA, arrêt n°022/2003 du 6 novembre 2003 : Rec. CCJA, n°2, 2003, p.13, ohadata J-04-123.

²⁰⁹ CCJA, arrêt n°093/2012 du 20 décembre 2012 ; CCJA, arrêt n°042/2008 du 17 juillet 2008 ; CA Littoral-Douala, arrêt n°197/CC du 22 septembre 2003 : Juridis Périodique, n°77, p.41, ohadata J-06-97.

²¹⁰ CCJA arrêt n°093/2012 du 20 décembre 2012, Juridita n°J093-12/2012.

²¹¹ Articles 471 et 472 de l'AUSCGIE révisé.

²¹² CA Daloa, arrêt n°35 du 4 février 2004 : Juris Ohada 2004, n°3, p.58, ohadata J-04-393.

2- Les pouvoirs du représentant de la société

L'Acte Uniforme précise les pouvoirs du directeur général. Ainsi, aux termes de l'article 487 de l'AUSCGIE : « le directeur général assure la direction générale de la société. Il la représente dans ses rapports avec les tiers. Pour l'exercice de ces fonctions, il est investi des pouvoirs les plus étendus qu'il exerce dans la limite de l'objet social et sous réserve de ceux expressément attribués aux assemblées générales ou spécialement réservés au conseil d'administration par des dispositions légales ou statutaires ». Tout comme pour le président directeur général, les pouvoirs du directeur général s'exerce dans la limite de l'objet social et sans enfreindre les attributions de l'assemblée générale et du conseil d'administration.

Mais quoique limités, les pouvoirs étendus du directeur général peuvent le placer dans une situation de conflit de compétences ou d'intérêts avec les autres organes de la société. En effet, comme cela été relevé à juste titre : « la lecture combinée des articles 435, 465-3 et 487 de l'Acte Uniforme laisse percevoir une confusion de pouvoirs entre le conseil d'administration, le président directeur général et le directeur général, car en effet, ces différents organes sont tous investis des pouvoirs les plus étendus ; cette confusion peut conduire à des conflits de pouvoirs et d'intérêts dans la SA »²¹³.

En outre, la société est engagée par les actes du directeur général n'entrant pas dans l'objet social, vis-à-vis des tiers de bonne foi dans les conditions et limites de l'article 122 de l'AUSCGIE. Les limitations de ses pouvoirs ne sont pas opposables à ces tiers²¹⁴. Le directeur général détient donc le pouvoir d'agir en justice, et notamment, celui de déclarer des créances au nom de la société. Il a été jugé en effet que : « un administrateur d'une société ne peut représenter celle-ci sans mandat du conseil d'administration ou se prévaloir de la qualité de directeur général en l'absence du représentant légal »²¹⁵. De ce fait, seule une délibération expresse du conseil d'administration ou une clause statutaire peut apporter des restrictions à ce pouvoir²¹⁶.

Dés lors, le directeur général est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société à condition cependant que l'acte qu'il accomplit entre dans l'objet social ou qu'il ne soit pas expressément réservé aux assemblées d'actionnaires ou au

²¹³ D.Schmidt, « les conflits d'intérêts dans la société anonyme », pratique des affaires, éd., Joly, 2004, cit, sous les commentaires de l'article 487 de l'AUSCGIE révisé.

²¹⁴ Article 488 alinéa 2 de l'AUSCGIE révisé.

²¹⁵ CCJA, arrêt n°024/2013 du 18 avril 2013, juridita n°J.024-04/2013.

²¹⁶ Cass.com, 10/2/2009 n°07-21.216 : RJDA 5/09 n°449.

conseil d'administration. En effet, cette condition permet d'éviter que le principe de répartition légale des pouvoirs entre les organes sociaux ne soit méconnu²¹⁷.

En temps que représentant de la société, le directeur général peut valablement déléguer ce pouvoir sans qu'il soit besoin de le préciser dans la délibération du conseil d'administration qui le désigne²¹⁸. C'est en ce sens qu'il a été jugé que : « doit être déclaré irrecevable pour défaut de qualité pour agir, l'appel interjeté au nom d'une personne morale, par une personne autre le représentant légal, sans pouvoir spécial de celui-ci »²¹⁹. Dans le même ordre d'idées, il a été jugé que : « le secrétaire général d'une société n'a pas qualité pour signer le mandat spécial de représentation devant la CCJA, en l'absence de preuve du mandat reçu à cet effet »²²⁰.

Toutefois, le directeur général « ne saurait déléguer à un tiers l'intégralité de ses pouvoirs »²²¹. Cette solution est logique en ce qu'elle est justifiée par le principe de la répartition légale des pouvoirs entre les organes de la société anonyme. Le principe de la répartition légale des pouvoirs est donc, à n'en point douter une garantie essentielle du respect par les différents organes sociaux de l'intérêt social.

En vue de rendre transparente la gestion sociale, dans le souci de protéger l'intérêt social et éviter autant que faire se peut les conflits d'intérêts, le législateur OHADA a également consacré l'omniprésence du contrôleur légal (Paragraphe II).

²¹⁷ Voir en ce sens, CA Paris, 16/5/1978, Rev. Sociétés 1979, p.72 note J.G.

²¹⁸ Cass.com, 10/2/2009 n°07-21.216 : RJDA 5/09 n°449.

²¹⁹ CCJA, arrêt n°22/2003 du 6 novembre 2003, le juris OHADA n°4/2003 octobre-décembre 2003, p.13.

²²⁰ CCJA, 1ère ch., Arrêt n°086/2017 du 27 avril 2017, Aff. Société MTN Côte d'Ivoire c/ Société ORICEL SA dite Green CI.

²²¹ Cass.com, 11/6/1965 : Bull.civ. III n°361.

Paragraphe II : L'omniprésence du contrôleur légal

Il s'agit à travers cette partie de voir le rôle important que joue le commissaire aux comptes dans le contrôle de gestion, mais aussi et surtout de voir les incompatibilités qui le frappent. Pour cela, notre analyse va se baser essentiellement sur les sociétés anonymes dans lesquelles le commissaire aux comptes joue un rôle prépondérant, tout en évoquant au besoin, les autres types de sociétés.

Il convient de saluer les innovations apportées par la réforme dans le sens de la généralisation du commissariat aux comptes dans toutes les sociétés commerciales. En effet, alors que le commissariat aux comptes n'était prévu dès le départ que pour les sociétés à risque limité (SA, SARL), désormais, il est possible de disposer d'un commissariat aux comptes dans les sociétés à risque illimité, à savoir les SNC²²² et les SCS²²³. Aussi, dans les SAS les associés peuvent-ils nommer un ou plusieurs commissaires aux comptes²²⁴.

De ce fait, l'Acte Uniforme répond aux exigences de la « corporate governance » notamment le principe V de l'OCDE « transparence et diffusion de l'information » selon lequel : « un régime de gouvernement d'entreprise doit garantir la diffusion en temps opportun d'informations exactes sur tous les sujets significatifs concernant l'entreprise, notamment la situation financière, les résultats, l'actionnariat et le gouvernement de cette entreprise ».

Cela nous permettra de mettre en exergue d'une part, les mécanismes mis en place par le législateur OHADA pour que la mission du commissaire aux comptes contribue à la protection de l'intérêt social.

Et d'autre part, de voir les mécanismes mis en place pour que dans l'exercice de sa mission, le commissaire aux comptes ne soit pas lui-même dans une situation de conflit d'intérêts pouvant le conduire à méconnaître l'intérêt social.

A cet effet, nous examinerons d'abord le renforcement de la mission du contrôleur légal qu'est le commissaire aux comptes (A), avant de voir l'extension des incompatibilités (B).

²²² Voir article 289-1 de l'AUSCGIE.

²²³ Voir article 293-1 de l'AUSCGIE pour application par renvoi des règles de la SNC à la SCS.

²²⁴ Voir à cet égard les dispositions de l'article 853-13 et s. de l'AUSCGIE.

A- Le renforcement de la mission du commissaire aux comptes

La révision de l'Acte Uniforme a été l'occasion pour le législateur OHADA de renforcer la mission des commissaires aux comptes tout en rendant leur présence obligatoire dans les sociétés anonymes. En effet, l'article 694 de l'AUSCGIE impose aux sociétés anonymes de désigner un commissaire aux comptes et un suppléant. Lorsque la société fait publiquement appel à l'épargne, l'article 702 de l'AUSCGIE l'oblige à avoir au moins deux commissaires aux comptes et deux suppléants.

1- Les personnes habilitées à être commissaires aux comptes

Il est précisé que : « les fonctions de commissaire aux comptes sont exercées par des personnes physiques ou par des sociétés constituées par ces personnes physiques, sous l'une des formes prévues par le présent Acte Uniforme »²²⁵. L'article 695 d'ajouter que : « lorsqu'il existe un ordre des experts-comptables dans l'Etat-partie du siège de la société objet du contrôle, seuls les experts-comptables inscrits au tableau de l'ordre peuvent exercer les fonctions de commissaires aux comptes ». Lorsqu'il n'existe pas un ordre des experts comptables dans l'Etat partie, les dispositions de l'article 696 sont applicables. On peut estimer, que sous réserve des dispositions de l'article 696 de l'AUSCGIE, seuls les experts comptables sont en principe habilités à être commissaires aux comptes.

Au regard de l'importance qu'accorde le législateur OHADA aux commissaires aux comptes dans la vie d'une société commerciale, il a pris le soin de préciser à l'article 701 de l'AUSCGIE que « toute décision prise en violation de ces dispositions est nulle ».

Comme cela a été souligné à juste titre : « l'institution d'un commissaire aux comptes suppléant a vu le jour dans l'ancien texte et a pour objectif essentiel de pallier les manquements du titulaire du poste »²²⁶. Cette institution ressemble à celle prévue au bénéfice des créanciers contrôleurs dans le cadre d'une procédure collective. En effet, le créancier-contrôleur a le droit d'agir en cas de carence du syndic dans l'intérêt collectif. On pourrait estimer que le commissaire suppléant serait en quelque sorte pour le commissaire aux comptes, ce que le subrogé-tuteur est au tuteur²²⁷. L'Acte Uniforme ne mentionne que trois cas dans lesquels le commissaire suppléant peut remplacer le commissaire titulaire. En effet, c'est l'article 728 qui précise que : « en cas d'empêchement, de démission ou du décès du

²²⁵ Article 694 alinéa 2 de l'AUSCGIE.

²²⁶ Commentaires sous l'article 702 de l'AUSCGIE révisé.

²²⁷ Le subrogé tuteur a en outre une fonction de remplacement plus étendue que celle du suppléant.

commissaire aux comptes, ses fonctions sont exercées par le commissaire aux comptes suppléant jusqu'à la cessation de l'empêchement ou, lorsque l'empêchement est définitif, jusqu'à l'expiration du mandat du commissaire aux comptes empêché ». Il convient de souligner qu'il a été jugé en jurisprudence que : « le président d'une société de commissaire aux comptes ne peut pas être simultanément suppléant de cette société »²²⁸.

2- L'élargissement du champ d'investigation des commissaires aux comptes

Le renforcement de la mission des commissaires aux comptes se constate d'abord par l'élargissement de leur champ d'investigation. En effet, il lui est désormais confié la mission de contrôler le respect de l'égalité entre actionnaires. Ainsi, aux termes de l'article 714 de l'Acte Uniforme, « le commissaire aux comptes s'assure...que l'égalité entre les associés est respectée, notamment que toutes les actions d'une même catégorie bénéficient des mêmes droits ». En permettant au commissaire aux comptes de contrôler le principe d'égalité entre associés, cette disposition contribue indéniablement à la protection de l'intérêt social qui ne doit pas être confondu avec l'intérêt des majoritaires.

En outre, et comme cela a été souligné à juste titre : « ce contrôle permet, en amont, d'éradiquer les sources de certains litiges entre actionnaires »²²⁹ ou entre ceux-ci et les dirigeants sociaux.

Il faut surtout mentionner le droit pour le commissaire aux comptes de déclencher l'alerte. En effet, aux termes de l'article 150 de l'AUSCGIE, « le commissaire aux comptes, dans les sociétés autres que les sociétés anonymes demande par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception des explications au gérant qui est tenu de répondre, dans les conditions et délais fixés aux articles suivants, sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation qu'il a relevé lors de l'examen des documents qui lui sont communiqués ou dont il a connaissance à l'occasion de l'exercice de sa mission ». L'article 153 de l'AUSCGIE prévoit des dispositions identiques applicables dans les sociétés anonymes et dans les sociétés par actions.

De telles dispositions permettent aux commissaires aux comptes d'alerter les dirigeants et/ou la juridiction compétente sur la situation de la société et les mesures qu'il faille prendre afin d'éviter sa dégradation. Mais surtout, elles permettent de dévoiler, lorsque c'est le cas,

²²⁸ Cass.com, 28 janvier 1992 :Rev. Sociétés 1992, p.727 note D. Vidal ;

²²⁹ FENEON A., « la mésentente entre actionnaires dans les sociétés anonymes régies par l'Acte Uniforme OHADA » cit., en commentaires sur l'article 714 de l'AUSCGIE révisé ;

l'existence d'un risque de compromission de l'intérêt social. L'existence des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation justifie l'ouverture de la procédure d'alerte. Ainsi, il a été jugé que : « lorsque le commissaire aux comptes relève des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, il y'a urgence et le juge des référés est compétent même si la procédure d'alerte n'a pas été mise en œuvre »²³⁰.

Pour se faire, le commissaire aux comptes doit prendre en considération non seulement les informations qu'il peut tirer de l'analyse des différents états financiers établis par la société mais aussi tous autres événements pouvant avoir des conséquences importantes sur l'évolution de l'entreprise : contentieux en cours, sous-activité notable, conflits sociaux graves et répétés, pertes de brevets ou de licences, perte de gros clients ou fournisseurs, départ des principaux animateurs, dirigeants ou cadres, troubles sociaux ou politiques graves sur les principaux marchés de l'entreprise²³¹.

3- Les missions classiques du commissaire aux comptes

Il n'est pas superflu de rappeler ici les missions classiques du commissaire aux comptes. Il s'agit entre autres de la mission de certification de la régularité et de la sincérité des états financiers de synthèse prévue aux articles 710 et suivants de l'AUSCGIE, de la dénonciation au ministère public des faits délictueux découverts (article 716 de l'AUSCGIE). Il s'agit là d'une mission de contrôle qui lui permet de vérifier les valeurs et documents comptables de la société²³².

Enfin, il convient de souligner que l'article 715 de l'AUSCGIE prévoit que le commissaire aux comptes doit dresser un rapport qu'il présente lors de la réunion du conseil d'administration convoquée pour préparer l'assemblée générale ordinaire annuelle, et à laquelle le commissaire aux comptes doit être impérativement convié²³³. Comme cela a été précisé, le rapport que le commissaire aux comptes fait au conseil d'administration ou à l'administrateur général ou, comme le prévoit désormais ce texte, au comité d'audit selon les cas, plus ou moins dense, est différent de celui présenté à l'assemblée générale ordinaire annuelle visée par l'article 711²³⁴. Il lui appartient de contrôler la conformité de la

²³⁰ CA Cotonou, arrêt n°178/179 du 30 septembre 1999 : Ohadata J-06-144.

²³¹ A cet égard, voir T.com. Lille 5/5/1987 : Rev.jur.com.1987.225 note DERRIDA, in F. LEFEBVRE, op.cit., p.1494, n° 90511.

²³² Article 712 de l'AUSCGIE.

²³³ Article 722 de l'AUSCGIE ;

²³⁴ Commentaires sous l'article 715 de l'AUSCGIE.

comptabilité de la société et de vérifier la sincérité et la concordance, avec les états financiers de synthèse, des informations données dans le rapport de gestion du conseil d'administration ou de l'administrateur général selon le cas ; dans les documents sur la situation financière et les états financiers adressés aux actionnaires²³⁵. Cette mission permanente du commissaire aux comptes contribue à protéger l'intérêt social en ce qu'elle lui permet de contrôler la gestion des dirigeants.

Pour corroborer le tout, l'article 716 précise que : « le commissaire aux comptes signale, à la plus prochaine assemblée générale, les irrégularités et les inexactitudes relevées par lui au cours de l'accomplissement de sa mission ». Et l'alinéa 2 d'enchaîner : « en outre, il révèle au ministère public les faits délictueux dont il a eu connaissance dans l'exercice de sa mission, sans que sa responsabilité puisse être engagée par cette révélation ».

Outre ce cas, les commissaires aux comptes sont tenus au secret professionnel²³⁶. Quant au sort des délibérations prises en violation de ces dispositions, l'article 717-1 précise qu'elles sont frappées de nullité sauf confirmation expresse par une assemblée générale sur le rapport du commissaire aux comptes régulièrement désigné.

4- La reconnaissance d'un droit à l'information au commissaire aux comptes

Le commissaire aux comptes dispose d'un droit d'information. Il faut surtout mentionner que l'Acte Uniforme donne au commissaire aux comptes un droit d'investigation étendu. En effet, l'article 720 dispose que : « le commissaire aux comptes peut également recueillir toutes informations utiles à l'exercice de sa mission auprès des tiers qui ont accompli des opérations pour le compte de la société. Toutefois, ce droit d'information ne peut s'étendre à la communication des pièces, contrats et documents quelconques détenus par des tiers, à moins qu'il n'y soit autorisé par une décision de la juridiction compétente statuant à bref délai. Le secret professionnel ne peut être opposé au commissaire aux comptes sauf par les auxiliaires de justice ».

²³⁵ Articles 712 et 713 de l'AUSCGIE.

²³⁶ Article 717 dispose en effet que, « sous réserve de l'article 716 ci-dessus, le commissaire aux comptes, ainsi que ses collaborateurs sont astreints au secret professionnel pour les faits, actes et renseignements dont ils ont pu avoir connaissance en raison de leurs fonctions ».

5- Les obligations du commissaire aux comptes

En contrepartie de ses pouvoirs, le commissaire aux comptes a aussi des obligations.

a- Les obligations à l'égard des dirigeants

D'abord, il y'a des obligations à l'égard des dirigeants sociaux. En effet, il doit mettre à la disposition du président du conseil d'administration ou de l'administrateur général avant la réunion du conseil ou la décision de l'administrateur général qui arrête les comptes un rapport²³⁷. Ce rapport porte sur les contrôles et vérifications auxquels il a procédé et les différents sondages auxquels il s'est livré ainsi que les résultats ; les postes du bilan et des autres documents comptables auxquels des modifications lui paraissent devoir être apportées en faisant toutes les observations utiles sur les méthodes d'évaluation utilisées pour l'établissement de ces documents.

Il doit aussi comporter les irrégularités et les inexactitudes qu'ils auraient découvertes ; les conclusions auxquelles conduisent les observations et émises sur les résultats de l'exercice comparés à ceux du dernier exercice.

Il est cependant regrettable de constater que le législateur OHADA n'a pas précisé le délai dans lequel ce rapport doit être présenté. Une telle imprécision du législateur peut fragiliser l'efficacité de ce mécanisme en le dénuant de son objectif. Comme cela a été relevé à juste titre : « le rapport du commissaire aux comptes peut être déposé le jour même avant la tenue de la réunion du conseil d'administration ou de la décision de l'administrateur »²³⁸.

b- Les obligations à l'égard des actionnaires et/ou associés

Le commissaire aux comptes a également des obligations à l'égard des actionnaires et/ou associés réunis en assemblée générale ordinaire annuelle. C'est d'ailleurs à leur propos que l'omniprésence du commissaire aux comptes est plus marquée. En effet, le commissaire aux comptes doit rendre compte aux actionnaires et associés de la SARL, selon le cas, à l'assemblée générale en déposant son rapport au siège social 15 jours au moins avant l'assemblée. Il est heureux de constater ici, que le législateur a pris le soin de préciser le délai dans lequel le rapport doit être déposé. Il s'agit du rapport général par lequel il donne son opinion sur la régularité et la sincérité des états financiers qui donnent une image fidèle

²³⁷ Article 715 de l'AUSCGIE.

²³⁸ Oumar SAMBE et ali, op.cit., p. 406, n°1861.

résultant des opérations écoulées ainsi que de la situation financière et du patrimoine de la société à la fin de l'exercice.

L'article 711 oblige le commissaire aux comptes à motiver son opinion en cas de réserves ou impossibilité d'exprimer une opinion. Il peut ainsi, émettre une opinion sans réserves ou avec réserves ou encore refuser d'émettre une opinion. L'opinion avec réserves peut se justifier lorsque le commissaire aux comptes a constaté des erreurs, des anomalies ou des irrégularités sur l'application des règles et principes comptables dont l'incidence, bien que significative, est insuffisante pour rejeter l'ensemble des comptes annuels. Il en est ainsi lorsque le commissaire aux comptes, n'a pas pu mettre en œuvre les diligences qu'il avait estimées nécessaires bien que les limitations qui lui ont été imposées ne lui semblent pas suffisamment importantes pour refuser d'émettre une opinion sans réserves.

Quant au refus d'émettre une opinion, il peut se justifier par les deux raisons avancées ci haut à propos de la réserve. Mais il peut se justifier aussi par le fait qu'il a constaté des incertitudes affectant les comptes annuels dont la résolution dépend d'évènements futurs et dont l'importance estimée est telle qu'il ne lui est pas possible de se faire une opinion sur l'ensemble des comptes annuels. Il en résulte que : « ce rapport doit aussi donner l'opinion du commissaire aux comptes sur la sincérité des informations données dans le rapport du conseil d'administration ou de l'administrateur général selon le cas et des documents adressés aux actionnaires sur la situation financière et les états financiers de synthèse de la société »²³⁹.

Il s'y ajoute que, les articles 353 et 440 prévoient l'établissement d'un rapport spécial adressé à l'assemblée générale sur les conventions soumises à autorisation que nous allons étudier après.

L'intervention du commissaire aux comptes est d'autant plus constante, qu'il intervient dans la certification des rémunérations versées aux 10 ou 5 dirigeants sociaux et salariés les mieux rémunérés selon que l'effectif excède ou non deux cents salariés²⁴⁰. Il établit ensuite, un rapport spécial sur les rémunérations exceptionnelles que le conseil d'administration peut allouer à ses membres pour les missions et mandats qui leur sont confiés²⁴¹. En outre, il établit un rapport sur l'acquisition d'un bien appartenant à un actionnaire dans les deux ans suivant

²³⁹ Oumar SAMBE, op. cit., p. 408, n°1866.

²⁴⁰ Article 525 AUSCGIE.

²⁴¹ A cet égard, voir les dispositions des articles 432, 438 et suivants de l'AUSCGIE.

l'immatriculation de la société, dont la valeur est au moins égale à 5.000.000FCFA²⁴². Dans la même perspective, le commissaire aux comptes établit un rapport spécial lorsque la continuité de l'exploitation se trouve compromise²⁴³.

Pour les sociétés inscrites en bourse, le commissaire aux comptes doit établir non seulement les rapports général et spécial mais également les attestations des états financiers de synthèse de la société et de la décision de l'affectation du résultat. Les documents en question doivent être publiés 45 jours suivant l'approbation des états financiers par l'assemblée générale ordinaire. Il établit aussi s'il y a lieu, l'attestation sur la sincérité du tableau d'activité et de résultat semestriel de la société et consolidé²⁴⁴.

Le commissaire aux comptes a, en outre, des obligations à l'égard des actionnaires réunis en assemblée générale extraordinaire. Il doit en effet, établir et présenter un rapport sur l'augmentation du capital ou sur la suppression du droit préférentiel de souscription²⁴⁵. Il en est ainsi, en cas de délégation des pouvoirs de l'assemblée au conseil d'administration ou à l'administrateur en cas d'augmentation de capital ou en cas de réduction du capital²⁴⁶. Le commissaire aux comptes certifie l'exactitude de l'arrêté de compte en cas de libération par compensation de créances²⁴⁷.

En cas de transformation, il établit un rapport sur la transformation de la société anonyme ou sur la transformation de la société à responsabilité limitée ou en cas de fusion avec une autre société²⁴⁸. Enfin, le commissaire aux comptes doit établir un rapport spécial en cas d'émission de rachat ou de conversion des actions de préférence ou en cas d'émission de valeurs mobilières composées²⁴⁹.

c- Les obligations à l'égard du ministère public

Outre, les obligations à l'égard des actionnaires et des dirigeants, le commissaire aux comptes a également des obligations d'information à l'égard du ministère public. En effet, il doit lui révéler les faits délictueux dont il a eu connaissance dans l'exercice de sa mission sans que sa

²⁴² Article 547 AUSCGIE.

²⁴³ Article 152 de l'AUSCGIE.

²⁴⁴ Articles 849, 852 de l'AUSCGIE.

²⁴⁵ Articles 564, 590, 591 de l'AUSCGIE.

²⁴⁶ Articles 592, 630 de l'AUSCGIE.

²⁴⁷ Articles 611, 614 et 853-13 de l'AUSCGIE.

²⁴⁸ Articles 691, 692, 375, 672 de l'AUSCGIE.

²⁴⁹ Articles 778.2 et suivants, 822.5 et suivants de l'AUSCGIE.

responsabilité puisse être engagée par cette révélation. L'inexécution de cette obligation est d'ailleurs pénalement sanctionnée²⁵⁰.

Enfin, toute entrave à l'exercice de l'action d'un commissaire aux comptes notamment dans le cadre de ses attributions prévues à l'article 718 de l'Acte Uniforme est pénalement sanctionnée²⁵¹. Des telles dispositions permettent au commissaire aux comptes d'exercer plus librement sa mission et de pouvoir relever les irrégularités de gestion. Ce dispositif est, à n'en point douter, important pour une protection efficace de l'intérêt de la société. L'obligation de révéler les irrégularités au ministère public évoque la prise en compte par le législateur de la conception extensive de l'intérêt social qui transcende l'intérêt des associés.

On assiste à une intégration par le législateur OHADA des exigences de la « corporate governance » en matière de contrôle légal. En effet, le point B du principe V de l'OCDE précise que : « il convient d'établir et de diffuser ces informations conformément à des normes de grande qualité reconnues au niveau international, en matière de comptabilité et de communication financière et non financière ». Et le point C d'en rajouter que : « une vérification des comptes doit être effectuée chaque année par un auditeur indépendant, compétent et qualifié, chargé de donner au conseil d'administration et aux actionnaires un avis externe et objectif certifiant que les états financiers rendent compte fidèlement de tous les aspects importants de la situation financière et des résultats de la société ».

D'une manière générale, du simple "magistrat du chiffre"²⁵², le commissaire aux comptes est devenu progressivement la "conscience morale des dirigeants"²⁵³, "gardien du droit"²⁵⁴ ou de la « légalité »²⁵⁵, et est en passe d'être le "gardien de la morale sociétale"²⁵⁶.

²⁵⁰ Articles 716 et 899 de l'AUSCGIE.

²⁵¹ Articles 897 et 900 de l'AUSCGIE.

²⁵² F. Bloch-Laine, préface "La commission des opérations de bourse et les commissaires aux comptes", *Economica*, 1975.

²⁵³ J. Foyer cité par Hémard, Terré et Mabilat, op. cit. t. II, n° 991, p. 786.

²⁵⁴ E. Du Pontavice art., préc. *Mélanges Cabrilac* 1968, p. 400.

²⁵⁵ A. Sayag, ouvrage préc. spéc. n°1 et s.

²⁵⁶ J.F. Barbiéri, *Morale des affaires et commissariat aux comptes*, P.A. 24 janvier, 1996, n° 11. Selon l'auteur, le commissaire aux comptes, lorsqu'il certifie que les comptes sociaux sont sincères et donnent une image fidèle, il est gardien de la morale à cet "instant t". Le débat mondial actuel sur la moralisation du monde des affaires voudrait qu'il soit le gardien d'une "morale dynamique", à tout instant de la vie et de l'activité des entités sous son contrôle.

Cela dit, il convient de voir l'extension des incompatibilités des commissaires aux comptes par l'Acte Uniforme, toute chose qui contribue à protéger l'intérêt social par la prévention des conflits d'intérêts (B).

B- L'extension des incompatibilités des commissaires aux comptes

L'institution d'une incompatibilité est un mécanisme idéal de prévention des conflits d'intérêts pouvant se poser aux commissaires aux comptes dans l'exercice de leur mission, et par voie de conséquence, d'assurer la protection de l'intérêt de l'entité dans laquelle ces derniers interviennent.

1- L'institution d'une compatibilité visant à assurer l'indépendance et la crédibilité du commissaire aux comptes

Celle-ci est prévue à l'article 697 de l'AUSCGIE qui précise d'entrée de jeu que : « les fonctions des commissaires aux comptes sont incompatibles :

- 1) avec toute activité ou tout acte de nature à porter atteinte à son indépendance ;
- 2) avec tout emploi salarié. Toutefois, un commissaire aux comptes peut dispenser un enseignement se rattachant à l'exercice de sa profession ou occuper un emploi rémunéré chez un commissaire aux comptes ou chez un expert comptable ;
- 3) avec toute activité commerciale, qu'elle soit exercée directement ou par personne interposée ». Ces incompatibilités ont pour but d'assurer l'indépendance et la crédibilité des commissaires aux comptes. Aussi, l'article 898 de l'AUSCGIE frappe-t-il de sanction pénale le non respect de ces incompatibilités.

En outre, afin d'éviter un conflit d'intérêts dans l'exercice de leur mission susceptible de compromettre l'intérêt social, le législateur OHADA a institué une autre incompatibilité à l'accès au commissariat aux comptes.

2- L'institution des incompatibilités visant à prévenir les conflits d'intérêts

Aux termes de l'article 698 : « ne peuvent être commissaires aux comptes :

- 1) les fondateurs, actionnaires, bénéficiaires d'avantages particuliers, dirigeants sociaux de la société ou de ses filiales, ainsi que leur(s) conjoint(s) ;
- 2) les parents et alliés jusqu'au quatrième degré inclus, des personnes visées à 1) du présent article ;

3) les dirigeants sociaux de sociétés possédant le dixième du capital, ainsi que leur(s) conjoint(s) ;

4) les personnes qui, directement ou indirectement, ou par personne interposée, reçoivent, soit des personnes figurant au 1) du présent article, soit de toute société visée au 3) du présent article, un salaire ou une rémunération quelconque en raison d'une activité permanente autre que celle de commissaire aux comptes ; il en est de même pour les conjoints de ces personnes ;

5) les sociétés de commissaires aux comptes dont l'un des associés, actionnaires ou dirigeants se trouve dans l'une des situations visées aux alinéas précédents ;

6) les sociétés de commissaires aux comptes dont soit l'un des dirigeants, soit l'associé ou l'actionnaire exerçant les fonctions de commissaire aux comptes, a son conjoint qui se trouve dans l'une des situations visées prévues au 5 du présent article ». Cette disposition constitue un contrepoids essentiel dans la protection de l'intérêt social, en ce qu'elle interdit le contrôle de la société aux personnes ayant un lien direct ou indirect, personnel ou patrimonial avec la société à contrôler. Elle vise à garantir l'indépendance des commissaires aux comptes.

Lorsqu'ils sont en fonction, les commissaires aux comptes ne peuvent être nommés administrateurs, administrateurs généraux, administrateurs généraux adjoints, directeurs généraux, directeurs généraux adjoints ou plus généralement dirigeants sociaux des sociétés qu'ils contrôlent moins de cinq années après la cessation de leur mission de contrôle desdites sociétés. Cette disposition de l'article 699 de l'AUSCGIE vise à garantir leur impartialité et constitue un mécanisme important en matière de prévention des conflits d'intérêts. L'alinéa 2 de l'article 699 ajoute que : « la même interdiction est applicable aux associés d'une société de commissaires aux comptes. Pendant le même délai, il ne peut exercer la même mission de contrôle ni dans les sociétés possédant le dixième du capital de la société contrôlée par lui, ni dans les sociétés dans lesquelles la société contrôlée par lui possède le dixième du capital, lors de la cessation de sa mission de contrôle de commissaire aux comptes ».

Enfin, l'article 700 de l'AUSCGIE pose l'interdiction aux personnes ayant été administrateurs, administrateurs généraux, administrateurs généraux adjoints, directeurs généraux ou directeurs généraux adjoints, gérants ou salariés d'une société d'être nommées commissaires aux comptes de la société moins de cinq années après la cessation de leurs fonctions de ladite société. Elles ne peuvent non plus être nommées commissaires aux

comptes dans les sociétés possédant dix pour cent du capital social de la société dans laquelle elles exerçaient leurs fonctions ou dont celles-ci possédaient dix pour cent du capital lors de la cessation de leurs fonctions. Cette interdiction est étendue par l'alinéa 3 aux « sociétés de commissaires aux comptes dont lesdites personnes sont associées, actionnaires ou dirigeants ».

L'efficacité de ce dispositif est renforcée par la nullité des délibérations irrégulières. En effet, l'article 701 de l'AUSCGIE dispose que : « les délibérations prises à défaut de la désignation régulière de commissaires aux comptes titulaires ou sur le rapport de commissaires aux comptes titulaires nommés ou demeurés en fonction contrairement aux dispositions des articles 694 à 700 ci-dessus sont nulles. L'action en nullité est éteinte si ces délibérations sont expressément confirmées par une assemblée générale, sur le rapport de commissaires régulièrement désignés ».

L'Acte uniforme ne règle pas la question de prise d'intérêt. En droit comparé, le commissaire aux comptes ne doit pas prendre, recevoir ou conserver directement ou indirectement, un intérêt auprès de la société dont il est chargé de certifier les comptes, ou auprès d'une société qui la contrôle ou qui est contrôlée par elle²⁵⁷.

Pour mieux comprendre le rôle des incompatibilités des commissaires aux comptes dans la protection de l'intérêt social, il convient de convoquer certaines dispositions du code de déontologie des commissaires aux comptes français. Ainsi, l'article 27, I de ce code précise que : « l'exercice de la mission du commissaire aux comptes est incompatible avec tout lien familial entre d'une part, une personne occupant une fonction sensible au sein de la société dont les comptes sont certifiés et d'autre part, le commissaire aux comptes ou l'un des membres de son équipe ou l'un des membres de la direction de la société de commissaires aux comptes ».

Le code prend le soin de préciser que, la notion de **lien familial** vise les ascendants y compris au premier ou au deuxième degré et par filiation adoptive, les conjoints, les partenaires d'un PACS, les concubins ainsi que les ascendants et descendants de ces personnes²⁵⁸. Par l'exercice des **fonctions sensibles**, il faut entendre toute personne ayant la qualité de mandataire social ; tout proposé de la société chargé de tenir les comptes ou d'élaborer les

²⁵⁷ Article L 233-3, I et II du code de commerce.

²⁵⁸ Article 27, I in fine.

états financiers et les documents de gestion ; tout cadre dirigeant pouvant exercer une influence sur l'établissement de ces états et documents²⁵⁹.

Quant au membre de la direction d'une société de commissaires aux comptes, il faut entendre toute personne pouvant influencer sur les opinions exprimées dans le cadre de la mission de contrôle légal ou qui dispose d'un pouvoir décisionnel en ce qui concerne la gestion, la rémunération, la promotion ou la supervision des membres de l'équipe chargée de cette mission²⁶⁰.

En outre, le code de déontologie définit les liens financiers²⁶¹. Il s'agit d'abord de la détention directe ou indirecte, d'actions ou de tous autres titres donnant ou pouvant donner accès directement ou indirectement, au capital ou aux droits de vote de la société, sauf lorsqu'ils sont acquis par l'intermédiaire d'un OPCVM²⁶², à moins qu'il ne s'agisse d'un OPCVM contractuel ou d'un fonds commun de placement à risque contractuel. Ensuite, il s'agit de la détention directe ou indirecte, de titres de créance ou de tous autres instruments financiers émis par la société. Puis, il peut s'agir de l'octroi ou le maintien après le début de la mission de tout prêt ou avance auprès de la société. Enfin, il peut s'agir de la souscription d'un contrat d'assurance auprès de la société.

Dans la même perspective, le code définit le lien professionnel en ces termes : « constitue un lien professionnel toute situation qui établit entre le commissaire aux comptes et la société dont il certifie les comptes un intérêt commercial ou financier commun en dehors des opérations courantes conclues à des conditions habituelles du marché »²⁶³.

Ensuite, il est interdit au commissaire aux comptes de fournir à la société qui l'a chargé de certifier ses comptes, ou aux sociétés qui la contrôlent ou qui sont contrôlées par celle-ci, tout conseil ou toute autre prestation de services n'entrant pas dans les diligences directement liées

²⁵⁹ Article 26 du code de déontologie précité.

²⁶⁰ Article 26.

²⁶¹ Article 28-I modifié par le décret-131 du 10 février 2010.

²⁶² L'appellation OPCVM signifie Organisme de Placement Collectif en Valeurs Mobilières. L'OPCVM recouvre principalement deux types d'entités, les FCP (Fonds Commun de Placement) et les SICAV (Société d'investissement à Capital Variable). L'OPCVM est un produit d'épargne qui présente trois grandes caractéristiques. Tout d'abord, l'OPCVM permet de détenir une partie d'un portefeuille de valeurs mobilières (actions, obligations...) en commun avec d'autres investisseurs. (Lexique des termes financiers, p. 18.).

²⁶³ Article 29-I.

à la mission du commissaire aux comptes²⁶⁴. Ce dispositif permet sans nul doute d'assurer une protection efficace à l'intérêt social en évitant les conflits d'intérêts.

3- Le droit de récusation et de révocation du commissaire aux comptes

Il faut souligner que le droit de récusation des commissaires aux comptes est également prévu par l'Acte Uniforme. Ainsi, aux termes de l'article 730 : « 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 ». Il faut reconnaître le mérite d'une telle disposition en ce sens que, le droit de récusation, peut être un moyen pertinent de protection de l'intérêt social en cas de suspicion de conflit d'intérêts.

A côté du droit de récusation, l'Acte Uniforme reconnaît également un droit de révocation²⁶⁵. Mais qu'il s'agisse de la récusation ou de la révocation, la demande doit être portée devant la juridiction compétente statuant à bref délai. L'assignation doit être formée contre le commissaire aux comptes et contre la société. Elle est présentée dans un délai de 30 jours à compter de la date de l'assemblée générale ayant désigné le commissaire aux comptes²⁶⁶. Elle est présentée sous forme de requête lorsqu'elle émane du ministère public²⁶⁷.

Enfin, la décision rendue en vue de la révocation ou de la récusation est susceptible d'appel. L'appel doit intervenir dans un délai de 15 jours à compter de la signification aux parties de cette décision²⁶⁸.

Le commissaire aux comptes peut engager sa responsabilité civile tant à l'égard de la société que des tiers, des conséquences dommageable, des fautes et négligences qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions. Il faut cependant, préciser que cette responsabilité n'est pas engagée pour les informations ou divulgations des faits auxquels il procède en exécution de sa mission au cours des procédures d'alerte²⁶⁹. Aussi, l'article 726 précise-t-il que le commissaire aux comptes n'est pas responsable des dommages causés par les infractions

²⁶⁴ Article 10 du code précité.

²⁶⁵ Article 731 dispose en effet que, « un ou plusieurs actionnaires représentant le dixième 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 de sa part ou en cas d'empêchement ».

²⁶⁶ Article 732 de l'AUSCGIE.

²⁶⁷ Article 733 de l'AUSCGIE.

²⁶⁸ Article 734 de l'AUSCGIE.

²⁶⁹ Article 725 de l'AUSCGIE.

commises par les membres du conseil d'administration ou par l'administrateur général, sauf si en ayant eu connaissance, il ne les a pas révélées dans son rapport à l'assemblée. Cette action se prescrit par trois ans à compter de la date du fait dommageable et par dix ans lorsque le fait dommageable est qualifié crime²⁷⁰. Enfin, comme nous l'avons souligné plus haut, la responsabilité pénale du commissaire aux comptes peut être engagée ainsi que le prévoient les articles 898 et 899 de l'Acte uniforme.

Cette disposition consacre de façon expresse et détaillée, l'exigence de la « corporate governance » inscrite au principe V de l'OCDE, notamment en son point D qui dispose que : « les auditeurs externes doivent être responsables devant les actionnaires et ont l'obligation vis-à-vis de la société de mener à bien la révision des comptes avec toute la diligence que l'on est en droit d'attendre de professionnels ».

Au vu de tout ce qui précède, il est certain que le législateur OHADA, en règlementant aussi rigoureusement l'exercice et la mission du commissariat aux comptes, voulait en faire un acteur impartial, neutre et loyal en vue de protéger l'intérêt social.

Ceci dit, il convient d'étudier les mécanismes de protection de l'intérêt social issus de principes de la gouvernance d'entreprise relatifs à la protection du patrimoine de l'entreprise, entité économique (Chapitre II).

²⁷⁰ Article 727 de l'AUSCGIE.

Chapitre II : La consécration des principes de la gouvernance d'entreprise relatifs à la protection du patrimoine de l'entreprise

Pour assurer une protection efficace à l'intérêt social et prévenir les conflits d'intérêts dans les sociétés commerciales, le législateur OHADA a institué des règles dans l'optique de protéger le patrimoine de la société en tant qu'entité économique. En effet, la société commerciale n'est plus ce qu'elle était, du bien commun des associés, elle est devenue l'affaire de tous.

Ainsi, l'Acte Uniforme a prévu des règles protectrices visant à assurer le contrôle des conventions passées avec la société commerciale. C'est en ce sens que dans les SARL, l'article 350 de l'AUSCGIE donne compétence à l'assemblée générale ordinaire de se prononcer sur les conventions intervenues directement ou par personne interposée entre la société et l'un de ses gérants ou associés. Les conventions visées sont dites réglementées parce qu'elles nécessitent une approbation de l'assemblée générale. Certaines conventions sont par contre interdites. Il s'agit de toutes celles visées à l'article 356 de l'AUSCGIE. Toutefois, l'autorisation de l'assemblée générale ordinaire n'est pas nécessaire lorsqu'il s'agit des conventions portant sur les opérations courantes conclues à des conditions normales²⁷¹.

Des dispositions identiques sont prévues en ce qui concerne les sociétés anonymes²⁷² et que nous allons étudier plus en détails dans le développement qui va suivre.

Dans la même logique, le législateur OHADA a institué des dispositions tendant à permettre un contrôle de la situation des dirigeants. Il en est ainsi des dispositions relatives au contrôle de rémunérations et de celles encadrant le cumul de mandats ou de fonctions.

Il convient d'ores et déjà d'examiner les mécanismes de protection de l'intérêt social fondés sur le contrôle des conventions passées avec la société commerciale (Section I), avant de voir les mécanismes de protection de l'intérêt social fondés sur le contrôle de la situation des dirigeants (Section II).

²⁷¹ Article 352 de l'AUSCGIE révisé.

²⁷² Articles 438, 439, 440 et suivants de l'AUSCGIE révisé.

Section I : Les mécanismes de protection de l'intérêt social fondés sur le contrôle des conventions passées avec la société commerciale

Il s'agit dans cette partie de passer en revue les dispositions relatives aux conventions avec la société commerciale. Le contrôle des conventions passées avec la société est l'autre pan important de la protection du patrimoine de la société commerciale contre les dirigeants et/ou les associés. Par dirigeants, il faut entre aussi bien le gérant dans la SARL, que le président directeur général, le directeur général ou l'administrateur général dans les SA. Quant aux associés, ils s'entendent dans cette partie aussi bien des associés au sens de l'Acte uniforme que des actionnaires.

Pour ce faire, nous allons dans un premier temps apprécier l'interdiction pure et simple de passer certaines conventions avec la société (Paragraphe I), avant d'apprécier dans un second temps, la nécessité d'une autorisation préalable pour passer certaines conventions (Paragraphe II).

Paragraphe I : L'efficacité de l'interdiction pure et simple de certaines conventions avec la société

Le président directeur général ou l'administrateur général dans les sociétés anonymes, ou encore le gérant de SARL disposent, selon l'Acte Uniforme, des pouvoirs les plus étendus pour engager la société, il peut être tentant pour eux d'utiliser leurs pouvoirs légaux et statutaires pour obtenir ou concéder à des conditions particulières à leur avantage personnel mais au détriment de la société²⁷³. C'est pour assurer une protection efficace au patrimoine de la société commerciale, et éviter que les dirigeants sociaux ou mêmes les associés n'en fassent un usage contraire à l'intérêt de la société que le législateur OHADA a mis en place des règles particulières. En effet, des telles règles visent à éviter les conflits d'intérêts qui pourraient naître entre la société et son dirigeant/associé, et sont pour la plupart issues des principes de la « corporate governance ». Par ce dispositif, le législateur entend prévenir les engagements excessifs des dirigeants avec la société comme garante et s'inscrit indéniablement dans la protection de l'intérêt social qui est confiée au conseil d'administration.

L'objectif poursuivi à travers ces dispositions est non seulement de protéger l'intérêt de la société commerciale mais également de moraliser l'administration des sociétés par l'interdiction des pratiques de nature à nuire d'une manière générale au crédit de celle-ci et aux rapports commerciaux.

Il convient dans le cadre de ce paragraphe d'examiner dans un premier temps, l'étendue de l'interdiction (A), avant de voir dans un second temps, la sanction de la violation de l'interdiction (B).

²⁷³ LOUKAKOU Didier, « les conventions réglementées dans les sociétés commerciales de l'espace OHADA », Penant n°848, p.1.

A- L'étendue de l'interdiction

Dans les sociétés anonymes, c'est l'article 450 de l'AUSCGIE qui interdit expressément aux administrateurs, aux directeurs généraux et aux directeurs généraux adjoints ainsi qu'à leurs conjoints, ascendants ou descendants et aux autres personnes interposées :

- de contracter, sous quelques formes que ce soit, des emprunts auprès de la société ;
- de se faire consentir par elle un découvert en compte courant ou autrement ;
- ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers.

Cette interdiction s'applique aux représentants permanents des personnes morales membres lorsque ceux-ci agissent à titre personnel.

Toutefois, l'alinéa 3 du même article précise que : « lorsque la société exploite un établissement bancaire ou financier, cette interdiction ne s'applique pas aux opérations courantes conclues à des conditions normales ».

1- Les opérations visées

A scruter de près, les conventions visées par cette interdiction sont celles qui présentent un danger pour le patrimoine de la société. Il s'agit des emprunts, découverts et cautions en faveur des dirigeants. Cette interdiction est logique, en ce que ces opérations mettent en jeu les fonds ou le crédit de la société. Ainsi, sont interdits dans les société anonyme comme dans la société à responsabilité limitée et la société par actions simplifiée : les prêts quelle que soit leur nature, consentis par la société aux personnes visées, et quel que soit l'objet du prêt, les découverts consentis aux mêmes personnes qu'ils prennent la forme d'avance ou encore de prise en charge des dettes incombant à l'administrateur, et enfin les cautions garanties données en faveur des dirigeants, lesquels peuvent en effet indirectement se transformer en avance prêt.

En jurisprudence, il a jugé qu'est nul « un prétendu emprunt qu'une société aurait contracté conjointement et solidairement avec l'un de ses administrateurs, dès lors que le prêt avait profité uniquement à l'administrateur et qu'en fait le rôle de la société avait été celui d'une caution solidaire »²⁷⁴. On peut relever que les juridictions de l'espace OHADA ont un rôle à jouer en tenant compte de la nature de la convention et ne pas se fier à la qualification donnée par les parties. Ainsi, a été considéré comme prohibé l'engagement pris par une société, lors

²⁷⁴ CA Paris, 19/11/1974 : Gaz. Pal. 1975 I, p.286.

de l'acquisition de titres détenus par un de ses mandataires sociaux, de se substituer à celui-ci dans les cautionnements donnés aux créanciers de la société dont les titres sont cédés. Il en est ainsi du prêt consenti par la société à un administrateur ou un membre du conseil de surveillance²⁷⁵.

2- Les personnes visées

Dans les sociétés anonymes à administrateur général et les sociétés par actions simplifiées, outre les personnes physiques et les assemblées d'administrateurs ou assimilées et les représentants des personnes morales, une interdiction analogue s'applique à l'administrateur général, à l'administrateur général adjoint ainsi qu'à leurs conjoints, ascendants, descendants ou aux personnes interposées²⁷⁶.

Pour les SARL, l'article 356 de l'AUSCGIE pose l'interdiction aux personnes physiques gérantes ou associés, leurs conjoints, ascendants, descendants ainsi que toutes personnes interposées. Il convient toutefois de constater avec un auteur²⁷⁷ pour le déplorer que : « les représentants légaux des personnes morales associées gérantes dans les SARL ne sont pas visées par l'interdiction, contrairement à la solution retenue dans les sociétés anonymes ». Le constat est le même en ce qui concerne les représentants légaux des personnes morales dirigeantes d'une SAS²⁷⁸. L'auteur estime, et nous en faisons notre, que ce régime d'exception est peu justifiable et tient vraisemblablement plus à une inadvertance du législateur, non corrigée par la réforme, qu'à une volonté juridique fondée en faveur des représentants. En effet, en droit comparé, l'interdiction s'applique aux représentants permanents des personnes morales administrateurs ou membres du conseil de surveillance²⁷⁹.

Il faut souligner qu'il a été jugé que : « l'interdiction s'applique même lorsque l'engagement est pris à l'étranger »²⁸⁰. Toutefois, il peut résulter de la lecture de l'Acte uniforme que, l'interdiction ne s'applique que lorsque les personnes visées sont en fonction au jour de la conclusion du contrat ou de l'octroi de prêt. En effet, il a été jugé que : « un prêt consenti à une personne ultérieurement nommée administrateur ne doit pas être obligatoirement

²⁷⁵ F. LEFEBVRE, op. cit., p.800, n°52510.

²⁷⁶ Article 507 de l'AUSCGIE.

²⁷⁷ Alain FENEON, droit des sociétés en Afrique OHADA, lextenso éditions, LGDJ, 2015, p.338, n°870.

²⁷⁸ Articles 853-16 de l'AUSCGIE.

²⁷⁹ Article L225-43 alinéas 1 à 3.

²⁸⁰ CA Paris, 26/3/1966 : Gaz. Pal.1966 I p.400.

remboursé au moment où cette personne devient administrateur ; il convient seulement de respecter les échéances normales prévues au contrat »²⁸¹.

Il faut entendre par interposition, toutes les fois que l'une des personnes visées est bénéficiaire réel du prêt ou de la garantie accordée par la société apparemment à un tiers. La preuve de cette interposition doit tenir compte des circonstances de fait. Il en est ainsi lorsqu'une société consent un prêt à un tiers qui aussitôt octroie un prêt de même montant au directeur général de cette société²⁸². Il en va de même lorsque la garantie a été donnée au profit d'une société sous le couvert de laquelle agissait le gérant de la société garante²⁸³.

Toutefois, la preuve d'interposition n'est pas établie du simple fait que : « l'administrateur ou le directeur général détienne une importante participation dans la société bénéficiaire du prêt ou soit le dirigeant de cette société ; il faut encore démontrer que ce crédit a profité personnellement à cet administrateur ou directeur général »²⁸⁴.

On comprendra alors, que le législateur à travers ce dispositif cherche à apporter une protection supplémentaire au patrimoine de la société qui, ne doit pas servir de gage aux créanciers des mandataires sociaux. Il en résulte donc, que la prohibition de ces conventions constitue un instrument efficace pour la protection de l'intérêt social.

Cela dit, il convient de voir la sanction de la violation de l'interdiction (B).

²⁸¹ Bull. CNCC juin 2003 p.358.

²⁸² TGI Seine, 27/11/1962 : D.1964, p.730 note DALSACE.

²⁸³ Cass.com, 23/01/1990 :Bull. joly 1990, p.282.

²⁸⁴ Cass.com, 12/4/1983 : BRDA 18/83, p.19.

B- L'institution d'une sanction à la violation de l'interdiction

Lorsque les conventions interdites sont quand même consenties, elles sont frappées de nullité²⁸⁵.

1- La nullité des conventions et l'opposabilité aux tiers

La nullité peut être invoquée par tout intéressé et être opposable aux tiers. En effet, il a été jugé qu' : « est interdite, nulle et de nul effet la convention par laquelle une société anonyme accorde des prêts à l'un de ses administrateurs »²⁸⁶. En l'espèce, M. Salia Mohamed Lamine, administrateur de la société « Lafia-SA », se fait consentir par elle des séries des prêts d'un montant global de 27 555 601 F CFA. La CCJA après évocation a jugé nulle et de nullité absolue cette convention au regard des dispositions de l'article 450 de l'AUSCGIE. Outre cette sanction, le dirigeant ou associé responsable de ce comportement peut être poursuivi et condamné au paiement des dommages et intérêts à défaut de réparer le préjudice causé à la société.

Dans le même ordre d'idées, la souscription d'un emprunt ou la délivrance d'une caution de garantie contrairement aux dispositions de l'article 450 de l'AUSCGIE apparaît, voire est constitutif du délit d'abus de biens sociaux pour lequel le dirigeant responsable peut également être poursuivi, dès lors que les conditions de l'infraction sont réunies. En effet, telle a été la position du Tribunal de Grande Instance de Ouagadougou, lorsqu'il décide que : « est coupable d'abus de biens sociaux, le directeur général qui débloque des sommes d'argent appartenant à l'entreprise aux fins de règlement de prêt personnel, sans autorisation du conseil d'administration »²⁸⁷.

On constatera alors que, les conventions interdites sont celles qui présentent un risque majeur pour le patrimoine social. Ce qui justifie l'interdiction faites aux dirigeants d'utiliser le crédit de la société à leur profit ou au profit de leurs proches parents. Il faut relever que même si le législateur OHADA frappe de nullité les dites conventions, il n'a pas cependant précisé la nature de la nullité²⁸⁸, ainsi que la portée de son inopposabilité. En tout état de cause, on peut déduire légitimement comme en droit français que lorsqu'il s'agit d'un prêt, le bénéficiaire devra restituer à la société les sommes empruntées. En outre, lorsque la convention prohibée

²⁸⁵ Article 450 de l'AUSCGIE.

²⁸⁶ CCJA, 2^{ème} ch., arr. n°048/2012, 07 juin 2012, Aff. Monsieur Salia Mohamed Lamine c/ Société d'Assurances « LAFIA-SA).

²⁸⁷ Jugement n°860, 10 janvier 2000, aff. Ministre public c/ YAMEOGA Jean Vivien Alfred.

²⁸⁸ Article 450 de l'AUSCGIE révisé.

constitue en même temps un détournement des biens sociaux, les sanctions pénales seraient applicables²⁸⁹.

2- La portée de l'opposabilité

S'agissant de la portée de l'opposabilité, il faut mentionner qu'en droit comparé, il a été jugé que : « lorsque le prêteur est un professionnel, le bénéficiaire de la convention peut lui opposer la nullité »²⁹⁰. Ici, la jurisprudence semble faire la distinction entre le contractant de bonne foi et celui qui ne l'est pas. Il s'agit en l'espèce d'un emprunt auprès d'une banque garanti par un cautionnement hypothécaire de la société dirigée. La jurisprudence institue une présomption de connaissance de la nature de la convention à l'encontre des professionnels, en estimant que ces derniers doivent ou devraient savoir qu'il s'agit d'une convention interdite. L'emprunteur a pu opposer la nullité de l'opération à la banque, échappant ainsi à l'obligation de remboursement. Aussi, en principe cette nullité ne peut être couverte par un acte confirmatif, telle une ratification de l'assemblée générale. En effet, il a été précisé par une jurisprudence constante que : « la nullité instituée est une nullité d'ordre public et absolue »²⁹¹.

D'une manière générale, on peut s'en féliciter du fait que le législateur OHADA a fait sien, le principe de la « corporate governance » « duty of loyalty » selon lequel : « prenant ses fonctions, le dirigeant de la société prête allégeance à l'entreprise et prend acte de ce que les intérêts de la société et de ses actionnaires doivent prévaloir sur ses intérêts personnels. Le principe fondamental à respecter est que, le dirigeant ne doit jamais user de sa position pour réaliser un profit personnel ou réaliser un autre avantage personnel ». L'efficacité des telles dispositions n'est plus à démontrer lorsqu'il s'agit de protéger l'intérêt social et de prévenir les conflits d'intérêts.

Relativement à la notion d' « intérêt indirect », il convient dans le cadre de cette étude de faire cas de cette décision de la Cour d'appel d'Abidjan. En effet, il a été jugé par la Cour d'appel d'Abidjan que : « l'attitude des organes de gestion, de direction et d'administration qui bénéficient d'effets de commerce en vertu des relations commerciales entretenues par la société avec une autre débitrice, et les endossements au profit d'un tiers autre que leur société, sans rapporter la preuve du lien de causalité existant entre le nouveau bénéficiaire et cette

²⁸⁹ Voir à cet égard les articles L 242-6, 3° et L 242-30.

²⁹⁰ Cass.com, 25 avril 2006 : Rev. Soc, 2006, p.818.

²⁹¹ Cass. ch.mixte 10/7/1981 D. 1981 p.637 ; cass.com. 25/4/2006 n°05-12734 : RJDA 8-9/07 n°858.

dernière entité sociale, ne laisse croire qu'il s'agisse d'une relation personnelle prévalant entre eux et la société débitrice »²⁹², et a débouté l'appelante de sa demande en recouvrement. On déduit donc, qu'il appartenait au demandeur d'apporter la preuve de l'intéressement du dirigeant à la convention.

Il faut souligner en ce qui concerne la notion d'« interposition », le législateur semble poser une présomption absolue en ce qui concerne les proches parents. C'est ce qui a fait dire à un auteur que: « dans ces différentes hypothèses, le législateur institue pratiquement une présomption absolue d'interposition de proches parents »²⁹³.

Cela dit, il convient de scruter l'institution de l'autorisation préalable pour passer certaines conventions comme gage de protection de l'intérêt social (Paragraphe II).

²⁹² Cour d'appel d'Abidjan, 1^{ère} chambre civile et commerciale, arrêt civil contradictoire n°527 du 20 mai 2005, Affaire STE IDF, SARL c/ STE SNC FATIMA, SARL, ohadata J-09-352.

²⁹³ MOUTHIEU M., commentaires sous l'article 450 de l'AUSCGIE révisé.

Paragraphe II : L'efficacité relative de l'autorisation préalable pour certaines conventions

Si l'efficacité de l'interdiction de certaines conventions avec la société a pu être démontrée, il n'en sera pas de même pour les conventions nécessitant une autorisation de l'organe délibérant. En effet, l'Acte Uniforme lui-même n'a prévu de sanction en cas de violation de cette règle que lorsque la convention porte un préjudice à la société, faisant ainsi l'application du principe « pas de nullité sans grief ».

Au demeurant, il prévoit la possibilité d'approbation ultérieure de ces conventions. Cela conduit alors à déduire qu'il s'agit d'une nullité relative dont la prononciation est subordonnée à la preuve d'un préjudice causé à la société.

Pour mieux cerner ce mécanisme et ressortir ses faiblesses, il convient de le présenter. A cet effet, nous examinerons d'une part, la rigidité de la réglementation (A), avant de donner quelques pistes en vue de son amélioration (B).

A- Une réglementation minutieuse

La procédure des conventions règlementées est minutieusement encadrée par le législateur OHADA, tant en ce qui concerne les personnes, qu'en ce qui concerne les conventions. La procédure édictée par l'Acte uniforme a pour fin « de prévenir les situations de conflits d'intérêts »²⁹⁴ et d'assurer la protection des intérêts de la société : il s'agit d'éviter qu'un dirigeant social, ou un actionnaire détenant un pourcentage déterminé des droits de vote, utilise en dehors de tout contrôle, ses pouvoirs ou son influence pour contracter avec la société dans des conditions plus avantageuses que celles que pourrait obtenir un tiers dans le cadre d'une négociation loyale et équilibrée avec la société. Comme cela a été souligné à juste titre, ces conditions plus avantageuses, fruit de la connivence ou de l'influence, peuvent porter préjudice à la société, à ses actionnaires et à ses créanciers ; dans des tels cas, les contractants manquent à leurs devoirs de loyauté²⁹⁵.

1- La nature des conventions soumises à autorisation

D'abord pour les sociétés anonymes, c'est l'article 438 qui précise que : « doivent être soumises à l'autorisation préalable du conseil d'administration :

- toute convention entre une société anonyme et l'un de ses administrateurs, directeurs généraux ou directeurs généraux adjoints ;
- toute convention entre une société et un actionnaire détenant une participation supérieure ou égale dix pour cent (10%) du capital de la société ;
- toute convention à laquelle un administrateur, un directeur général adjoint ou un actionnaire détenant une participation supérieure ou égale à dix pour cent (10%) du capital de la société est indirectement intéressé ou dans laquelle il traite avec la société par personne interposée ;
- toute convention intervenant entre une société et une entreprise ou une personne morale, si l'un des administrateurs, le directeur général, le directeur général adjoint ou un actionnaire détenant une participation supérieure ou égale à dix pour cent (10%) du capital social est propriétaire de l'entreprise ou associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur,

²⁹⁴ Rapport, p.33. Sur l'ensemble de la question des conflits d'intérêts, voir D. SCHMIDT, « les conflits d'intérêts dans la société anonyme », éd. Joly, 2004.

²⁹⁵ Les principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE (2004, p.65) retiennent que, « le devoir de loyauté revêt une importance capitale car il conditionne le respect effectif d'autres principes évoqués dans le présent document se rapportant par exemple au traitement équitable des actionnaires, à la surveillance des transactions effectuées avec des parties liées et à la définition d'une politique de rémunération des dirigeants ».

administrateur général, administrateur général adjoint, directeur général, directeur général adjoint ou autre dirigeant social de la personne morale contractante ».

De ce fait, les conventions réglementées peuvent être de toute nature, aucune limite n'étant posée par l'Acte Uniforme, dès l'instant où ces conventions répondent aux conditions posées par les articles 350, 438, 502 et 853-14²⁹⁶. Ces conditions sont appréciées au cas par cas par le juge. Les personnes visées sont les administrateurs, les directeurs généraux, les directeurs généraux adjoints, les actionnaires détenant une participation au moins égale à 10% du capital social.

Les conventions pouvant être de toute nature, il a été jugé néanmoins que : « la convention d'assistance entre un avocat et une société n'est pas une convention réglementée soumise à l'approbation du conseil d'administration »²⁹⁷. Il en est ainsi lorsque : « le représentant d'une société ayant conclu une convention avec une autre société dans laquelle il est administrateur ne saurait être considéré comme étant indirectement intéressé à cette convention dès lors qu'il n'a tiré aucun profit personnel de l'opération et qu'il ne détenait pas dans la société qu'il représentait des intérêts suffisamment importants pour infléchir la conduite de la société dans ses relations avec la société dont il était administrateur »²⁹⁸.

Par contre, le contrôle est obligatoire dès lors que la convention profite indirectement aux personnes visées. En effet, il a été jugé que : « le président directeur général d'une société anonyme qui a consenti à son épouse une promesse de vente d'une partie d'un immeuble de la société dès lors que même marié sous le régime de la séparation des biens ; il habitait avec sa femme dans le local faisant objet de la promesse »²⁹⁹. Il est ainsi lorsqu'un « directeur général avait obtenu le cautionnement par sa société des engagements d'une autre société dont il était président dès lors que ce soutien financier avait été le moyen de conforter sa position à la tête de cette autre société et lui avait permis de poursuivre son mandat social en bénéficiant des rémunérations et avantages auxquels lui donnait droit l'exercice de ses fonctions »³⁰⁰.

On notera que, la procédure sera aussi applicable chaque fois que les personnes visées traitent avec la société par personnes interposées. La jurisprudence estime en effet, qu'il s'agit d'une

²⁹⁶ Alain FENEON, op.cit, p.333, n°861.

²⁹⁷ CA d'Abidjan (Côte d'Ivoire), 1^{ère} ch.civ. et com., arrêt n°650, 24 juin 2005, aff. SOCIETE ASH INTERNATIONAL DISPOSAL-M.K.C c/ Me JULES AVLESSY.

²⁹⁸ Cass.com, 4/10/1988: Rev. sociétés 1989 p.216 note Chaput.

²⁹⁹ Cass.com, 23/1/1968 : Bull. civ.,IV n°38.

³⁰⁰ CA Paris , 26/6/1990 : BRDA 7/91 p.14.

question de fait, qui dépend des circonstances et l'espèce. Ainsi il a été jugé que : « un lien de parenté ne permet pas, à lui seul de présumer une interposition de personnes »³⁰¹. La doctrine estime à la lumière de la jurisprudence, que l'interposition de personne implique un intérêt indirect de sorte que le plus souvent, les décisions de justice qui constatent une interposition de personne relèvent également l'existence d'un intérêt indirect³⁰². Il y'a interposition aussi lorsque la convention est conclue par l'intermédiaire d'un prête nom.

Pareilles dispositions sont également prévues en ce qui est des SARL³⁰³, les conventions dans ce cas sont soumises à une information a posteriori de l'assemblée. La même obligation est imposée, pour les SAS en ce qui concerne les conventions entrant dans le cadre d'application de l'article 853-14 de l'AUSCGIE et de l'article 502 pour les sociétés anonymes à administrateur général³⁰⁴.

2- Les autres conventions visées : cautionnements, aval, garantie autonome, contre garantie autonome et autres garanties

L'Acte Uniforme³⁰⁵ soumet expressément à autorisation du conseil d'administration et/ou de l'assemblée générale, les conventions de cautionnement, d'aval, de garanties autonomes, contre garantie autonome et autres garanties que pourraient consentir la société à des tiers pour couvrir leurs engagements.

a- Le principe de l'autorisation

Le principe est que le conseil d'administration peut, dans la limite d'un montant total qu'il fixe, autoriser le président directeur général ou le directeur général à donner ces cautionnements, avals, garanties autonomes, contre garanties autonomes et autres garanties³⁰⁶. Dans une société anonyme avec administrateur général, l'autorisation doit se faire de manière générale ou spéciale par l'assemblée générale des actionnaires. L'autorisation peut fixer par engagement un montant au-delà duquel le cautionnement, l'aval et les garanties ne peuvent être donnés. La durée maximum de cette autorisation est d'un an, et ce, quelle que soit la durée des engagements cautionnés, avalisés ou garantis.

³⁰¹ CA Lyon, 21/5/1951 : Gaz. Pal. 1951 II p. 179.

³⁰² Voir à cet égard : Cass.com, 23/1/1968 : Bull. civ IV n°38 ; CA Nîmes 15/2/1989 inédit etc.

³⁰³ Articles 350 et suivants de l'AUSCGIE.

³⁰⁴ Alain FENEON, op.cit, p.333, n°861.

³⁰⁵ Articles 449 pour les SA avec conseil d'administration et 506 pour les SA avec administrateur général.

³⁰⁶ Article 449 alinéa 1er et suivants de l'AUSCGIE révisé.

Cela s'explique par le souci « de ne pas alourdir le fonctionnement de la société commerciale en exigeant trop souvent la réunion du conseil d'administration pour de tels actes »³⁰⁷. Toutefois, la simple connaissance par les administrateurs de l'existence de la convention ne peut être considérée comme valant autorisation préalable de leur part³⁰⁸. De même, la connaissance de la convention par tous les actionnaires ne permet pas de pallier l'absence d'autorisation³⁰⁹. Il en résulte que l'autorisation suppose une véritable délibération du conseil ; elle ne saurait résulter de l'accord fourni individuellement par chaque administrateur³¹⁰. En effet, il a même été jugé que « l'autorisation du conseil doit être précédée d'une discussion contradictoire, suivie d'un vote exprès, le tout mentionné formellement dans le procès verbal de la réunion »³¹¹. Ainsi, la jurisprudence considère que l'autorisation ne peut être considérée comme valablement donnée, lorsque le conseil s'est borné à déléguer trois de ses membres pour conclure avec son président une convention dont le contenu ne lui a pas été révélé avec précision³¹².

b- La portée de l'autorisation donnée dans un pacte d'actionnaires

La question s'est posée de savoir : si l'autorisation peut être donnée dans un pacte d'actionnaires. Certains auteurs estiment que le pacte d'actionnaires n'engageant pas la société, l'autorisation donnée ne peut être valable. Tout au plus les actionnaires pourraient-ils se porter fort auprès du dirigeant d'obtenir de la société que celle-ci exécute la convention³¹³. Toutefois, il a été jugé que : « l'autorisation peut être donnée dans un pacte d'actionnaires dès lors que celui-ci est signé par tous les administrateurs »³¹⁴. En tout état de cause, l'autorisation ne vaut que pour la convention soumise au conseil d'administration : « une autorisation générale et pour une durée indéfinie équivaldrait à une absence d'autorisation »³¹⁵.

Ensuite, l'Acte uniforme est venu lever l'équivoque quant à l'application de la règle aux établissements de crédit. En effet, les cautionnements, avals, garanties autonomes, contre-garanties et autres garanties visés sont ceux passés par des sociétés autres que les établissements de crédit, de microfinance ou d'assurance. Sous l'ancien Acte Uniforme,

³⁰⁷ La dernière phrase est de MOUTHIEU M, in commentaires sous l'article 449 de l'AUSCGIE révisé.

³⁰⁸ Cass.soc. 8/12/1976 : Rev. Sociétés 1977 p.251 note BALENSI.

³⁰⁹ Cass. com, 12/12/2006 n°1416 : RJDA 5/07 n°509.

³¹⁰ CA Paris, 13/6/1964 : D. 1965, p.398.

³¹¹ CA Paris, 23/10/1965 : JCP 1966 II n°14491 note P.L.

³¹² Cass. com, 21/11/2000 : RJDA 3/01 n°334.

³¹³ F. LEFEBVRE, op.cit, p.811, n°52790.

³¹⁴ CA Paris, 16/11/2005 n°05-19135 : RJDA 6/06 n°661.

³¹⁵ CA Paris, 23/11/1955 : Gaz. Pal. 1956 I, p.40.

l'application de cette règle était étendue aux-dits établissements. C'est dans ce sens que, la CCJA avait jugé que : « l'autorisation du conseil d'administration était nécessaire même dans ce cas, les dispositions de l'AUSCGIE étant d'ordre public »³¹⁶.

3- Les conventions exclues

Il faut dire enfin que l'autorisation n'est pas nécessaire, lorsque les conventions portent sur des opérations courantes conclues à des conditions normales³¹⁷. La doctrine était divisée quant à la normalité d'une condition ou au caractère courant d'une opération. On retiendra selon une partie de la doctrine qu'est « courante l'opération dont le principe ne présente rien d'inusuel, appréciation objective en considération soit des pratiques usuelles pour des sociétés placées dans une situation similaire ; elle ne doit pas être exceptionnelle et être susceptible d'être répétée avec une certaine fréquence, récurrence ». Quant aux conditions normales ce sont « celles comparables à celles ordinairement appliquées dans la société en cause ou encore dans les sociétés du même secteur ; par condition on entend le prix, mais aussi les garanties, les obligations de chacune des parties, la durée, les pénalités, etc. »³¹⁸.

Le législateur OHADA a été pragmatique en définissant ces concepts. C'est ainsi que les opérations courantes ont été définies comme « celles qui sont effectuées par une société, d'une manière habituelle, dans le cadre de ses activités »³¹⁹.

Quant aux conditions normales, elles s'entendent de « celles appliquées, pour des conventions semblables, non seulement par la société en cause, mais également par les autres sociétés du même secteur d'activité »³²⁰.

Au regard de ce qui précède, le recours au droit comparé permet de considérer comme étant des opérations soumises à autorisation préalable : une demande de brevet déposée par le président conjointement à son nom personnel et au nom de la société³²¹ ; la conclusion ou le renouvellement d'un bail à usage professionnel³²² ; l'attribution d'intérêts pour des sommes versées en compte courant par les administrateurs³²³ ; l'emprunt contracté personnellement

³¹⁶ CCJA, avis n°02/2000/EP du 26 avril 2000 : Rec. CCJA n° spéc., 2003,p.73 ; ohadata J-02-04.

³¹⁷ Alinéa 1^{er} de l'article 439 de l'AUSCGIE révisé.

³¹⁸ COZIAN Maurice, Manuel « droit des sociétés », LexisNexis SA, 2007, p. 273.

³¹⁹ Alinéa 2 de l'article 439 de l'AUSCGIE révisé.

³²⁰ Alinéa 3 de l'article 439 de l'AUSCGIE révisé.

³²¹ CA Paris, 2/5/1961 : Quot. Jur. 6-4-1962.

³²² Cass. Com, 25/3/2003 n°556: RJDA 2/04 n°180.

³²³ CA Paris, 6/7/1993 : Dr. Sociétés 1993 n°190, obs. LE NABASQUE.

par le président auprès d'une banque de sommes qu'il met immédiatement et gratuitement à la disposition de la société, celle-ci versant alors directement à la banque les intérêts afférents à cet emprunt³²⁴.

Dans la même perspective, la jurisprudence considère comme opérations soumises à autorisation préalable : la modification apportée au contrat de travail d'un administrateur ou d'un membre du directoire ; l'attribution à un administrateur d'un avantage en nature qui n'est pas directement lié à sa fonction, par exemple la jouissance d'un véhicule de la société ou l'utilisation d'un logement appartenant à la société³²⁵ ; la souscription d'un contrat d'assurance-vie au profit du président³²⁶ ou encore la prise en charge par la société des frais de réception à domicile engagés par un dirigeant et qui n'auraient pas été autorisés par le conseil d'administration³²⁷.

Ainsi, l'administrateur, le directeur général, le directeur général adjoint ou l'actionnaire intéressé est tenu d'informer le conseil d'administration dès qu'il a connaissance d'une convention soumise à autorisation. Il indique, en particulier, sa situation et son intérêt personnel au regard de ladite convention, en précisant ses participations, son rôle et ses liens personnels avec les autres parties à la convention et la mesure dans laquelle il pourrait en tirer un avantage personnel. Il ne peut pas prendre part au vote sur l'autorisation sollicitée lorsqu'il est administrateur et sa voix n'est pas prise en compte pour le calcul du quorum et de la majorité pour les besoins de cette délibération. A défaut, l'autorisation est nulle³²⁸.

4- L'institution d'une obligation de révélation

Comme on peut le constater, le législateur OHADA consacre à l'égard des personnes visées une obligation de révélation des conflits d'intérêts en vue de protéger l'intérêt social. Ce qui permet de les éviter le plus efficacement possible. Aussi, les personnes intéressées ne prennent pas part aux votes sur l'autorisation, leurs voix n'étant pas prises en compte tant pour le calcul de la majorité que pour le quorum. Cela permet d'éviter, que les personnes visées, puissent exercer une influence sur le vote. L'Acte Uniforme frappe de nullité les autorisations données en violation de ce dispositif.

³²⁴ Rép. Valbrun : AN 17/1/1976, p.258 n°24332.

³²⁵ Rép. Braconnier : Sén. 24/8/1979 p.2737 n°30539.

³²⁶ CA Paris, 01/06/1982 : Gaz. Pal. 1982 som. P. 320.

³²⁷ Rép. Bajeux : Sén. 13/12/1979 p.5425 n°31477.

³²⁸ Alinéa 1^{er} de l'article 440 de l'AUSCGIE révisé.

Aussi, a-t-on fait obligation au président du conseil d'administration ou le président directeur général, d'aviser le commissaire aux comptes dans un délai d'un mois à compter de leur conclusion, de toute convention autorisée par le conseil d'administration et la soumet à l'approbation de l'assemblée générale ordinaire statuant sur les comptes de l'exercice écoulé³²⁹. On relèvera que même après l'autorisation, les conventions sont soumises à un double contrôle³³⁰, celui du commissaire aux comptes et celui de l'assemblée générale ordinaire. La mission du commissaire aux comptes est ici, de présenter un rapport spécial dont le contenu est précisé³³¹, sur les dites conventions à l'assemblée générale ordinaire, qui peut approuver ou désapprouver les conventions autorisées.

Les personnes intéressées par les conventions ne prennent pas part au vote et leurs voix ne sont pas prises en compte dans le calcul de la majorité et du quorum. L'article 440 de l'AUSCGIE frappe de nullité la violation de cette règle. En effet, comme cela a été souligné à juste titre, « l'exclusion des votes intéressés fait partie du droit commun des assemblées...elle en est une règle nécessaire »³³².

Ce dispositif prévu par le législateur OHADA permet une protection efficace de l'intérêt social et une prévention des conflits d'intérêts en évitant l'interdiction pure et simple et en cherchant un compromis car certaines conventions sont utiles tant pour la société que pour le dirigeant³³³.

Quoique rigoureusement encadrées, les conventions réglementées méritent que soit parfait leur régime (B).

³²⁹ Voir à cet égard l'alinéa 2 de l'article 440 de l'AUSCGIE révisé.

³³⁰ Article 440 alinéa 3 de l'AUSCGIE révisé.

³³¹ Alinéa 4 de l'article 440 de l'AUSCGIE révisé cite entre autre : les conventions soumises à l'approbation, le nom des personnes intéressées, la nature et l'objet des conventions, les modalités...

³³² CUIF Pierre-François, « le conflit d'intérêts : essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », RTD.com, 2005, p.6, n°37 ;

³³³ La dernière phrase est de M. COZIAN, in « Manuel du droit des sociétés », LexisNexis SA, 2007, 20^{ème} éd., p.273.

B- Une réglementation perfectible

Tout d'abord, rappelons pour saluer la réforme, que sous l'ancien Acte Uniforme la question s'était posée de savoir : si cette autorisation est également nécessaire lorsque les garanties étaient données par une société anonyme de banque ou un établissement financier. La jurisprudence avait décidé que : « les dispositions de l'AUSCGIE étant d'ordre public, elles s'appliquent à toutes les sociétés commerciales, y compris aux banques et aux établissements financiers entrant dans cette définition juridique. Par suite, l'article 449 de cet Acte, relatif à la réglementation des cautions, avals, garanties et garanties à première demande, s'applique aux banques et aux établissements financiers »³³⁴.

Une telle conception freinait l'activité des banques qui n'exercent essentiellement que des telles opérations, qui du reste, pourraient être considérées comme des opérations courantes conclues à des conditions normales. Heureusement, la réforme de l'Acte Uniforme est venue mettre fin à cette situation en précisant désormais que cette règle d'autorisation préalable ne s'applique qu'aux « sociétés autres que celles exploitant des établissements de crédit, de micro-finance, ou d'assurance caution dûment agréées »³³⁵.

1- L'exclusion regrettable de certaines conventions

Il faut relever pour le déplorer, que contrairement aux conventions interdites³³⁶, les dispositions relatives aux conventions réglementées ne visent pas les conventions conclues avec les conjoints, descendants et ascendants. Ainsi, dès lors qu'il n'est pas établi qu'ils ont agi comme personnes interposées, le conjoint, ascendants et descendants peuvent directement contracter avec la société³³⁷.

Il est cependant possible de combler cette lacune en recourant à la définition de la notion d'« intérêt indirect » donnée en droit comparé. Ainsi, la Chambre de commerce et de l'industrie de Paris, estime que : « est considérée comme étant indirectement intéressée à une convention à laquelle elle n'est pas partie, la personne qui, en raison des liens qu'elle

³³⁴ Avis de la CCJA, n°2/2000/EP du 26 avril 2000, Recueil de jurisprudence de la CCJA, n°spécial, janvier 2003,p.73. Point I. ohadata J-02-03.

³³⁵ Articles 506 et 449.

³³⁶ Article 450 de l'AUSCGIE révisé.

³³⁷ LOUKAKOU Didier, art.précit.,p.2 ;

entretient avec les parties et les pouvoirs qu'elle possède pour infléchir leur conduite, en tire, un avantage »³³⁸.

2- Les insuffisances liées à la sanction du défaut de rapport spécial du commissaire aux comptes

Il faut rappeler que, en ce qui est de la nullité des conventions approuvées, c'est l'alinéa 7 de l'article 440 de l'AUSCGIE qui en précise le régime. Ainsi, les délibérations portant approbation des conventions règlementées sont nulles lorsqu'elles sont prises à défaut du rapport spécial du commissaire aux comptes. On constatera que pour être valides, les conventions règlementées doivent faire l'objet d'un contrôle de la part d'un expert qu'est le commissaire aux comptes, qui doit dresser un rapport à l'intention de l'assemblée générale. Dans ce rapport spécial³³⁹, le commissaire aux comptes devra mentionner les modalités essentielles de ces conventions, notamment, l'indication des prix ou tarifs pratiqués, des ristournes ou commissions consenties, des délais de paiement accordés, des intérêts stipulés, des sûretés conférés, et le cas échéant toutes autres indications permettant aux actionnaires d'apprécier l'intérêt qui s'attachait à la conclusion des conventions analysées.

En droit comparé notamment en France, le CNCC³⁴⁰ estime que « ces indications ne sont pas limitatives et que le commissaire aux comptes peut demander aux dirigeants toutes indications complémentaires qu'il juge utiles à l'information complète des actionnaires », ou « toutes indications qui permettent aux actionnaires de décider en connaissance de cause et d'apprécier l'intérêt de la convention »³⁴¹.

a- L'insuffisance liée à la pratique du rapport spécial

Il faut relever qu'en pratique, dans la grande majorité des cas, le commissaire aux comptes consacre à chaque convention autorisée moins de dix lignes et ne précise jamais « toutes autres indications permettant aux actionnaires d'apprécier l'intérêt qui s'attachait à la conclusion des conventions et engagements analysés »³⁴². Au demeurant, l'Assemblée générale des actionnaires ne connaît que les conventions rapportées par le commissaire aux

³³⁸ Proposition n°23 du Rapport AMF sur les Assemblées générales des sociétés cotées.

³³⁹ Art.503 AUSGIE révisé.

³⁴⁰ Recommandations du CNCC relative au rapport spécial, 4.31 à 4.40, guide des commissaires aux comptes op. cit. p. 361

³⁴¹ Du Pontavice et Dupichot, Sociétés commerciales, op. cit. n°722.5, P.469

³⁴² SCHMIDT Dominique, « conventions règlementée : commentaire du rapport de travail du groupe AMF sur les assemblées générales d'actionnaires de sociétés cotées » ; Revue des sociétés 2012, p.1.

comptes ; elle ignore les motifs de l'autorisation donnée par le conseil d'administration et se prononce au seul vu du rapport lacunaire de cet auditeur, le texte même de la convention n'étant mis à sa disposition³⁴³.

Aussi, comme l'a si bien relevé un auteur, « le commissaire aux comptes n'a pas de commentaires à ajouter, ni un avis ou attestation ou certification à faire valoir. Le rapport spécial est ainsi le seul rapport dans lequel le commissaire ne donne pas son opinion, ne porte aucun jugement et n'en tire aucune conséquence »³⁴⁴.

b- L'insuffisance liée à la sanction du rapport incomplet

L'Acte Uniforme consacre la nullité des délibérations prises sans rapport spécial du commissaire aux comptes. Si cette solution est salubre, il n'en est pas toujours ainsi lorsque le rapport existe mais est incomplet. En effet, il n'est pas évident que l'assemblée générale puisse être en mesure d'apprécier le caractère complet ou non du rapport du commissaire aux comptes. Mieux aurait été d'instituer une sorte d'obligation au commissaire aux comptes de dresser un rapport complet sous peine de nullité. On peut utiliser à cet effet, l'article 441 de l'AUSCGIE aux termes duquel « le commissaire aux comptes veuille, sous sa responsabilité, à l'observation des dispositions des articles 438 à 448 du présent Acte uniforme... » . La sanction prévue lorsque le rapport ne contient pas les informations exigées, est la possibilité d'annulation des délibérations. C'est en tout cas, ce que dit l'Acte Uniforme lorsqu'il précise que : les délibérations « peuvent être annulées ».

A notre avis, le défaut d'informations prévues par l'article 440 de l'AUSCGIE doit être assimilé à un défaut de rapport et comme tel frappé de nullité. L'essence de l'assemblée générale étant de contrôler les conventions en question, il va sans dire qu'il faut qu'elle soit suffisamment éclairée pour mieux exercer sa mission. Il nous semble que, le législateur n'ait fait qu'une distinction artificielle entre l'absence de rapport spécial et le rapport incomplet. Si le défaut de rapport suppose qu'il n'y ait pas eu de rapport du tout, le rapport qui ne contient pas les informations exigées peut être assimilé à un défaut de rapport, puisque sans objet. On peut estimer que, cette insuffisance du législateur peut être comblée avec la possibilité d'engager la responsabilité du commissaire aux comptes. A ce propos, la jurisprudence adopte

³⁴³ Ibid., art.,précit., p.1.

³⁴⁴ NEMEDEU Robert, « le contrôle du commissaire aux comptes en droit OHADA des sociétés commerciales : une disproportion criarde entre son étendue et sa garantie », in Mélanges en l'honneur de POUGOUE Paul Gérard, « De l'esprit du droit africain », harmattan, p.569.

une conception restrictive du préjudice dont il pouvait être demandé réparation aux commissaires aux comptes en cas d'insuffisances dans leur rapport spécial³⁴⁵.

Pour permettre à l'assemblée générale de se prononcer en connaissance de cause, le législateur exige que le rapport du commissaire aux comptes soit établi et déposé quinze jours au moins avant la réunion de l'assemblée générale ordinaire³⁴⁶.

3- La suite des conventions approuvées ou désapprouvées

Quant à la suite des conventions, l'article 443 précise que : « les conventions approuvées ou désapprouvées par l'assemblée générale ordinaire produisent leurs effets à l'égard des cocontractants et des tiers sauf lorsqu'elles sont annulées pour fraude ». Ainsi, qu'elles soient approuvées ou désapprouvées, les conventions autorisées produisent leurs effets. La seule limite prévue est celle de la fraude, auquel cas, les conventions ne produiront aucun effet. Au regard de cette disposition, on peut être fondé à soutenir que l'assemblée générale ordinaire n'a qu'un rôle protocolaire en matière de conventions règlementées. Mais, il faut toutefois, dire qu'en évoquant l'hypothèse de la fraude, le législateur OHADA semble ne protéger que les tiers de bonne foi.

Mais lorsque les conventions ont eu des conséquences dommageables pour la société, même en l'absence de fraude, celles-ci peuvent être mises à la charge des personnes intéressées, et éventuellement, à d'autres membres du conseil d'administration³⁴⁷. Il en est ainsi des conséquences dommageables des conventions conclues sans autorisation préalable du conseil d'administration, sans préjudice de la responsabilité éventuelle de l'intéressé³⁴⁸. En droit comparé, la jurisprudence approuve l'annulation des conventions approuvées, même à l'unanimité, par une assemblée dès lors qu'elles portent atteinte à l'intérêt social³⁴⁹.

Enfin, il faut dire que l'action en nullité peut être exercée par les organes de la société ou par tout actionnaire agissant à titre individuel³⁵⁰. Comme cela a été souligné à juste titre³⁵¹ :

³⁴⁵ Cass.com, 26 février 2013, n°11-22531, Rev. Sociétés 2013, p.288, note D. SCHMIDT ; BJS 2013, p.330, note J. F. BARBIERI ; JCP éd. E 2013, 1182, note B. DONDERO.

³⁴⁶ Article 442 de l'AUSCGIE révisé.

³⁴⁷ Alinéa 2 de l'article 443 de l'AUSCGIE révisé.

³⁴⁸ Article 444 de l'AUSCGIE révisé.

³⁴⁹ Voir à cet égard : Com. 8 novembre 2011, n°10-24.438, D 2012.415, obs, A. Lienhard, note E. Schlumberger ; com. 22 avril 1976, Rev. Sociétés 1976.479 ; com. 13 novembre 2007, n°06-15.826, Rev. Sociétés 2008.113 ; com. 3 juin 2008, Bull. Joly 2008, § 189, p.883, note J.F. Barbiéri.

³⁵⁰ Article 446 de l'AUSCGIE révisé.

³⁵¹ MOUTHIEU M, commentaires sous l'article 446 de l'AUSCGIE révisé.

« cette disposition tranche avec celle de l'article 172 permettant de manière expresse à un associé d'exercer à la fois l'action sociale ut singuli et une action individuelle en réparation du préjudice qu'il subit personnellement », et d'ajouter que : « pour rester dans la même logique, le législateur aurait pu reconnaître simplement à tout actionnaire le droit de solliciter la nullité de la convention au nom de la société ».

L'action en nullité se prescrit par trois ans à compter de la convention. Lorsqu'elle est dissimulée le point de départ est réputé fixé au jour où la convention a été révélée³⁵². Toutefois, il faut souligner que la jurisprudence applique en cette matière le principe selon lequel : « la prescription d'une action en nullité n'éteint pas le droit d'opposer celle-ci comme exception en défense à une action principale ». Ainsi, il a été jugé que : « viole ce principe l'arrêt qui, pour condamner une société anonyme à payer au propriétaire une certaine somme à titre de loyers, retient que le bail n'a pas fait l'objet d'une action en nullité dans le délai prévu et qu'il ne peut ainsi plus être annulé pour défaut d'autorisation préalable du conseil d'administration »³⁵³.

Mais la nullité peut être couverte par un vote spécial de l'assemblée générale ordinaire intervenant sur rapport spécial du commissaire aux comptes exposant les circonstances en raison desquelles la procédure d'autorisation n'a pas été suivie, mais seulement l'intéressé ne prend pas part au vote et ses voix ne sont pas prises en compte pour le calcul de la majorité et du quorum³⁵⁴.

Cela dit, il convient d'examiner dans les lignes qui suivront, les mécanismes de protection de l'intérêt social fondés sur le contrôle de la situation des dirigeants (Section II).

³⁵² Article 445 de l'AUSCCGIE révisé.

³⁵³ Cass. civ 3^{ème}, du 2 décembre 1998 société Godin c/ société croix de la mission, Rép. Sociétés Dalloz, 2^{ème} édition, V° Administrateur par P. DELEBECQUE

³⁵⁴ Article 447 de l'AUSCGIE révisé.

Section II : Les mécanismes de protection de l'intérêt social fondés sur le contrôle de la situation des dirigeants

L'Acte uniforme consacre des mécanismes de protection de l'intérêt social fondés sur le contrôle de la situation des dirigeants et/ou administrateurs. En effet, il est intervenu pour instituer un contrôle de rémunérations des dirigeants ainsi qu'un contrôle de mandats exercés par ces derniers. Un tel dispositif permet d'éviter que des rémunérations excessives et souvent injustifiées, soient versées aux dirigeants sans égard à l'intérêt social.

Il s'agit dans cette section de voir dans un premier temps, les mécanismes de contrôle de la rémunération des dirigeants (Paragraphe I), avant de voir dans un second temps le contrôle de cumul de mandats (Paragraphe II).

Paragraphe I : Le contrôle des rémunérations des dirigeants

Le contrôle des rémunérations est essentiel dans la prévention des conflits d'intérêts dans les sociétés commerciales et permet ainsi d'assurer une protection adéquate à l'intérêt social. Le législateur OHADA le sait, car en cette matière, il en a réservé un rôle prépondérant aux associés (A). Il a ensuite institué un contrôle particulier en cas de cumul avec un contrat de travail (B).

A- Le rôle prépondérant des associés dans la fixation de la rémunération

Si on scrute minutieusement les dispositions de l'Acte Uniforme, on se rendra facilement compte que les associés jouent un rôle important dans la détermination des rémunérations des dirigeants. Il s'agit là, d'éviter que les dirigeants touchent des rémunérations excessives au détriment de l'intérêt de la collectivité des associés. Le comité d'éthique du MEDEF observe à cet égard que : « la rémunération accordée doit toujours être justifiée et justifiable au regard de critères pertinents : pratiques de la concurrence dans le secteur concerné, comparaisons internationales, taille et complexité de l'entreprise etc. et doivent prendre en compte le risque encouru, tout en sachant que le risque existe pour tous les salariés ».

Par rémunération, il faut entendre toutes les sommes versées, tous les avantages en nature, tous les droits à des versements différés, voire des cotisations acquittées par la société³⁵⁵, mais aussi que pour les cotisations d'assurance chômage³⁵⁶.

La sensibilité de la question de la rémunération des dirigeants est due aux montants en valeur absolue qu'elle représente, dépassant ainsi quelquefois l'entendement³⁵⁷, bien que ces sommes soient voisines de celles que touchent les grands sportifs³⁵⁸ ou des grands artistes.

1- L'affirmation du principe de la fixation de la rémunération par les associés

Aux termes de l'article 278 de l'AUSCGIE relatif aux sociétés en nom collectif, « sauf clause contraire des statuts, la rémunérations des gérants est fixée par les associés, à la majorité en nombre et en capital des associés». Pour éviter que le gérant-associé participe au vote de sa rémunération, le législateur a pris la précaution de préciser que la décision fixant sa rémunération est prise à la majorité en nombre et en capital des autres associés³⁵⁹. Toutefois, il faut relever que l'article 278 autorise expressément les associés à prévoir des dérogations dans les statuts.

On peut dès lors se poser des questions sur l'efficacité de cette institution, l'Acte Uniforme n'ayant pas posé des limites, il est possible que des clauses statutaires moins favorables soient

³⁵⁵ BISSARA Philippe et deux autres, op.cit., p.131.

³⁵⁶ CA Versailles, 20 janvier 2005, BRDA 8/2005-2.

³⁵⁷ D.VICTOROFF, « le capitalisme rend-il fou ? », Valeurs Actuelles 9 juin 2006, « les « goinfres », ces patrons aux jackpots insolites », Le Point 8 mars 2007 ; « l'argent fou », Le Monde 12 avril 2007.

³⁵⁸ « Le Palmarès des revenus les plus fous », Le Figaro Magazine 5 mai 2006.

³⁵⁹ Article 278 alinéa 2 de l'AUSCGIE révisé.

prévues. Aussi, l'Acte Uniforme sanctionne-t-il la violation des clauses statutaires de la même manière que celle de l'article 278³⁶⁰.

Il faut relever pour le déplorer, que les dispositions particulières aux sociétés en commandite simple³⁶¹ ne traitent pas de la question de la rémunération du gérant. Toutefois, l'article 293-1 de l'AUSCGIE révisé vient corriger cette lacune lorsqu'il dispose que : « les dispositions relatives aux sociétés en nom collectif sont applicables aux sociétés en commandite simple, sous réserve des règles prévues au présent livre ». C'est dire donc que relativement à la détermination des rémunérations du gérant dans les SCS, on fait application par renvoi des dispositions de l'article 278 de l'AUSCGIE.

Par contre, en ce qui concerne la société à responsabilité limitée, le législateur pose le principe de la fixation des rémunérations par les associés³⁶². En effet, il est précisé que, lorsque les fonctions de gérant sont rémunérées, elles le sont selon les stipulations statutaires ou selon la décision collective des associés. Il faut relever cependant une différence avec la société en nom collectif en ce qui concerne la participation du gérant au vote de la décision fixant sa rémunération. L'article 325 alinéa 2 précise en effet que, le gérant lorsqu'il est associé, ne prend pas part au vote de la délibération relative à sa rémunération et ses voix ne sont pas prises en compte pour le calcul de la majorité. La différence du régime avec celui de la société en nom collectif est que, l'article précise aussi que : « toute délibération prise en violation du présent alinéa est nulle ». Or, pour la société en nom collectif, la nullité des délibérations peut être due du fait de la violation d'une stipulation statutaire, qui peut être dérogatoire à l'Acte Uniforme, ou encore de la violation de l'Acte lui-même notamment l'article 278.

Le régime de la rémunération semble mieux organisé en ce qui concerne les sociétés anonymes. Le principe est posé à l'article 430 de l'AUSCGIE qui dispose que : « hors les sommes perçues dans le cadre d'un contrat de travail, les administrateurs ne peuvent recevoir, au titre de leurs fonctions, aucune autre rémunération, permanente ou non, que celles visées aux articles 431 et 432 ». Cette disposition ne vise pas les dividendes régulièrement repartis entre les actionnaires. La violation de cette disposition est sanctionnée par la nullité de la décision prise. Ainsi, au sens de l'article 431 de l'AUSCGIE, « l'assemblée générale ordinaire peut allouer aux administrateurs, en rémunération de leurs activités, à titre

³⁶⁰ L'alinéa 3 de l'article 278 précise en effet que : « les délibérations prises en violation du présent article ou, le cas échéant, des clauses dérogatoires prévues dans les statuts, sont nulles ».

³⁶¹ Articles 293 à 308 de l'AUSCGIE révisé.

³⁶² Article 325 alinéa 1^{ère} de l'AUSCGIE révisé.

d'indemnité de fonction une somme fixe annuelle qu'elle détermine souverainement ». On voit, ne serait-ce que par l'utilisation de l'adverbe « souverainement », que les actionnaires jouent un rôle important dans la détermination des indemnités des administrateurs. Il faut toutefois relever que dans ce cas précis, l'Acte Uniforme prévoit la possibilité pour les administrateurs concernés de prendre part au vote et la prise en compte de leurs voix dans le calcul du quorum et de la majorité³⁶³.

De même, les rémunérations exceptionnelles ne sont pas exclusives de tout contrôle. En effet, même si l'article 432 de l'AUSCGIE donne le pouvoir au conseil d'administration d'allouer à ses membres des rémunérations exceptionnelles pour les missions et mandats qui leur sont confiés, ou autoriser le remboursement des frais de voyage, déplacements et dépenses engagés dans l'intérêt de la société, il n'en demeure pas moins que ces rémunérations et ses frais donnent lieu à un rapport spécial du commissaire aux comptes à l'assemblée³⁶⁴.

Quant à la rémunération du président directeur général, l'article 467 de l'AUSCGIE précise que ses modalités et son montant sont déterminés par le conseil d'administration. Il en est ainsi, le cas échéant, des avantages en nature. Il ne prend pas part au vote sur sa rémunération et sa voix n'est pas prise en compte pour le calcul du quorum et de la majorité. L'Acte Uniforme frappe de nullité la décision prise en violation de cette disposition³⁶⁵.

Des dispositions identiques ont été prévues en ce qui concerne le directeur général adjoint³⁶⁶. Aussi, faut-il ajouter les dispositions de l'article 482 de l'AUSCGIE applicables au président du conseil d'administration, et qui sont semblables à celles prévues pour le président directeur général et le directeur général adjoint. Enfin, il faut noter en ce qui concerne le directeur général que c'est l'article 490 de l'AUSCGIE qui donne au conseil d'administration le pouvoir de fixer les modalités et le montant de sa rémunération selon la même procédure que ci-haut.

Toujours, en ce qui est de la société anonyme avec administrateur général, l'Acte Uniforme donne compétence à l'assemblée générale quant à la détermination des modalités et du

³⁶³ Article 431 alinéa 2 de l'AUSCGIE révisé.

³⁶⁴ Article 432 alinéa 2 de l'AUSCGIE révisé.

³⁶⁵ Article 467 dernier alinéa de l'AUSCGIE révisé.

³⁶⁶ Article 474 de l'AUSGIE révisé.

montant de la rémunération de l'administrateur général³⁶⁷ et de l'administrateur général adjoint³⁶⁸ le cas échéant.

L'Acte uniforme exige dans certains cas l'intervention du commissaire aux comptes pour la détermination des rémunérations. Une telle précaution est salubre en ce qu'elle permet aux actionnaires d'être éclairés sur les aspects techniques des sommes versées. C'est pourquoi, l'Acte Uniforme, tout en habilitant le conseil d'administration à allouer à ses membres des rémunérations exceptionnelles pour les missions et mandats qui leur sont confiés, ou autoriser le remboursement des frais de voyage, déplacements et dépenses engagées dans l'intérêt de la société³⁶⁹, prévoit que ces rémunérations fassent l'objet d'un rapport spécial du commissaire aux comptes³⁷⁰. Ainsi, les rémunérations et le cas échéant, les avantages en nature qui leur sont accordés sont déterminés par l'assemblée générale ordinaire. Toute décision prise en violation de ces dispositions est nulle³⁷¹.

2- La nature de la fixation de la rémunération

On peut s'interroger sur la pertinence de l'absence de la soumission des rémunérations au régime des conventions réglementées³⁷². En effet, la qualité de dirigeant social pouvant donner lieu à une rémunération, elle peut s'apparenter à une convention avec la société au sens de l'article 438 de l'AUSCGIE révisé. Cela est d'autant plus vrai, lorsque le dirigeant a été choisi lors d'un recrutement externe. En effet, dans cette hypothèse, la fixation de la rémunération présente un caractère quasi contractuel, car « il faut le déterminer à accepter le mandat, dans des conditions qui peuvent être d'urgence et justifient des concessions, par exemple le versement d'une prime de bienvenue ou golden hello et, plus fréquemment, des garanties en cas de cessation des fonctions (« parachute doré ») »³⁷³. Il existe en droit comparé des prémisses en faveur du caractère contractuel des rémunérations versées aux dirigeants sociaux³⁷⁴. Mais au bénéfice du législateur, cela peut se comprendre si l'on scrute les règles pertinentes qui entourent la fixation de ces rémunérations. Ainsi, le législateur

³⁶⁷ Article 501 de l'AUSCGIE révisé.

³⁶⁸ Article 514 de l'AUSCGIE révisé.

³⁶⁹ Alinéa 1^{er} de l'article 432 de l'AUSCGIE révisé.

³⁷⁰ Article 432 alinéa 2 de l'AUSCGIE révisé.

³⁷¹ Articles 501 et 514 derniers alinéas de l'AUSCGIE.

³⁷² Alinéa dernier de l'article 325 de l'AUSCGIE par exemple.

³⁷³ BISSARA Philippe et deux autres, op.cit., p.133.

³⁷⁴ Cass. com, 4 juillet 1995 ; cass.com , 3 mai 2000, BJS 2000, p. 821 note LE CANNU ; cass.soc, 8 juillet 2009, n°08-41589, RTD. com. 2009, p.762, obs. LE CANNU à propos d'un package consenti à un mandataire social.

OHADA n'a pas jugé nécessaire de conférer un caractère conventionnel aux rémunérations suivant ainsi la jurisprudence³⁷⁵.

La question de la nature institutionnelle ou contractuelle de la fixation de la rémunération s'est également posée avec une certaine délicatesse dans l'hypothèse d'une modification. En effet, une décision de nature institutionnelle peut être modifiée ou rapportée par l'autorité qui l'a prise ; en revanche il paraît plus délicat de modifier unilatéralement une obligation de nature contractuelle³⁷⁶. En faveur de la nature contractuelle, la jurisprudence n'admettait la modification qu'en matière de rémunérations différées, au regard de l'intérêt social, lorsque les difficultés économiques de l'entreprise rendent insupportables le poids de cette rémunération, voir lorsque l'intéressé a perdu la confiance du conseil³⁷⁷.

La pratique de son côté a fait des propositions en faveur du caractère conventionnel des rémunérations, en estimant que : « les indemnités de séparation poseraient moins de problèmes si elles étaient prévues contractuellement dès l'origine en fonction du salaire de base »³⁷⁸. En Grande Bretagne, le rapport *Higgs* semble considérer également qu'il ya une relation contractuelle entre les dirigeants et la société : « *remuneration committees should consider reviewing and agreeing a standard form of contract for their executive directors...* »³⁷⁹. Le législateur OHADA considère ainsi la décision fixant la rémunération des dirigeants comme une décision unilatérale.

En droit comparé, la Loi BRETON du 26 juillet 2005 soumet les parachutes dorés au régime des conventions règlementées mais dans les seules sociétés cotées et lorsqu'ils bénéficient au président, au directeur général ou aux directeurs généraux délégués et une information à leur égard doit figurer dans le rapport annuel³⁸⁰. Les parachutes dorés peuvent être définis comme étant des indemnités versées par une société à un dirigeant qui cesse ses fonctions.³⁸¹ La notion d'indemnité évoque la décision de la chambre sociale de la cour de cassation qui

³⁷⁵ CA de Versailles, 31 janvier 2002, RTD com. 2002-485, chron. C.CHAMPAUD et D.DANET.

³⁷⁶ P. LECANNU, et ali, « droit des sociétés », LGDJ 5^{ème} édition, p.517.

³⁷⁷ C'est la logique que suit la CA de Paris, 7 juin 2000, JCP éd. E, 2000, p.1214, BJS 2000, p.957, à propos d'avantages accordés à un ancien président ; Cass.com, 24 octobre 2000, n°98-18367, Bull.civ. IV, n°166, p.148.

³⁷⁸ Rapport du comité d'éthique du MEDEF sur les rémunérations.

³⁷⁹ BISSARA P., et deux autres, op.cit., p.131.

³⁸⁰ Article L.225-102-1, al.3.

³⁸¹ J. EL AHDAB, « Les parachutes dorés et autres indemnités conventionnelles de départ des dirigeants : approche pluridisciplinaire et comparée », Rev. Sociétés 2004, p.18.

estime que : « les sommes versées n'ont une nature indemnitaire qui échappe aux cotisations sur les salaires que si la rupture a été provoquée par la société, et si les sommes versées ont uniquement pour objet de réparer le préjudice né de la perte d'emploi »³⁸².

On peut également relever que le législateur OHADA ne soumet pas les rémunérations des dirigeants les mieux payés à publicité. Mais cela peut être dédouané, si l'on sait déjà, que l'Acte Uniforme prévoit la possibilité de créer des comités des rémunérations que nous allons étudier plus loin.

Il convient, en matière de détermination des rémunérations des dirigeants par les statuts ou une décision collective des associés³⁸³, souligner cet apport considérable d'un arrêt de la Cour de cassation française³⁸⁴. Dans cet arrêt, M.X avait cédé les parts qu'il détenait dans le capital d'une SARL dont il était associé et cogérant. Postérieurement à cette cession, il assignait son ancienne société, qu'il estimait lui devoir diverses sommes, particulièrement, selon les termes employés par la décision, au titre d' « indemnité de gérance ».

Pour sa part, la société soulevait l'irrecevabilité des demandes formées en se prévalant de l'existence d'un protocole d'accord. Cette demande fut rejetée par la Cour d'appel au motif que : « l'assemblée générale avait fixé la rémunération à laquelle chaque gérant aurait droit, l'indemnité due à un gérant doit correspondre à un travail réalisé pour la société, l'associé absent pour maladie ne pouvait accomplir ce travail, sauf à celui-ci à établir qu'il était à même d'exercer sa fonction de cogérant, il ne rapportait pas cette preuve ». Censurant cet arrêt, la Cour de cassation a estimé que : « la SARL est gérée par une ou plusieurs personnes physiques, associés ou non, dont la rémunération, fixée soit par les statuts soit par une décision collective des associés, est due tant qu'aucune décision la révoquant n'est intervenue ».

De cet arrêt on retiendra que : la rémunération déterminée par une clause des statuts ou par une décision des associés, est due sans que l'absence du gérant puisse constituer un obstacle à cela. Le gérant n'a donc pas à établir la preuve de ce qu'il exerçait effectivement ses fonctions

³⁸² Cass.soc, 6 janvier 1998. Dr.social, février 1998, 177, conc. P. Lyon-Caen.

³⁸³ Sur l'importance de la fixation de la rémunération du gérant de SARL par les statuts de celle-ci ou par une décision collective des associés : V. not. Cass.com., 25 septembre 2012, deux arrêts, n°11-22337, Bull. IV, n° 169 ; BRDA22/12, n°5 ; D. 2012, p.2301, obs. A. Lienhard ; BJS 2013,p.22, note B. Dondero.

³⁸⁴ Cass.com., 21 juin 2017, n°1519593.

pour obtenir le versement de la rémunération. Toutefois, il serait possible qu'une décision des associés modifie pour l'avenir la rémunération convenue, en la réduisant ou en la supprimant complètement.

Comme le souligne un auteur : « en indiquant que la rémunération est due peu important la maladie du dirigeant, la Cour de cassation éloigne le mandat social du contrat à titre onéreux classique, puisque si la rémunération est déterminée par les statuts ou par une décision des associés, elle est due, peu important la contrepartie reçue par la société »³⁸⁵.

Cela dit, il convient de voir le contrôle particulier en cas de cumul de fonctions (B).

³⁸⁵ DONDERO Bruno, commentaires sous : Cass.com., 21 juin 2017, n°1519593.

B- Le contrôle particulier des rémunérations en cas de cumul avec un contrat de travail

Il existe un contrôle de rémunération en cas de cumul de fonctions ou de mandats. D'abord, il peut s'agir d'un cumul avec un contrat de travail. Dans cette hypothèse, c'est l'article 426 de l'AUSCGIE qui prévoit que : « sauf clause contraire des statuts, un salarié de la société peut être nommé administrateur si son contrat de travail correspond à un emploi effectif. De même, un administrateur peut conclure un contrat de travail avec la société si son contrat correspond à un emploi effectif. Dans ce cas, le contrat est soumis aux dispositions des articles 438 et suivants ci-après ». Cet article consacre la possibilité de cumul de fonctions salarié-administrateur et/ou administrateur-salarié. On remarquera, que si la nomination d'un salarié au poste d'administrateur n'est pas soumise au régime des conventions réglementées, la conclusion par un administrateur d'un contrat de travail l'est au contraire. Cette disposition prise par le législateur permet d'éviter la conclusion des contrats de travail fictifs au profit des administrateurs.

Ainsi, il a été jugé que : « en cas de contrat de travail, le respect de l'article 426 sera décisif pour distinguer l'activité du salarié des tâches liées à la fonction de directeur général. Plus précisément, le contrat de travail doit correspondre à un emploi effectif »³⁸⁶. Il faut tout simplement retenir qu'il a été jugé à leur propos que : « en l'absence de convention contraire, le contrat de travail d'un salarié devenu mandataire social et qui a cessé d'être lié à la société par un lien de subordination est suspendu pendant le temps où il est mandataire »³⁸⁷. Pour une commodité d'analyse, nous allons nous limiter à la dernière hypothèse, celle d'administrateur-salarié.

1- La soumission du contrat de travail au régime des conventions réglementées

Il convient de mentionner que dans l'hypothèse de cumul de mandats, l'Acte Uniforme renvoie aux dispositions de l'article 438 relatives aux conventions réglementées. La conclusion d'un contrat de travail par un dirigeant social avec la société est analysée comme une convention réglementée et comme telle soumise à la procédure d'approbation. C'est pourquoi, l'article 438 in fine précise que : « doit être soumise à l'autorisation préalable du

³⁸⁶ CA de Dakar, arrêt n°472 du 6 novembre 2007 : Revue EDJA n°76, 2008, p.80, notes D. Ndoye ; Ohadata J-10-153.

³⁸⁷ Cass.soc, 26 avril 2000, RJDA 7-8/2000, n°769 ; BJS 2000, § 287, note P. SCHOLER.

conseil d'administration toute convention entre une société anonyme et l'un de ses administrateurs, directeurs généraux ou directeurs généraux adjoints ».

Selon l'article 440 de l'AUSCGIE, l'autorisation doit être sollicitée par l'administrateur intéressé, qui informe le conseil dès qu'il a connaissance d'une telle convention. A défaut, la convention est nulle et il appartient aux organes de la société ou à tout actionnaire d'exercer l'action en nullité devant la juridiction compétente³⁸⁸. Pour renforcer ce contrôle, après avoir accordé son autorisation, le conseil doit aviser le commissaire aux comptes dans le mois qui suit la conclusion. Comme cela a été souligné à juste titre : « il s'agit de permettre à ce dernier de dresser le rapport spécial qu'il doit soumettre à l'assemblée générale ordinaire »³⁸⁹. Ainsi, lorsque le contrat conclu n'a pas été soumis à la procédure d'autorisation préalable, le contrat est nul, et l'administrateur pourra être tenu de restituer à la société les rémunérations perçues.

Le contrat de travail doit donc correspondre à une réalité et qu'il ne soit pas un procédé factice uniquement destiné à permettre de réclamer des avantages. En effet, il a été jugé que : « la fonction de gérant résultant des décisions des associés qui confèrent à ce dernier une fonction de mandataire différente des fonctions exercées par l'intéressé sur la base d'un contrat de travail signé est nul et de nul effet parce que produisant des effets juridiques supérieurs à ceux nés d'un contrat de gérance »³⁹⁰. Il s'agissait en l'espèce du gérant d'une société à responsabilité limitée nommé pour trois ans en cette qualité et qui a conclu un contrat de travail à durée indéterminée avec lui-même et ayant pour objet la gérance de la dite société. Il réclame de ce fait le bénéfice du cumul du mandat social et d'un mandat de travail.

Il faut cependant relever que, malgré le régime plus ou moins rigoureux auquel est soumis le cumul de mandats, il n'en demeure pas moins que la notion « d'emploi effectif » peut prêter à confusion. En l'absence d'une jurisprudence établie en droit OHADA, le recours au droit comparé peut être un palliatif pour éclaircir cette notion. Ainsi, l'exigence d'un emploi effectif suppose que soient réunies les conditions suivantes : exercice de fonctions techniques distinctes de celles exercées dans le cadre du mandat et donnant lieu à une rémunération

³⁸⁸ CCJA, arrêt n°004/2014 du 30 janvier 2014.

³⁸⁹ Commentaires sous l'article 440 de l'AUSCGIE révisé.

³⁹⁰ CA de Ouagadougou, 16 avril 2013, arrêt n°47.

distincte ; existence d'un lien de subordination vis-à-vis de la société et absence de fraude à la loi³⁹¹.

Par fonctions techniques distinctes, il faut entendre l'existence des fonctions délimitées et nécessitant une technicité particulière, permettant de les distinguer des attributions relevant du mandat social (fonctions de direction ou d'administration)³⁹². Ainsi, il a été jugé que : « en aucun cas la remise des bulletins de paie et l'approbation de l'assemblée des actionnaires sur la rémunération, l'affiliation et le versement de cotisations sociales au régime des salariés ne sont des éléments déterminants ; la qualité de salarié doit s'apprécier non pas sur des critères mais en examinant les fonctions réellement exercées »³⁹³.

Pour les mandataires sociaux investis d'un pouvoir de direction, cette exigence ne fait pas obstacle à la reconnaissance d'un contrat de travail au titre de fonctions de direction, lorsqu'elles sont précisément définies dans le contrat de travail, à condition qu'elles nécessitent une technicité particulière et qu'elles soient exercées dans un lien de subordination. De façon particulière, dans les entreprises commerciales dont l'objet est la vente, il a été jugé que : « la direction commerciale étant elle-même l'un des objets de la direction générale, les fonctions de directeur général absorbent celles de directeur commercial »³⁹⁴. En effet, un auteur a pu constater à juste titre que : « le contrat de direction technique et administrative qui, en sus de la direction des usines et de divers services, confère le pouvoir d'engager et de représenter la société dans les divers actes de la vie juridique, n'est pas suffisamment distinct du mandat social et ne peut être invoqué par son titulaire »³⁹⁵.

Il faut aussi faire cas des sociétés commerciales de petite dimension dans lesquelles l'existence des fonctions distinctes est plus difficilement admise, ou encore lorsque les fonctions entrent directement dans l'objet social. Ainsi, il a été jugé que : « dans une société menant des travaux d'une grande technicité, il n'est pas concevable que le président du directoire soit dépourvu de toute qualification en la matière, de sorte qu'il ne peut pas justifier d'une réelle distinction entre ses fonctions de mandataire social et ses fonctions salariées »³⁹⁶.

³⁹¹ F.LEFEBVRE, *mémento pratique, sociétés commerciales*, p.207, n°11501, éd.2011.

³⁹² F.LEFEBVRE, *op.cit.*, p.208.

³⁹³ CA de Versailles, 17 janvier 1992, Bertherand c/ SA Orapi 77, inédit.

³⁹⁴ CA Colmar, 10 octobre 1985, SA Vuillemin Services c/ Joly, inédit.

³⁹⁵ D. Gibrila, *Droit des sociétés*, *op.cit.* p.422.

³⁹⁶ CA Bordeaux, 9 octobre 1992 : RJDA 6/93 n°505.

Par contre, il a été admis que : « un journaliste salarié qui, après sa nomination comme gérant, avait conservé des fonctions techniques consistant dans la conception visuelle et rédactionnelle des supports de communication de la société »³⁹⁷ ou dans le cas de l'unique employée d'une société qui, après sa désignation aux fonctions de gérante, avait continué d'occuper son emploi de vendeuse »³⁹⁸.

En ce qui est de la rémunération distincte, les fonctions techniques doivent faire l'objet d'une rémunération distincte de celle du mandat social³⁹⁹. Toutefois, le versement d'une rémunération distincte n'est qu'un indice en faveur du cumul. Encore faut-il que l'intéressé exerce effectivement des fonctions techniques distinctes de son mandat social⁴⁰⁰. Il faut surtout préciser que : « l'existence d'une rémunération distincte ne signifie pas que le dirigeant doit recevoir une double rémunération correspondant d'une part, à son mandat social, d'autre part, à ses fonctions salariées »⁴⁰¹. En cas de rémunération unique, « celle-ci doit être versée en contrepartie de son activité salariée »⁴⁰².

Aussi faut-il préciser, que la rémunération doit être normale pour les fonctions exercées. Une rémunération excessive ou dérisoire pourrait faire douter de la réalité du contrat de travail⁴⁰³.

Il a été jugé que : « le fait pour un salarié devenu mandataire social de continuer à percevoir la même rémunération ne permet pas à lui seul d'en déduire le maintien de son contrat de travail »⁴⁰⁴.

³⁹⁷ CA Paris, 20 janvier 2005, n°03-38122 : RJS 10/05 n°1063.

³⁹⁸ Cass. Soc., 14 mai 1998, n°2121 : Bull. civ. V n°252.

³⁹⁹ Cass. soc., 6 juillet 1981, p. 741 ; cass.soc., 19 novembre 1986, n°2832 : Bull. Joly 1987, p.32.

⁴⁰⁰ Cass. Soc., 1 décembre 1993, n°3869 : RJDA 2/94 n°160 ; cass. Soc, 11 juillet 1995 n°3234 :RJDA 10/95 n°1096.

⁴⁰¹ F.LEFEBVRE, op.cit., p.209.

⁴⁰² Cass.soc, 31 mars 1982, Bull. civ, V n°239 ; cass. Soc, 17 février 1983 : Bull. Joly 1983, p.381 ; cass.soc, 27 avril 1984 : Bull. Joly 1984, p.1104.

⁴⁰³ Cass.com, 12 juillet 1983 : Bull. Civ. IV n°218, CA Paris, 31 mai 1991 : Bull. Joly 1991, p.296.

⁴⁰⁴ Cass.soc, 4 novembre 1988, n°3853 : RJS 1/89 n°107.

2- La problématique du cumul de la qualité de mandataire social et salarié au regard de l'exigence d'un lien de subordination

L'intéressé doit, dans l'exercice de ses fonctions techniques, être placé dans un état de subordination à l'égard de la société. C'est une exigence du code de travail qui, pour conférer la qualité de salarié exige que l'intéressé soit « sous la direction et l'autorité »⁴⁰⁵ de l'employeur (la société commerciale). Ainsi, il ne doit donc pas disposer en qualité de mandataire, des pouvoirs les plus étendus ni jouir d'une entière indépendance dans ses activités⁴⁰⁶. En effet, le cumul a été refusé au gérant de SARL ayant le monopole des connaissances techniques⁴⁰⁷.

A première vue, on peut estimer que le législateur a fait fîe de l'exigence de l'absence des pouvoirs les plus étendus entre les mains de l'intéressé. En effet, en droit OHADA, l'article 466 de l'AUSCGIE dispose que : « le président-directeur général peut être lié à la société par un contrat de travail dans les conditions prévues à l'article 426 ». Or, la soumission du PDG à un lien de subordination est discutable en ce que, les alinéas 3 et 5 de l'article 426 combinés précisent qu'il est « investi des pouvoirs les plus étendus qu'il exerce dans la limite de l'objet social.....Les clauses des statuts, les délibérations des assemblées générales ou les décisions du conseil d'administration limitant les pouvoirs du président directeur général sont inopposables aux tiers de bonne foi ».

En tant que président du conseil d'administration, ce cumul de fonctions fait de lui le président d'un organe qui est chargé de le contrôler. Comme cela été souligné à juste titre : « si cette situation est mal gérée, elle peut s'avérer désastreuse pour l'entreprise, car il est difficile d'être à la fois juge et partie »⁴⁰⁸. La même remarque peut être faite en ce qui concerne aussi le président du conseil d'administration⁴⁰⁹, ainsi que le directeur général qui

⁴⁰⁵ Article 2 du code de travail nigérien.

⁴⁰⁶ Cass. Soc, 14 mars 1979 : Bull. civ. V n°234 ; Cass.soc, 5 juillet 1989 n°2814 : Bull. civ V n°503 ; CA Paris, 28 janvier 1997 : RJDA 5/97 n°658.

⁴⁰⁷ Cass.soc, 17 janvier 1989 n°155 : RJS/89 n°281 ; cass.soc, 11 juillet 1995 n°3234 : RJDA 10/95, n°1096.

⁴⁰⁸ A.F Ngomo, « Pour une redéfinition des pouvoirs des organes intervenant dans la gestion des SA (Réflexions à partir du projet de code des sociétés de l'UDEAC dans la perspective de l'harmonisation du droit des affaires dans la zone franc ».

⁴⁰⁹ Article 481 de l'AUDSCGIE révisé.

peut être lié à la société par un contrat de travail⁴¹⁰, tout en disposant des pouvoirs les plus étendus⁴¹¹.

La subordination juridique étant une notion tellement caractéristique du contrat de travail en ce qu'elle permet d'affiner son existence, admettre donc qu'un dirigeant est en situation subordonnée dans l'exercice d'une activité salariée, c'est supposer qu'un autre organe de la société est habilité à lui donner des ordres dans la réalisation de cette activité⁴¹². Il faut donc distinguer selon que le dirigeant en question est membre d'un organe collégial ou investi du pouvoir de représenter la société.

Ainsi, pour les dirigeants membres d'un organe collégial, puisqu'ils n'ont en principe aucun pouvoir personnel, l'état de subordination juridique se conçoit aisément, sauf s'ils sont associés majoritaires⁴¹³. Par contre, le contrat de travail place l'administrateur sous l'autorité du président du conseil d'administration quand il est associé minoritaire⁴¹⁴.

La situation sera plus délicate, lorsque le dirigeant est investi du pouvoir de représentation de la société. En effet, à ce niveau, il exerce à l'égard des tiers tous les pouvoirs économiques, d'organisation du travail, hiérarchiques, il joue le rôle de l'employeur et ne peut donc être salarié⁴¹⁵. Comme nous l'avons souligné, dans les sociétés à responsabilité limitée, le gérant ou chaque cogérant est l'organe de représentation de la société aux termes de l'article 277 alinéa 2 de l'AUSCGIE.

Dans ses rapports avec les tiers, il est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de celle-ci, sous réserve des pouvoirs que la loi attribue expressément aux associés. Il s'y apert donc, comme cela a été relevé à juste titre,⁴¹⁶ que « l'incompatibilité entre les fonctions sociales et les fonctions salariées concerne tous les gérants, qu'ils soient ou non majoritaires, associés ou non associés ». Il s'y ajoute, que même lorsque la gérance est collective, l'article 277 alinéa 3 de l'AUSCGIE ne retient pas le lien de subordination, en ce

⁴¹⁰ Article 489 de l'AUDSCGIE révisé.

⁴¹¹ Article 487 de l'AUDSCGIE révisé

⁴¹² TOE Souleymane, art.précit., p.426.

⁴¹³ TOE Souleymane, art.précit., p.426.

⁴¹⁴ Grenoble 28 juin 1978, Le Cordoch c/ Sté Messageries Péageoises.

⁴¹⁵ G. Lyon-Caen, Le droit social des dirigeants d'entreprises, Etudes dédiées à A.Weill, Dalloz, Litec 1983,p.405.

⁴¹⁶ TOE Souleymane, art.précit., p.426.

que chaque gérant, a dans ses rapports avec les tiers, tous les pouvoirs pour représenter la société. C'est pourquoi la chambre sociale a retenu que « le pouvoir de direction générale l'empêche de se trouver dans l'état de subordination vis-à-vis du ou des cogérants »⁴¹⁷.

Ensuite, aux termes de l'article 465 alinéa 4 de l'Acte uniforme, dans les sociétés anonymes le président directeur général est seul investi légalement du pouvoir de représenter la société dans ses rapports avec les tiers, et l'article 415 d'en préciser qu'il assume la direction générale sous sa responsabilité. Il en résultera donc que le salarié devenu président est son propre partenaire pour exécuter et éventuellement faire évoluer le contrat de travail. Il a été jugé qu'une même personne ne peut avoir la qualité de chef et de subordonné⁴¹⁸. Un auteur avisé a pu déduire de ce fait que : « la qualité de chef prendra naturellement le pas sur celle de subordonné qui, si elle est tout de même maintenue, restera fictive. Le résultat de cette situation est l'atteinte à l'intérêt de la société qui va devoir verser des rémunérations pour des prestations qui ne sont en réalité aucunement exécutées par le dirigeant social »⁴¹⁹.

Il faut enfin souligner qu'aux termes de l'article 499 de l'AUSCGIE : « l'administrateur général peut être lié à la société par un contrat de travail à la condition que celui-ci corresponde à un emploi effectif ». Mais l'alinéa suivant pose une limite en disposant que : « le contrat de travail est soumis à l'autorisation préalable de l'assemblée générale. A défaut, le contrat de travail est nul ». Cette disposition permet d'affirmer sans risque de se tromper, qu'il n'est pas possible pour l'administrateur unique de conclure un contrat de travail avec la société qu'il dirige en ce qu'il n'y a pas une assemblée générale.

Il convient de préciser que le lien de subordination ne saurait résulter d'un mandat de l'assemblée générale ou du conseil d'administration⁴²⁰. Il en est ainsi du contrôle opéré par le conseil de surveillance sur les membres du directoire⁴²¹.

Par contre, se trouve soumis à un lien de subordination le président d'une SA tenu de consulter le conseil d'administration dans l'exercice de ses fonctions techniques⁴²². Pour

⁴¹⁷ Cass.soc. 18 mai 1983, Tomacho c/ SARL la Boisserole, Bull. inf. soc., 1983 ; p.735.

⁴¹⁸ CA de Ouagadougou, arrêt n°47 du 16 avril 2013, les sociétés Hight River Gold Exploration Burkina SARL, Jilbey SARL, HRG Ouest Africa c/ Yves Delorme.

⁴¹⁹ TOE Souleymane, art.précit., p. 427.

⁴²⁰ Cass.soc, 19 novembre 1986, n°2832, inédit.

⁴²¹ Cass.soc, 4 février 1988, Bull. civ, V n°92.

établir l'existence du lien de subordination, il est possible de se servir d'instructions, de lettres de service ou de mission. Cependant, il a été jugé que : « le fait que l'intéressé ait reçu un certificat de travail mentionnant sa qualité de salarié ou des indemnités de licenciement ne suffit pas à établir l'existence d'un contrat de travail »⁴²³.

Enfin, il ne faut pas que le contrat ainsi conclu ait pour but d'éluder la loi. En effet, le contrat de travail ne doit pas avoir été conclu dans le seul but de frauder la loi. Ainsi, il a été jugé que : « sont illicites les contrats visant à détourner la règle de la libre révocabilité des dirigeants en assurant à l'intéressé la permanence de l'emploi »⁴²⁴. Il en est ainsi de ceux, ayant pour objet d'assurer au mandataire social un statut injustifié de salarié. La jurisprudence fait application en droit des sociétés du principe général « *fraus omnia corrumpit* ». Ainsi, l'appréciation du caractère fictif ou non du contrat de travail relève du pouvoir souverain des juges. Peu important, la qualification donnée par les parties ou par la délibération du conseil d'administration ou l'assemblée des associés à la convention mentionnant l'existence d'un contrat de travail⁴²⁵. La conclusion d'un contrat de travail avec la société confère à l'intéressé le statut protecteur du droit de travail. En effet, il a été jugé que : « le contrat de travail régulièrement conclu fait bénéficier le directeur général du statut protecteur du code de travail »⁴²⁶.

En outre, il a été jugé que : « n'est pas fictif le contrat de travail du gérant minoritaire et directeur commercial d'une SARL, filiale d'une société mère, car malgré sa désignation comme mandataire social de la filiale, son activité était celle d'un directeur commercial assurant la représentation des produits de cette société, ainsi que l'avait décidé la société mère, et il exerçait son activité sous la dépendance de celle-ci »⁴²⁷.

Ainsi détaillé, il convient d'examiner le contrôle de cumul de mandats sociaux (Paragraphe II)

⁴²² Cass.soc, 6 novembre 1991, n°3907 : RJS 12/91 n°1377.

⁴²³ Cass.soc, 9 juillet 1980 n°1756 : Bull.civ. V n°633.

⁴²⁴ Cass.soc, 23 juin 1988, n°2408, inédit.

⁴²⁵ Cass.soc, 31 mars 1981 : Bull. civ, V, n°285.

⁴²⁶ CA de Dakar, arrêt n°263 du 14 juin 2005 : Revue EDJA n°76, 2008, p.75 ; Ohadata J-10-154.

⁴²⁷ Cass.soc, 10 février 2010, n°09-40.383 :RJDA 5/10 n°515.

Paragraphe II : Le contrôle du cumul de mandats sociaux

Il s'agit dans cette partie de passer en revue d'une part, la limitation de mandats d'administrateur (A), et d'autre part, la sanction du non respect de la règle limitant les mandats (B).

A- La limitation de mandats d'administrateur

Le législateur OHADA limite le nombre de mandat que peut avoir un administrateur dans un souci d'efficacité dans la représentation. Cette limitation contribue à protéger l'intérêt social mais également à réduire le risque de conflits d'intérêts dans les sociétés commerciales et notamment dans la société anonyme. Même si certains auteurs⁴²⁸ estiment que le cumul des mandats ne présente pas que des inconvénients : il apporte à chacun des conseils dans lesquels siègent les pluri-administrateurs la compétence et l'expérience d'hommes d'affaires chevronnés. Il n'en demeure pas moins que, « la concentration (des mandats) favorise la multiplication des situations d'administrateurs réciproques ou des situations de conflits d'intérêts potentiels qui réduisent relativement l'impartialité des administrateurs »⁴²⁹. De ce fait, l'objectif de limitation applicable aux administrateurs est triple : assurer une certaine disponibilité des administrateurs pour qu'ils exercent effectivement leurs fonctions, éviter les recrutements croisés, endiguer le cumul des rémunérations⁴³⁰.

1- Les mandats concernés

L'article 425 de l'AUSCGIE limite le nombre de mandats à cinq (5), en disposant qu' « une personne physique, administrateur en nom propre ou représentant permanent d'une personne morale administrateur, ne peut appartenir simultanément à plus de cinq conseils d'administration de sociétés anonymes ayant leur siège social sur le territoire d'un même Etat partie ». Cette limitation permet à l'administrateur d'exercer correctement sa mission. Pour comprendre cette disposition, il faut se référer aux attributions du conseil d'administration aux réunions duquel assistent les administrateurs. En effet, le conseil d'administration est l'organe qui détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre. Aussi, se saisit-il de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires la concernant⁴³¹. Le conseil d'administration procède en outre aux contrôles et vérifications qu'il juge opportuns et toute limitation statutaire de ses pouvoirs est inopposable aux tiers de bonne foi.

⁴²⁸ E. GINGLINGER, « Les mandats multiples n'affectent pas l'efficacité des administrateurs », in *Option Finance* n°723, 10 février 2003.

⁴²⁹ BISSARA Philippe et 2 autres, « droit et pratique de la gouvernance des sociétés cotées », conseils et comités, édition Joly 2007, p.124.

⁴³⁰ Le CANNU P., « droit des sociétés », LGDJ 5^{ème} édition 2013, p.461.

⁴³¹ Article 435 de l'AUSCGIE révisé, sous réserve bien entendu des pouvoirs expressément attribués aux assemblées des actionnaires et dans la limite de l'objet social.

La limitation géographique de mandats a suscité des critiques en doctrine. Ainsi, il a été souligné que : « la limitation des mandats devrait s'appliquer à la somme des mandats détenus dans l'ensemble des Etats membres, mais non dans un même Etat. Il est en effet évident que, si une personne ne peut pas exercer efficacement plus de cinq mandats dans un même Etat, elle le pourrait encore moins dans plusieurs Etats à la fois »⁴³².

L'administrateur a l'obligation de s'informer en prenant connaissance des obligations générales et particulières de sa charge. Il doit au-delà de l'information reçue en séance à travers les exposés de la direction générale, s'attacher en permanence à actualiser cette information. Aussi, l'administrateur a-t-il l'obligation d'examiner avec soin les informations qui lui sont fournies préalablement aux réunions et, s'il les estime insuffisantes au regard des points prévus à l'ordre du jour, il doit demander au président des informations complémentaires. On remarquera que, l'importance de l'obligation d'information à la charge de l'administrateur serait fragilisée si le cumul de mandats ne lui était pas limité.

Ensuite, faisant partie d'un organe collégial qu'est le conseil d'administration, l'administrateur a une obligation d'assiduité aux réunions du conseil et assister aux réunions de l'assemblée générale des actionnaires. Il s'y ajoute, que la jurisprudence sanctionne le défaut de surveillance des dirigeants par le conseil d'administration. On comprendra alors que, la recherche d'efficacité de la mission de surveillance confiée au conseil d'administration justifie davantage la limitation de mandats. Comme cela a été souligné à juste titre : « qu'il soit ou non indépendant au regard des critères du gouvernement d'entreprise, l'administrateur doit considérer qu'il représente l'ensemble des actionnaires de l'entreprise et qu'il doit agir en toutes circonstances dans l'intérêt social »⁴³³.

Au regard de l'importance des décisions du conseil d'administration, l'article 453 alinéa dernier précise que : « les délibérations du conseil d'administration sont nulles lorsque tous ses membres n'ont pas été régulièrement convoqués ». Ainsi, « n'est pas régulière la convocation accomplie deux jours avant la réunion alors que les statuts prévoient un délai de convocation de cinq jours »⁴³⁴. Les administrateurs devant veiller effectivement à la gestion sociale, il leur est reconnu la faculté de convoquer le conseil sur un ordre du jour déterminé,

⁴³² R. Nemeudeu, « le contrôle des dirigeants des sociétés anonymes » ; G. Tigyo, « les responsabilités du conseil d'administration ».

⁴³³ P. BISSARA, op.cit, p.109.

⁴³⁴ CA d'Abidjan, arrêt n°688 du 25 juin 2004 :Juris Ohada 2005, n°1,p.41, ohadata J-05-196 ; CA de Lomé, arrêt n°089/09 du 28 mai 2009 : Ohadata, J-10-158.

lorsqu'il ne s'est pas réuni depuis plus de deux mois⁴³⁵. Il s'y ajoute, que lorsque le conseil régulièrement convoqué a délibéré, le président du conseil d'administration doit s'assurer que les procès verbaux du conseil d'administration sont remis aux administrateurs en mains propres ou leur sont adressés par lettre au porteur contre récépissé, lettre recommandée avec demande d'avis de réception, télécopie ou courrier électronique dans les meilleurs délais et au plus tard lors de la convocation du prochain conseil d'administration⁴³⁶.

En ce qui est du président directeur général, l'article 464 de l'AUSCGIE précise que : « nul ne peut exercer simultanément plus de trois mandats de président directeur général de sociétés anonymes ayant leur siège social sur le territoire d'un même Etat partie ». Et l'alinéa 2 du même article d'en préciser que : « de même, le mandat de président directeur général n'est pas cumulable avec plus de deux mandats d'administrateur général ou de directeur général de sociétés anonymes ayant leur siège social sur le territoire d'un même Etat partie ». Il faut relever cependant, que le législateur est resté muet quant au cumul de mandats dans une société anonyme avec d'autres fonctions exercées dans une société d'une autre forme. Il en est ainsi, comme cela a été relevé plus haut du cumul de mandats dans plusieurs sociétés anonymes situées dans d'autres Etats parties.

Une disposition identique est prévue en ce qui concerne les présidents des conseils d'administration. Ainsi, il est interdit au président du conseil d'administration de cumuler simultanément plus de trois mandats de sociétés anonymes ayant leur siège social sur le territoire d'un même Etat partie⁴³⁷. Il lui est en outre, interdit de cumuler son mandat avec plus de deux mandats d'administrateur général ou de directeur général de sociétés anonymes ayant leur siège social sur le territoire d'un même Etat partie⁴³⁸. En droit comparé, il a été jugé que : « bien qu'aucune disposition légale n'interdise expressément de nommer le président du conseil d'administration aux fonctions de directeur général délégué, le cumul de ces deux fonctions n'est pas possible car il est incompatible avec la finalité de la loi qui vise à assurer une dissociation effective des fonctions »⁴³⁹.

⁴³⁵ Article 453 avant dernier alinéa qui dispose que, « toutefois les administrateurs constituant le tiers au moins des membres du conseil d'administration, peuvent, en indiquant l'ordre du jour de la séance, convoquer le conseil d'administration, si celui-ci ne s'est pas réuni depuis plus de deux mois ».

⁴³⁶ Article 459-1 nouveau de l'AUSCGIE révisé.

⁴³⁷ Article 479 alinéa 1^{er} de l'AUSCGIE révisé.

⁴³⁸ Article 479 alinéa 2 de l'AUSGIE révisé.

⁴³⁹ CA de Lyon, 25 septembre 2003, n°03-2257 : RJDA 7/04, n°848.

En ce qui concerne les sociétés anonymes avec administrateur général, c'est l'article 496 qui limite l'exercice simultané de mandats à trois dans des sociétés anonymes ayant leur siège social sur le territoire d'un même Etat partie.

2- Les mandats exclus

En application des dispositions de l'AUDSCGIE, ne sont pas pris en compte les mandats d'administrateur exercés par cette personne dans les sociétés contrôlées par la société dont elle est administrateur⁴⁴⁰. Par société contrôlée, il faut entendre celle dans laquelle « une personne physique ou morale détient directement ou indirectement ou par personne interposée, plus de la moitié des droits de vote, ou lorsqu'elle dispose de plus de la moitié des droits de vote en vertu d'un accord ou d'accords conclus avec d'autres associés »⁴⁴¹. On comprendra alors que, le groupe de sociétés n'ayant pas de personnalité juridique distincte de celles des sociétés qui le composent, le législateur OHADA n'a pas jugé nécessaire de prendre en compte les mandats d'administrateur exercés dans les sociétés d'un même groupe.

En outre, la limitation n'est pas applicable aux personnes morales qui peuvent être membres du conseil et être administrateurs dans plus de cinq conseils d'administration, à condition tout simplement de désigner des représentants différents. Toutefois, il a été jugé que : « le représentant permanent d'une personne morale administrateur ne peut pas être administrateur à titre personnel de la même société, sous peine de fausser le fonctionnement du conseil d'administration, notamment en portant atteinte aux règles de quorum et de majorité »⁴⁴².

L'Acte uniforme sanctionne la violation de cette règle. Cela dit, il convient d'examiner la sanction de l'inobservation de la règle (B).

⁴⁴⁰ Alinéa 2 de l'article 425 de l'AUSCGIE révisé.

⁴⁴¹ Article 175 de l'AUSCGIE révisé.

⁴⁴² CA de Nancy, 17 septembre 1998, n°98-2840 : RJDA 8-9/99, n°946.

B- L'institution d'une sanction à l'inobservation de la règle

Lorsque les dispositions relatives à la limitation de mandats sont enfreintes, le législateur OHADA donne à l'intéressé un délai de trois mois pour se démettre de l'un des mandats. En effet, aux termes de l'article 425 alinéa 3 de l'AUSCGIE révisé, « toute personne physique qui, lorsqu'elle accède à un nouveau mandat, se trouve en infraction avec les dispositions du premier alinéa du présent article doit, dans les trois mois de sa nomination, se démettre de l'un de ses mandats ». Ainsi, cet alinéa donne un délai de trois mois à l'intéressé pour démissionner du mandat en excès. L'alinéa 4 précise qu'« à l'expiration de ce délai, elle est réputée s'être démise de son nouveau mandat et doit restituer les rémunérations perçues, sous quelque forme que ce soit, sans que soit remise en cause la validité des délibérations auxquelles elle a pris part ».

1- La démission du mandat en excès

La sanction principale en cas d'infraction à la règle limitant les mandats d'administrateurs est la démission du mandat en excès dans un délai de trois mois. A l'expiration de ce délai, l'intéressé est démis d'office et, il est tenu de restituer les rémunérations perçues. A notre avis, l'action en restitution peut être exercée par tout intéressé dans l'intérêt de la société. Il est heureux de constater que, cette démission ne remet pas en cause les délibérations auxquelles il avait participé. Cette sanction est applicable au président directeur général⁴⁴³, au président du conseil d'administration⁴⁴⁴, à l'administrateur général⁴⁴⁵.

Il faut garder à l'esprit, ainsi que le précise l'alinéa 2 de l'article 425, que : « ne sont pas pris en compte les mandats d'administrateur exercés par cette personne dans les sociétés contrôlées au sens de l'article 175 par la société dont elle est administrateur ». Aux termes de l'article 175 : « une personne physique ou morale est présumée détenir le contrôle d'une société : 1) lorsqu'elle détient directement ou indirectement ou par personne interposée, plus de la moitié des droits de vote ; 2) lorsqu'elle dispose de plus de la moitié des droits de vote en vertu d'un accord ou d'accords conclus avec d'autres associés ».

A ce propos, la doctrine a consacré une littérature intéressante. En effet, certains auteurs estiment que la dérogation apportée au principe de la limitation du nombre de mandats permet de faciliter le contrôle des filiales par les dirigeants de la société mère. Comme en droit

⁴⁴³ Article 464 alinéa 3 de l'AUSCGIE révisé.

⁴⁴⁴ Article 479 alinéa 3 de l'AUSCGIE révisé.

⁴⁴⁵ Article 497 alinéa 2 et 3 de l'AUSCGIE révisé.

OHADA, l'article L225-21 alinéa 2 du code de commerce français, permet à un administrateur ou à un membre du conseil de surveillance de la société mère, d'exercer un nombre illimité de mandats d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance dans des sociétés contrôlées par celle-ci. Aussi, les fonctions d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance exercées dans des sociétés sœurs, dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé, ne comptent que pour un seul mandat, sous réserve que, le nombre de mandats détenus à ce titre n'excède pas cinq⁴⁴⁶. Dans la même perspective, un directeur général ou, dans la société anonyme à directoire, un membre du directoire peut exercer un second mandat de direction dans une société contrôlée par celle dont il est déjà directeur général ou membre du directoire⁴⁴⁷.

Il convient de préciser que, pour le calcul du plafond global, ne sont pas pris en compte les mandats d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance qu'une personne exerce dans les sociétés contrôlées par celle dont cette personne est déjà directeur général, membre du directoire, directeur général unique, administrateur ou membre du conseil de surveillance⁴⁴⁸. Il résulte donc en application de cette règle qu'un directeur général peut ainsi détenir un nombre illimité de mandats d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance dans les sociétés, dont les titres sont ou non admis aux négociations sur un marché réglementé, contrôlées par celle dans laquelle il exerce son mandat de direction⁴⁴⁹.

Ainsi, on peut déduire à la lumière du code de commerce français, que pour le calcul de plafond, les fonctions d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance exercées dans cinq sociétés sœurs au plus ne comptent que pour un seul mandat, à condition qu'il s'agisse des sociétés dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé⁴⁵⁰.

Ensuite, n'est pas sanctionné le cumul d'un mandat d'administrateur et d'un contrat de travail, à la condition tout simplement que l'intéressé se livre dans la société à une véritable prestation de travail. L'article 417 a envisagé deux cas de figure : un salarié de la société devenant administrateur de la société ou alors un administrateur concluant un contrat de travail avec la société. Le salarié pouvant être actionnaire ou non de la société.

⁴⁴⁶ Articles L225-21 alinéa 3 et L225-77 alinéa 3.

⁴⁴⁷ Articles L225-54-1 al 3, L225-67 al 3 et L225-94 al 2.

⁴⁴⁸ Article L225-94-1 al 2.

⁴⁴⁹ F.LEFEBVRE, op.cit., p.484, n°37290.

⁴⁵⁰ Lecture combinée des articles L225-21, L225-77 et L225-94-1 alinéa 1.

2- Une règle visant à assurer l'indépendance de l'administrateur

On ne saurait cerner la philosophie de la limitation des mandats d'administrateur sans faire cas de la notion d'administrateur indépendant. En effet, la définition de l'administrateur indépendant peut être utilisée pour comprendre l'objectif visé par le législateur à travers cette limitation. Il faut à ce niveau souligner que les pratiques de bonne gouvernance recommandent l'introduction des administrateurs indépendants. En France, son apparition formelle résulte du rapport VIENOT de 1995. Par la suite, son introduction dans les conseils a été recommandée par l'ensemble des rapports promouvant une bonne gouvernance d'entreprise⁴⁵¹. Par administrateur indépendant, il faut entendre l'administrateur qui « n'entretient aucune relation de quelque nature que ce soit avec la société, son groupe ou sa direction, qui puisse compromettre sa liberté de jugement »⁴⁵².

Le code AFEP-MEDEF propose des critères qui correspondent aux différents liens de dépendance susceptibles d'influencer l'administrateur dans l'exercice de ses fonctions⁴⁵³.

En premier lieu, l'administrateur doit être indépendant de la société. A ce titre, l'administrateur ne doit pas être lié ou avoir été lié à la société du fait de son statut de salarié⁴⁵⁴.

De même, l'administrateur ne doit pas être client, fournisseur, banquier d'affaires ou de financement significatif de la société ou de son groupe, ou pour lequel la société ou son groupe représente une part significative de l'activité⁴⁵⁵.

Enfin, l'administrateur ne doit pas avoir été auditeur de l'entreprise au cours des cinq années précédentes⁴⁵⁶.

⁴⁵¹ Voir AFEP MEDEF, Rapport du comité sur le gouvernement d'entreprise présidé par MARC VIENOT (Rapport VIENOT II), p.17 ; AFEP-MEDEF-AGREF, pour un meilleur gouvernement des entreprises cotées. Rapport du groupe de travail présidé par Daniel BOUTON, président de la société générale (Rapport BOUTON), p. 8 et suivants ; Institut Montaigne, Mieux gouverner l'entreprise, p.55 ; IFA, Vade-mecum de l'administrateur, 2^{ème} éd., 2009, p.85 et s ; MiddleNext, Code de gouvernement d'entreprise pour les valeurs moyennes et petites, p.13.

⁴⁵² Code AFEP-MEDEF, révisé en juin 2013, p.17, n°9.3.

⁴⁵³ AFEP-MEDEF-AGREF, pour un meilleur gouvernement des entreprises cotées (Rapport BOUTON), p.9.

⁴⁵⁴ Le lien de dépendance perdure pendant les cinq années consécutives à la rupture du contrat de travail, Voir AFEP-MEDEF, op.cit., p.8, n°9.4.

⁴⁵⁵ Ibid.

⁴⁵⁶ AFEP-MEDEF, Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées (Code AFEP-MEDEF), p.8, n°9.4 ; Recommandation de la commission européenne du 15 février 2005, Annexe II, L. 52/63.

Pour éviter toute dépendance vis-à-vis de la direction, le code AFEP-MEDEF exige en outre, que l'administrateur n'ait pas de lien familial proche avec la direction⁴⁵⁷. Ensuite, il ne doit pas avoir occupé le poste d'administrateur pendant plus de douze ans⁴⁵⁸. De même, l'administrateur ne doit pas être mandataire social de la société ou administrateur de la société mère ou d'une société qu'elle consolide et ne pas l'avoir été au cours des cinq années précédentes⁴⁵⁹. Enfin, il ne doit pas être mandataire social d'une société dans laquelle un mandataire de la société détient un mandat d'administrateur⁴⁶⁰.

Aussi, le code AFEP-MEDEF évoque-t-il subrepticement des liens avec l'actionnariat. Ainsi, un administrateur représentant des actionnaires importants de la société ou de la société mère est indépendant dès lors qu'il ne participe pas au contrôle de la société⁴⁶¹. Cependant, le code recommande qu'au-delà d'un seuil de 10% en capital ou en droits de vote, « le conseil, sur rapport du comité de nominations, s'interroge systématiquement sur la qualification d'indépendant en tenant compte de la composition du capital de la société et de l'existence d'un conflit d'intérêts potentiel »⁴⁶². On remarquera que, l'introduction d'administrateurs indépendants contribue à protéger l'intérêt social. Ainsi, les administrateurs indépendants peuvent contribuer au respect du devoir de loyauté.

Cela dit, il convient de souligner que, même si les mécanismes de protection de l'intérêt social sont essentiellement d'origine légale en droit OHADA (par la consécration des mécanismes du gouvernement d'entreprise), il n'en demeure pas moins que l'influence de la soft law, a conduit le législateur à reconnaître des mécanismes complémentaires volontaristes (Titre II).

⁴⁵⁷ AFEP-MEDEF, op.cit., p.8, n°9.4.

⁴⁵⁸ Ibid.

⁴⁵⁹ Ibid.

⁴⁶⁰ AFEP-MEDEF, op.cit.

⁴⁶¹ AFEP-MEDEF, code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, op.cit., p.9, n°9.5.

⁴⁶² Ibid.

Titre II : Une protection désormais possible à travers des mécanismes complémentaires

Le législateur OHADA n'avait pas raté l'occasion que lui offrait la réforme de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, pour innover à l'aune de la bonne gouvernance d'entreprise. Il faut rappeler, s'il est nécessaire, que l'ancien Acte uniforme ne donnait aucune place à la liberté contractuelle pour aménager des règles relatives à la constitution, au fonctionnement et à la dissolution des sociétés commerciales. Les dispositions qui y étaient prévues étaient d'ordre public⁴⁶³.

Il aurait donc fallu la réforme de 2014 pour que le législateur OHADA assouplisse les règles. On pourrait aisément l'en déduire, si l'on scrute les nouvelles dispositions des articles 2 et 2-1. Ainsi, aux termes du premier : « les statuts de la société commerciale et du groupement d'intérêt économique ne peuvent déroger aux dispositions du présent acte uniforme sauf dans les cas où celui-ci autorise expressément l'associé unique ou les associés, soit à substituer des clauses statutaires aux dispositions du présent Acte uniforme, soit à compléter par des clauses statutaires les dispositions du présent acte uniforme », en réputant non écrite toute clause statutaire contraire à une disposition du présent acte uniforme.

Le second article quant à lui dispose que : « sous réserve du respect des dispositions du présent acte uniforme auxquelles il ne peut être dérogé et des clauses statutaires, les associés peuvent conclure des conventions extrastatutaires en vue notamment d'organiser, selon les modalités qu'ils ont librement arrêtées : les relations entre associés ; la composition des organes sociaux ; la conduite des affaires de la société ; l'accès au capital et la transmission des titres sociaux ».

En reliant bout à bout ces deux dispositions, on relèvera que l'Acte uniforme précise la portée de ses dispositions en y alignant les dispositions statutaires d'une part, et d'autre part, en autorisant la conclusion des conventions extrastatutaires.

Pour mieux cerner le rôle que peut jouer les mécanismes complémentaires dans la protection de l'intérêt social en droit OHADA des sociétés commerciales, il convient de décliner dans une première esquisse la reconnaissance des mécanismes volontaristes (Chapitre I), avant de voir dans une seconde esquisse, la reconnaissance des organes supplémentaires ou complémentaires (chapitre II).

⁴⁶³ Voir à cet égard, l'article 2 de l'AUSCGIE ancien.

Chapitre I : La reconnaissance des mécanismes volontaristes de protection de l'intérêt social

L'importance des mécanismes volontaristes dans la protection indirecte de l'intérêt social en droit OHADA des sociétés commerciales peut être déduite des dispositions de l'article 2-1 de l'AUSCGIE révisé. En effet, comme cela a été dit, aux termes de cet article : « sous réserve du respect des dispositions du présent acte uniforme auxquelles il ne peut être dérogé et des clauses statutaires, les associés peuvent conclure des conventions extrastatutaires en vue notamment d'organiser, selon les modalités qu'ils ont librement arrêtées : les relations entre associés ; la composition des organes sociaux ; la conduite des affaires de la société ; l'accès au capital et la transmission des titres sociaux ». Cette disposition consacre la reconnaissance des conventions extrastatutaires dont la validité n'est soumise qu'au respect de conformité aux dispositions de l'Acte Uniforme et statutaires d'une part, et d'autre part, à ne se porter que sur les cas limitativement énumérés.

En principe, les conventions extrastatutaires restent secrètes, purement conventionnelles, elles ne lient que les associés parties à la convention, elles ne sont pas opposables au tiers. Aussi, comme cela a été souligné à juste titre : « la notion de conventions extrastatutaires est certainement plus large que l'article ne l'énonce. Mais ce dernier n'est certainement qu'énonciateur, car elles comprennent non seulement les pactes conclus entre actionnaires mais aussi ceux conclus par certains actionnaires avec la société, avec des dirigeants sociaux, ou encore avec des tiers »⁴⁶⁴.

Toutefois, lorsque la société fait publiquement appel à l'épargne, l'existence des conventions extrastatutaires doit être révélée au public. C'est en tout cas, ce qui résulte de l'article 826 de l'AUSCGIE révisé qui cite parmi les informations que doit contenir la notice à publier au journal d'annonces légales : les clauses relatives à l'agrément des cessionnaires d'actions, les conditions d'admission aux assemblées d'actionnaires et d'exercice du droit de vote, etc.

A côté des conventions extrastatutaires, le code de gouvernance d'entreprise peut également servir d'excellent instrument pour la protection volontariste de l'intérêt social. En effet, le recours aux codes de bonne conduite est l'une des préconisations de la « corporate governance » qui est le système par lequel est dirigée et contrôlée une société.

⁴⁶⁴Y. GUYON, Traité des contrats – les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés, LGDJ, 5^{ème} éd, 2002, n°9, et 200. cité par Caroline LEROY, in « le pacte d'actionnaires dans l'environnement sociétair », thèse de doctorat de droit privé, soutenue le 14 juin 2010 à l'Université de Paris-Est Créteil Val de Marne (Paris XII) dirigée par le professeur Véronique Ranouil.

Pour mettre en exergue ces mécanismes et démontrer le rôle qu'ils peuvent jouer dans la protection indirecte de l'intérêt social, il convient d'examiner dans un premier temps, la protection indirecte de l'intérêt social par le recours aux pactes d'actionnaires (section I). Ensuite, il conviendra de voir le recours aux codes de gouvernement d'entreprise comme véritable instrument de protection indirecte de l'intérêt social (section II).

Section I : La protection de l'intérêt social par le recours aux pactes d'actionnaires

La reconnaissance des pactes d'actionnaires en droit OHADA peut servir de voie supplémentaire pour assurer une protection à l'intérêt social en permettant aux associés de prévenir conventionnellement les éventuels conflits d'intérêts. Ainsi, diverses conventions peuvent être conclues à cet effet, soit entre les associés, soit entre les associés et les dirigeants, soit encore entre les associés et la société. Dans le cadre de cette étude, il ne sera pas question d'étudier toutes les conventions extrastatutaires mais seulement celles qui pourraient contribuer à la protection de l'intérêt social et à assurer la survie de la société commerciale.

Notre analyse consistera à décliner dans un premier temps, les pactes d'actionnaires portant sur le droit de vote (Paragraphe I). Ensuite, nous déclinerons les pactes d'actionnaires aménageant la négociabilité des titres (II).

Paragraphe I : Les pactes portant sur le droit de vote : un moyen de protection de l'intérêt social

De ce que les statuts peuvent limiter le nombre de voix dont chaque actionnaire dispose dans les assemblées à la condition que cette limitation respecte l'égalité des actionnaires, il résulte cette conséquence admise par la loi que les actionnaires peuvent limiter conventionnellement leur droit de vote.

Il s'agit pour les associés à travers ces pactes de disposer conventionnellement de leur droit de vote et conclure afin d'organiser des votes groupés, des conventions de vote ou pactes de votation.

En pratique, il peut se poser un problème, celui de la sanction de la violation de ces pactes. Il convient à cet effet d'examiner la problématique de la sanction de la violation des pactes de votation (B). Mais avant, il faut préciser les conditions de validité de ces pactes (A).

A- Les conditions de validité subordonnées au respect de l'intérêt social

Il faut dire que, pendant longtemps, la doctrine et la jurisprudence ont été hostiles aux pactes de votation estimant qu' : « ils portaient atteintes au principe du suffrage universel qui préside à la tenue des assemblées sociétaires, qu'ils privaient l'assemblée de la discussion et de la délibération, l'opinion se dégageant en dehors de cette réunion et qu'enfin, ils risquaient de permettre d'écourter les règles limitatives du droit de vote »⁴⁶⁵. Même si cet argument se comprend aisément, il n'en demeure pas moins que, les pactes de votation lorsqu'ils sont bien utilisés peuvent être un moyen supplémentaire de protection de l'intérêt social.

C'est pourquoi, la Cour de cassation était intervenue pour reconnaître la validité des pactes d'actionnaires en y précisant les conditions de validité. Ainsi, pour être valable, la convention de votation doit « être limitée dans le temps, et être justifiée à tout moment par l'intérêt social »⁴⁶⁶. On remarquera alors, que la validité des pactes d'actionnaires est subordonnée à sa justification par l'intérêt social.

En droit OHADA, la reconnaissance des pactes de votation est déduite des dispositions de l'article 2-1 de l'AUSCGIE révisé aux termes duquel : « *sous réserve du respect des dispositions du présent acte uniforme auxquelles il ne peut être dérogées et des clauses statutaires, les associés peuvent conclure des conventions extrastatutaires en vue notamment d'organiser, selon les modalités qu'ils ont librement arrêtées : les relations entre associés ; la composition des organes sociaux, la conduite des affaires de la société ; l'accès au capital social ; la transmission des titres sociaux* ».

De ce fait, les actionnaires peuvent recourir aux pactes de votation pour assurer une protection supplémentaire à l'intérêt social et par voie de conséquence prévenir les éventuels conflits d'intérêts ou les situations de blocage. C'est pourquoi la validité de ces pactes en droit OHADA comme en droit français, est soumise à des conditions : Ils doivent être limités à une opération déterminée, être conformes à l'intérêt social et être exempts de toute idée de fraude⁴⁶⁷.

De ce que la convention ne doit pas dépouiller l'associé de son droit ou restreindre sa liberté dans des conditions illicites, seront nulles les conventions extrastatutaires contraires à l'Acte

⁴⁶⁵ BLONDIAU Monique, « Le règlement des conflits entre associés », UHPC-11/02/2010 ; p.11.

⁴⁶⁶ Arrêt du 13 avril 1989.

⁴⁶⁷ KONATE M. et autres ; - « gestion de crise en OHADA : anticipation conventionnelle et statutaire-gestion négociée et règlement des conflits » ; ohadata D-09-43 ; p.5, www.ohada.com;

uniforme ou à l'intérêt social. Il en est ainsi de toutes celles pour lesquelles l'actionnaire s'engagerait à voter conformément aux directives données par la société, par un des organes ou par une de ses filiales. Il en est également de la convention par laquelle l'actionnaire s'engagerait à approuver les décisions d'un organe de la société⁴⁶⁸.

Certains auteurs⁴⁶⁹ font grief aux pactes de votation, en estimant qu'ils constituent une immixtion de la liberté contractuelle dans le droit des sociétés. Ils estiment en effet que, si le droit des sociétés est contraignant et formaliste, c'est qu'il doit protéger les intérêts des actionnaires minoritaires, protection que la liberté contractuelle met en danger. Cet argument n'est pas convaincant car la validité d'une convention de vote s'apprécie au regard de l'intérêt de la société, et elle ne peut porter que sur des opérations précises. De ce fait, le pacte d'actionnaires pose les règles du jeu relatives aux relations entre les principaux actionnaires en termes de répartition des pouvoirs, de protection des minoritaires et d'évolution de l'actionnariat⁴⁷⁰.

On peut déduire de ce qui précède, que les conventions de vote étant admises par la loi, leur validité ne dépend que des règles générales sur le libre exercice du droit de vote. Il en résulte que, les administrateurs peuvent exercer librement leur droit de vote, et ils ne sauraient en être privés que dans les cas prévus par la loi.

La jurisprudence l'a rappelé à plusieurs reprises. Ainsi, il a été jugé que : « l'intérêt personnel que les administrateurs ont à la décision qui doit être prise n'implique pour eux sur ce point aucune incapacité de voter dès lors qu'il ne s'agit pas d'un intérêt personnel susceptible de s'opposer à l'intérêt social »⁴⁷¹. Dans le même ordre d'idées, il a été jugé que : « aucune disposition légale n'interdisant à un administrateur démissionnaire de participer au vote désignant son propre successeur dès lors que sa démission ne doit prendre effet qu'à l'issue de la séance du conseil »⁴⁷². Les conventions de vote constituent donc des exceptions aménagées par les parties et dont la validité est précisée par la loi. De ce point de vue, la loi subordonne la validité de ces conventions au respect de l'intérêt social.

⁴⁶⁸ BLONDIAU M. art.précit.p.11

⁴⁶⁹ KONATE M. et autres ; - « gestion de crise en OHADA : anticipation conventionnelle et statutaire-gestion négociée et règlement des conflits » ; ohadata D-09-43 ; p.6, www.ohada.com;

⁴⁷⁰ NDIAYE C.A Wakhab, "droit des sociétés de capitaux", Harmattan-Sénégal, 2019, p.305, n°507.

⁴⁷¹ Cass.com, 24/2/1975 : Rev. Sociétés 1976 p.92 note Oppetit.

⁴⁷² CA Amiens 10/3/1977 : D. 1978 p.198 note Bousquet.

Les conventions de vote souvent incluses dans un pacte d'actionnaires, peuvent concernées toutes les décisions collectives mais, le plus souvent, elles sont limitées à certaines d'entre elles : choix des dirigeants, agrément de nouveaux actionnaires, politique d'investissement, affectation des résultats, etc⁴⁷³.

Pendant longtemps, l'interdiction des conventions de vote était justifiée par l'idée selon laquelle, le droit de vote doit être exercé librement et qu'aucune entrave ne doit être apportée statutairement ou contractuellement à ce libre exercice. Aujourd'hui, l'examen de la jurisprudence montre que ce principe n'était pas absolu et que les tribunaux ne prononçaient pas systématiquement la nullité des conventions de vote mais seulement lorsque, par son engagement, l'actionnaire s'était dépouillé intégralement de son droit⁴⁷⁴. Aussi, faut-il le dire, même si la loi reste silencieuse, de ce que le principe fondamental qui domine l'exercice du droit de vote est celui du libre exercice, il résulte cette conséquence que : les conventions de vote entre les membres du directoire sont valides à condition des se conformer aux conditions posées par la loi.

Ainsi, un engagement de vote est illicite lorsqu'il a pour seule contrepartie le versement d'une rétribution sous quelque forme que ce soit⁴⁷⁵. D'ailleurs, en droit français, l'article L 242-9, 3° sanctionne pénalement, le fait de se faire accorder, garantir ou promettre des avantages pour voter dans un certain sens ou pour ne pas participer au vote, ainsi que le fait d'accorder, garantir ou promettre ces avantages. Il faut faire remarquer que, contrairement à son homologue français, le droit OHADA ne sanctionne que l'entrave à la participation aux assemblées⁴⁷⁶. Il est alors permis de croire que le droit OHADA ne sanctionne pas le vote rémunéré. Néanmoins, si un abus est décelé, l'associé pourra être sanctionné⁴⁷⁷.

Ensuite, en application des règles générales applicables en droit des contrats, les engagements perpétuels sont prohibés. En effet, des telles conventions sont nulles en jurisprudence. Enfin, comme nous l'avions dit les conventions de vote ne doivent pas conduire à des votes contraires à l'intérêt social et motivés par la volonté de nuire à l'une des parties à la

⁴⁷³ F. LEFEVBRE, op.cit., 688, n°47740.

⁴⁷⁴ F. LEFEVBRE, op.cit., p.688, voir aussi : CA Paris 30/6/1995 : JCP E 1996 n°795 note J. J Daigre.

⁴⁷⁵ Ibid.

⁴⁷⁶ En effet, l'incrimination est prévue à l'article 891-3 de l'AUSCGIE qui dispose que : « encourrent une sanction pénale ceux qui, sciemment, ont empêché un actionnaire ou un associé de participer à une assemblée générale » ; et l'article 38 de la Loi sénégalaise de 2018 relative à la répression des infractions prévues par les Actes uniformes d'en préciser que la sanction sera un emprisonnement d'un mois à un an et une amende de 25000 à 1000000 FCFA ou l'une de ces peines.

⁴⁷⁷ NDIAYE C.A Wakhab, op.cit., p.269.

convention. Il s'ensuit comme le précise un auteur⁴⁷⁸ qu'« une convention de vote parfaitement licite à l'origine peut s'avérer abusive en cours d'exécution du contrat et justifier alors, le droit pour la victime de ne pas la respecter ».

En ce sens, il a été jugé que : « un engagement de vote en faveur d'une augmentation de capital doit être tenu pour licite dès lors qu'il est limité à l'opération concernée, qu'il est conforme à l'intérêt social et qu'il est exempt de toute idée de fraude »⁴⁷⁹. On comprendra au regard de ce qui précède, que la validité des conventions de vote étant subordonnée à leur conformité à l'intérêt social, ces conventions peuvent être un moyen de sa protection, encore que, sur ce point la jurisprudence se montre plus exigeante.

Ensuite, il faut dire que mêmes licites, les conventions de vote n'engagent que les personnes qui les ont conclues. Elles ne sont donc pas opposables aux tiers, spécialement à la société émettrice.

Enfin, il faut noter que les conventions de vote prennent diverses typologies. En effet, il peut s'agir des conventions relatives à l'engagement de voter dans un sens, celles en rapport avec le statut des dirigeants sociaux ou encore celles relatives au fonctionnement de la société.

De tout ce qui précède, on peut retenir que les conventions de vote sont soumises à des conditions strictes contrôlées par les tribunaux. L'une de ces conditions étant la conformité à l'intérêt social, on comprendra aisément en quoi ces conventions peuvent servir d'excellents instruments de protection indirecte de l'intérêt social.

Ainsi détaillés, les pactes de votation méritent que soit soulevée la problématique de leur violation (B).

⁴⁷⁸ Ibid.

⁴⁷⁹ CA Paris, 30/6/1995: JCP E 1996 n°795 note J. J Daigre.

B- La problématique de la sanction de la violation des pactes de votation

La question de la sanction de la violation des pactes d'actionnaires mérite d'être posée en ce que, l'absence de sanction ou de prévision peut rendre inefficace ces derniers. A cet effet, on peut poser avec BLONDIAU⁴⁸⁰ quelques hypothèses qui peuvent poser des problèmes en pratique. Ainsi, si le vote est émis en vertu d'un pacte de votation illicite, le vote est nul et cette nullité peut entraîner la nullité de la décision prise par l'assemblée.

Par contre, si l'actionnaire partie au pacte de votation, s'abstient de l'exécuter, quels sont les recours possibles ? Certains auteurs soutiennent que le juge pouvant ordonner l'exécution des obligations contractuelles, il peut décider et sa décision tiendra lieu d'acte que le débiteur est en défaut d'accomplir ou bien ordonner l'exécution des obligations contractuelles sous peine d'astreinte.

On peut aussi se demander, si la décision de l'assemblée prise grâce au concours d'actionnaires n'ayant pas respecté le pacte de votation est susceptible d'être annulée. Dans cette dernière hypothèse, il faut relever, ainsi que nous l'avons dit, qu'en principe les conventions de votation ne sont pas opposables à la société. Pour se prémunir, il est proposé aux actionnaires d'inclure dans le pacte de votation des dispositions relatives à la désignation d'un représentant commun⁴⁸¹.

1- La condamnation au paiement des dommages-intérêts

Les auteurs⁴⁸² qui font grief aux conventions de vote considèrent qu'elles vont à l'encontre du principe d'égalité entre associés et créent indiscutablement des droits et obligations dans le chef pour les associés contractants. Faisant référence aux principes de la réparation par équivalent, ils estiment que le créancier de l'obligation de voter dans un sens pourra en toute hypothèse obtenir réparation de la violation du pacte, par le paiement des dommages-intérêts, sanction naturelle de l'obligation de faire ou de ne pas faire. Ils tiennent leur argumentaire de l'article 1142 du code civil. En effet, aux termes de cet article : « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ».

Il faut cependant préciser que, la jurisprudence a rappelé que : « même s'il s'agit d'une obligation de faire, le créancier a le droit de réclamer l'exécution en nature chaque fois que

⁴⁸⁰ Ibid.

⁴⁸¹ BLONDIEU M.art.précit.,p.11.

⁴⁸² KONATE M.,art.précit.p.6.

cette exécution est possible »⁴⁸³. Dans le cas d'espèce, la Cour d'appel de Paris a condamné sous astreinte une personne qui s'était engagée à souscrire à une augmentation de capital, à exécuter ses engagements et notamment à voter en faveur de cette augmentation de capital lors de l'assemblée qui serait convoquée à cet effet.

Pour finir, il convient de constater que, les conventions de vote ont un effet relatif, et leurs sanctions ne sont pas toujours efficaces ; de plus, la jurisprudence tente d'en limiter la portée, en les soumettant au respect de l'intérêt social.

Dans ces conditions, on peut comprendre que la jurisprudence manifeste son attachement au droit de vote des actionnaires⁴⁸⁴. Des proclamations solennelles figurent dans divers arrêts relativement anciens de la Cour de cassation. Ainsi, il a été jugé dans un arrêt de 1932 que : « le droit de vote aux assemblées générales est l'un des attributs essentiels de l'action ; si...son exercice peut être règlementé dans une certaine mesure par les statuts, il ne saurait en aucun cas être supprimé »⁴⁸⁵. Aussi, il a été rappelé que : « l'assistance et le vote des actionnaires aux délibérations constituent un attribut essentiel de l'actionnaire »⁴⁸⁶.

Plus récemment, une décision Château d'Yquem⁴⁸⁷, est venue montrer que, le droit de vote ne peut être supprimé sans texte ; au visa de l'article 1844, c'est-à-dire des principes du droit commun en énonçant que : « tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter, et les statuts ne peuvent déroger à ces dispositions ». Il s'agissait en l'espèce pour la Cour de cassation de sanctionner une clause des statuts d'une SAS qui instituait, « pour certains associés, une suppression du droit de vote non prévue par la loi ».

On constatera que, la jurisprudence est exigeante quant aux conventions sur le droit de vote. Si des aménagements sont possibles à travers les pactes d'actionnaires, il n'en demeure pas moins que les conventions supprimant le droit de vote sont prohibées.

⁴⁸³ CA Paris, arrêt.précit., p.100.

⁴⁸⁴ Le CANNU P et DONDERO B., op.cit.,p.613.

⁴⁸⁵ Cass.civ., 7 avril 1932, DH 1933, I, 153, note P. Cordonnier.

⁴⁸⁶ Cass.req., 23 juin 1941, Journ. Soc. 143, 209, note R.D.

⁴⁸⁷ Cour de cassation, 9 juillet 2013, n°11-27235.

2- Les prémices d'une possible sanction en nature

La validité des conventions de vote est aujourd'hui affirmée sous certaines conditions rappelées ci haut. De ce que les conventions de vote prennent la forme d'une obligation de faire ou de ne pas faire, leur violation peut donner lieu à des dommages et intérêts au sens de l'article 1142 du code civil applicable au Niger, ou même comme nous l'avons vu à une exécution en nature sous astreinte. Certains auteurs⁴⁸⁸ estiment que, cette sanction doit se limiter en l'octroi des dommages et intérêts, en ce que, l'inexécution d'une convention de vote génère une obligation de faire ou de ne pas faire dont la sanction naturelle est l'octroi des dommages-intérêts.

Toutefois, le fondement de l'exécution forcée à la violation d'un pacte d'actionnaires peut être trouvé dans les dispositions du Code des Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal (COCC).

En effet, le Professeur SAKHO Abdoulaye, à travers une lecture combinée des dispositions des articles 6, 105 et 195 du CCOC le démontre si bien⁴⁸⁹. Selon l'article 105, dans les contrats synallagmatiques, « lorsque l'une des parties manquent gravement à ses obligations en refusant de les exécuter, en tout ou en partie, l'autre peut, en dehors des dommages et intérêts qui lui sont dus, demander en justice soit l'exécution forcée, soit... ».

Cet article peut constituer le fondement textuel de l'exécution forcée d'une obligation de faire. Comme le souligne l'auteur, cette interprétation est d'autant plus plausible, que l'article 6 du même code, ne précise nullement la nature de la réparation due par celui qui n'exécute pas une obligation de faire ou de ne pas faire, en disposant que : « le débiteur d'une obligation de faire ou de ne pas faire doit exécuter complètement son obligation (alinéa 1^{er}), à défaut il est tenu à réparation. Le juge peut en outre ordonner la destruction de ce qui aurait été fait contrairement à l'obligation » (alinéa 2), l'article 6 n'exclut nullement l'exécution forcée de son champ d'application. En effet, la réparation visée par le texte peut s'entendre d'une réparation par équivalent - cette unité par laquelle se convertissent potentiellement toutes les obligations inexécutées – et/ou d'une réparation en nature.

Sous cette observation, les conventions de vote constituent, à n'en point douter, d'excellents moyens de protection de l'intérêt social. A côté des conventions de vote ou pactes de votation,

⁴⁸⁸ NDIAYE C.A Wakhab, op.cit.p.269.

⁴⁸⁹ SAKHO A., thèse précitée, p.162.

il existe d'autres pactes qui portent sur la négociabilité des titres. Ces derniers constituent avec les conventions de vote des moyens par lesquels les actionnaires contribuent à la protection, ne serait-ce qu'indirectement, de l'intérêt social en ce qu'elles assurent une certaine stabilité à l'actionnariat.

Cela dit, il convient donc de voir les pactes aménageant la négociabilité des titres comme moyen de stabilisation de l'actionnariat (Paragraphe II).

Paragraphe II : Les pactes aménageant la négociabilité des titres : un moyen de stabilisation de l'actionnariat

Il est désormais possible de conclure des conventions afin d'aménager la négociabilité des titres. Les pactes aménageant la négociabilité des titres apparaissent comme des véritables moyens de stabilisation de l'actionnariat. C'est justement par leur rôle stabilisateur, que les pactes sur la négociabilité des titres contribuent à la protection de l'intérêt social.

Il convient dans le cadre de cette partie, tout en ne présentant que ceux qui contribuent à la protection de l'intérêt social, de voir les pactes aménageant la négociabilité des titres et leur rôle en matière de protection indirecte de l'intérêt social.

Nous visons, donc nous écartons les conventions qui ne participent pas à la protection de l'intérêt social. Il convient d'étudier successivement les clauses d'inaliénabilité (A), avant de voir les clauses d'agrément ou de préemption (B) en vue de ressortir leur fonction dans la protection de l'intérêt social.

A- La soumission des clauses d'inaliénabilité à un régime fermé

En principe, les actions sont librement transmissibles⁴⁹⁰. On explique ce principe de libre transmissibilité des actions par l'absence d'intuitu personae dans les sociétés anonymes. Mais on a pu remarquer que, compte tenu de la tendance moderne à verrouiller le capital social de la SA, il n'est pas impossible que par des clauses statutaires, les actionnaires limitent la transmissibilité des actions⁴⁹¹. Toutefois, il faut retenir qu'aux termes de l'article 765-1 de l'AUSCGIE : « les clauses d'inaliénabilité affectant des actions ne sont valables que si elles prévoient une interdiction d'une durée inférieure ou égale à dix ans et qu'elles sont justifiées par un motif sérieux et légitime ».

1- Les clauses d'inaliénabilité et le principe de la libre transmissibilité des actions

Il faut faire remarquer, avec les commentateurs de l'Acte uniforme, que le principe des clauses d'inaliénabilité des actions participe de la protection des sociétés contre les prises de contrôle d'origine extérieure à l'espace OHADA. On avait craint à un moment donné, que le législateur OHADA ait ouvert la porte à une remise en cause du principe de la libre transmissibilité des actions au sein des sociétés de capitaux. En plafonnant la durée de l'interdiction à dix ans et tout en exigeant de la société des motifs sérieux et légitimes, il se veut plus prudent.

On retiendra tout au long de cette analyse, que même si l'article 765 autorise la conclusion des conventions restreignant la libre transmissibilité des actions, il n'en demeure pas moins que l'alinéa 2 de cet article précise quand même que : « les limitations à la transmission des actions ne peuvent s'opérer en cas de succession, de liquidation de communauté de biens entre époux, ou de cession soit à un conjoint, soit à un ascendant ou un descendant ». Il faut remarquer, en ce qui concerne les clauses d'inaliénabilité, que le régime prévu dans les sociétés anonymes ordinaires est identique à celui prévu dans la société par actions simplifiées. En effet, l'article 853-17 dispose que : « les statuts de la société peuvent prévoir l'inaliénabilité des actions ou des valeurs mobilières donnant accès au capital pour une durée n'excédant pas dix ans ».

On comprendra alors que, la clause d'inaliénabilité ou d'incessibilité est celle par laquelle, un actionnaire s'interdit de céder les titres qu'il détient. L'engagement peut viser la cession à

⁴⁹⁰ Article 764 de l'AUSCGIE.

⁴⁹¹ Article 765-3 de l'AUSCGIE.

toutes personnes ou certaines catégories d'entre elles⁴⁹². Les clauses d'incessibilité constituent des instruments par excellence de protection de l'intérêt social en ce qu'elles garantissent une certaine stabilité de l'actionnariat.

2- Les différentes formes de clauses d'inaliénabilité

La clause d'inaliénabilité peut revêtir diverses formes. La première variante est celle de la sortie commune ou droit de suite régulièrement utilisée en pratique et qui oblige un actionnaire qui veut céder ses titres à permettre au bénéficiaire de la clause de céder également ses titres aux mêmes conditions que lui⁴⁹³. La clause peut être inversée pour permettre au cédant de forcer les autres actionnaires de céder leur participation au cessionnaire.

Une autre variante régulièrement utilisée est le contrat d'option. Il s'agit d'une convention par laquelle le promettant s'engage vis-à-vis du bénéficiaire à conclure la vente des parts pour un prix déterminé ou déterminable⁴⁹⁴. On en distingue *l'option call* qui constitue une promesse unilatérale de vente et *l'option putt* qui constitue une promesse unilatérale d'achat. Toutefois, les deux procédés peuvent être utilisés au sein d'une même convention d'où on peut parler de promesse synallagmatique imparfaite.

3- La validité des clauses d'inaliénabilité

Pour être valable, la clause d'inaliénabilité doit remplir certaines conditions. D'abord, elle doit être limitée dans le temps. Contrairement au droit OHADA, le droit français ne précise pas la durée que peut prendre une clause d'inaliénabilité ou du moins ne frappe pas de nullité les cessions contraires au pacte, laissant ainsi le soin aux parties de la fixer librement⁴⁹⁵. Ainsi, la durée d'une clause d'inaliénabilité s'apprécie au cas par cas et en fonction des circonstances. L'engagement perpétuel étant nul, si aucune durée n'est conventionnellement arrêtée, elle peut être, par application du droit commun en matière de convention à durée indéterminée, résiliée à tout moment moyennant un préavis d'une durée raisonnable⁴⁹⁶.

On remarquera que, le droit OHADA a soumis ces conventions à un régime juridique fermé. Il s'agit en réalité d'une consécration légale de la jurisprudence de la Cour de cassation

⁴⁹² BLONDIAU M, art.précit., p.12.

⁴⁹³ BLONDIAU M., art.précit.,p.12.

⁴⁹⁴ Ibid.

⁴⁹⁵ Voir à cet égard les articles L.227.13 et L.227.15 du code de commerce.

⁴⁹⁶ BLONDIAU M., art.précit., p.14.

française. En effet, on a pu déduire d'un arrêt de 2007 que : « les statuts peuvent prévoir qu'aucune cession ne peut intervenir avant l'expiration d'un certain délai calculé à partir de l'acquisition par le cédant de sa qualité d'associé. Cette clause, dont l'application nécessite la forme obligatoirement nominative pour toutes les actions est valable si l'interdiction de cession est limitée dans le temps et justifiée par un intérêt légitime conformément au droit commun des clauses d'inaliénabilité »⁴⁹⁷.

Cette exigence permet d'affirmer que, la clause d'inaliénabilité peut être un moyen de protection de l'intérêt social. En effet, elle doit être justifiée par l'intérêt de la société à tout moment. En effet, la clause d'inaliénabilité doit être justifiée par l'intérêt social. Ainsi, elle le doit tant au moment de sa conclusion, mais aussi à tout moment jusqu'à son terme. Aussi, peut-on déduire que les motifs sérieux et légitimes dont fait allusion le législateur OHADA seraient le respect de l'intérêt social.

4- La sanction de la violation de la clause d'inaliénabilité

Il est précisé à l'article 765-2 de l'AUSCGIE que : « dans le cas où une clause d'inaliénabilité est stipulée dans les statuts, toute cession d'actions réalisée en violation de cette clause est nulle », et l'alinéa suivant de poursuivre que : « dans le cas où une clause d'inaliénabilité est stipulée dans les conventions visées à l'article 2-1, toute cession d'actions réalisée en violation de cette clause est nulle dès lors qu'il est démontré que l'un des cessionnaires en avait connaissance ou ne pouvait ignorer l'existence ».

On comprendra alors, que le législateur institue deux régimes différents en cas de violation de la clause d'aliénabilité selon que celle-ci est prévue dans les statuts ou dans les conventions de l'article 2-1. Ainsi, la cession serait nulle de plein droit dans le premier cas, alors qu'elle ne le serait dans le second cas, que lorsque l'on apporte la preuve que l'un des cessionnaires savait ou aurait du savoir l'existence de la dite clause. En effet, les clauses d'inaliénabilité sont insérées dans les statuts pour les sociétés anonymes non cotées en bourse ; pour celles qui le sont, elles sont aménagées par des conventions extrastatutaires.

Dans l'un comme dans l'autre cas, leur violation est sanctionnée par la nullité. Comme cela a été relevé par les commentateurs, on peut comprendre dans le second cas que l'on puisse apporter la preuve que le cessionnaire était au courant de l'existence de la clause ou qu'il ne

⁴⁹⁷ Cass. 1^{ère} civ., 31/10/2007 n°05-14.238 : RJDA 4/08 n°390 déduction faite par F. LEFEBVRE, op.cit., p.1110, n°68660.

pouvait l'ignorer. A contrario, si l'un des cessionnaires ignorait que la cession d'action était accomplie en violation de la clause d'inaliénabilité, la cession ne saurait être nulle. Il suffit donc que le cessionnaire soit resté dans l'ignorance totale pour sauver la cession de la nullité.

A notre avis, le régime de nullité prévu en cas de violation des clauses insérées dans les conventions extrastatutaires est discutable. En effet, les clauses conclues en application de l'article 2-1 sont en principe secrètes et restent confidentielles. Elles ne sont pas opposables aux tiers et à la société. Il serait donc difficile d'apporter la preuve de la connaissance de l'existence de la clause par l'un des cessionnaires. Il convient de consacrer la possibilité de la condamnation du cessionnaire fautif au paiement des dommages-intérêts.

Il faut enfin souligner que, la société et les associés ne peuvent se prévaloir de la nullité à l'égard des tiers de bonne foi. Cependant, si on regarde l'article 255 de l'AUSCGIE, la nullité pour vice de consentement ou pour incapacité est opposable, même au tiers de bonne foi, par l'incapable, ou son représentant légal ou par la personne dont le consentement a été vicié.

Cela dit, il convient à présent de scruter les clauses d'agrément et de préemption dans le rôle qu'elles peuvent jouer en matière de protection de l'intérêt social. A cet effet, on notera dans la partie qui va suivre que les clauses d'agréments et de préemption, contrairement aux clauses d'inaliénabilité sont soumises à un régime juridique relativement ouvert (B).

B- La soumission des clauses d'agrément et de préemption à un régime juridique ouvert

Par clause d'agrément, il faut entendre toute celle qui oblige l'actionnaire qui veut céder ces titres d'obtenir l'agrément préalable d'un organe de la société - généralement le conseil d'administration- sur la personne du candidat cessionnaire. En principe, il n'est pas nécessaire de motiver le refus. La cession est tout acte de transmission des actions (ou des valeurs mobilières donnant accès au capital), tel que vente, échange, donation ou apport isolé⁴⁹⁸. Il n'y a pas cession en cas d'apports effectués au titre d'une fusion ou d'une scission⁴⁹⁹ ou encore d'une confusion de patrimoine. Toutefois, on peut déduire de la position de la jurisprudence que : « rien n'interdit d'étendre l'application de la clause d'agrément aux opérations de fusion et scission par une mention expresse dans les statuts »⁵⁰⁰.

1- Le régime juridique des clauses d'inaliénabilité

Ce sont les articles 765-3 et suivants de l'Acte uniforme qui en règlementent le régime juridique. Ainsi, aux termes de l'article 765-3 : « dans une société dont les actions ne sont pas admises à la négociation sur une bourse des valeurs, il peut être stipulé dans les statuts que la transmission des actions à un tiers étranger à la société, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, est soumise à l'agrément du conseil d'administration ou de l'assemblée générale ordinaire des actionnaires ». Il est recommandé, que la clause soit rédigée avec le plus grand soin, les juges interprétant souverainement le sens et la portée de toute clause qu'ils estiment ambiguë. En effet, les parties ont intérêt à viser expressément les opérations qu'elles veulent englober ou à tout le moins, à recourir à un terme général tel que transfert par quelque moyen que ce soit, en évitant les expressions telles que : « cession entre vifs, volontaires ou forcées, à quelque titre ou sous quelque forme que ce soit »⁵⁰¹.

a- Les modalités de l'agrément

L'article 766 pose les modalités en précisant que : si l'agrément est conféré par l'assemblée, le cédant ne prend pas part au vote et ses actions sont déduites pour le calcul du quorum et de la majorité. Il en est de même si le cédant est administrateur lorsque l'agrément est donné par

⁴⁹⁸ Cass.com., 21/01/1970 : JCP 1970 II n°1654 note B. Oppetit.

⁴⁹⁹ CA Chambéry 26/11/2002 : D.2003 p.1216 note Espesson-Vergeact ; Cass.com., 19/4/1972 : D.1972 p.538.

⁵⁰⁰ A cet égard : Cass.com., 3/6/1986 : Rev. Sociétés 1987 p.52 note Reinhard ; Cass.com., 6/5/2003 n°750 : RJDA 8-9/03 n°837 ; Cass.com., 15/5/2007 n°06-13.484 : RJDA 11/07 n°1110.

⁵⁰¹ F.LEFEVBRE, à propos de : Cass.com., 6/5/2003 n°749 : RJDA 8-9/03 n°837 ; cass.com., 12/2/2008 n°06-20.966 : RJDA 12/08 n°1275.

le conseil d'administration. La sanction de la violation de cette disposition est la nullité de la délibération. Ainsi, il a été jugé que : « la résolution du conseil d'administration ou de l'assemblée générale relative à la cession d'action d'un administrateur est frappée de nullité dès lors qu'il n'est pas indiqué dans la dite résolution que les administrateurs cédants, présents à la réunion, n'ont pas pris part au vote, en application de l'article 766 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE. Par conséquent, en application de l'article 14 alinéas 3 et 4 du Traité OHADA, la CCJA doit se déclarer incompétente »⁵⁰².

b- La forme de l'agrément

Quant à la forme de l'agrément, il faut préciser que, si la clause est stipulée dans les statuts, le cédant joint à sa demande d'agrément adressée à la société par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, ou par télécopie, les nom, prénoms, qualité et adresse du cessionnaire proposé, le nombre d'actions dont la transmission est envisagée et le prix offert⁵⁰³. L'agrément peut résulter soit d'une notification, soit du défaut de réponse dans le délai de trois mois à compter de la demande⁵⁰⁴. On remarquera que, le défaut de notification dans un délai de trois mois est considéré comme un agrément tacite. Cela permet de protéger les droits du cédant et de mettre fin à l'inertie éventuelle de l'organe compétent. Par contre, en cas de notification de refus d'agréer le cessionnaire proposé, le conseil d'administration ou l'administrateur général selon le cas, sont tenus dans le délai de trois mois à compter de la notification de refus, de faire acquérir les actions soit par un ou plusieurs actionnaires, soit par un tiers, soit par la société⁵⁰⁵.

c- La détermination du prix

Il faut préciser qu'aux termes de l'article 770 de l'Acte uniforme, à défaut d'accord entre les parties, le prix de cession est déterminé à dire d'expert désigné soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par la juridiction compétente à la demande de la partie la plus diligente. Dans l'hypothèse du refus d'agrément, si à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de ce refus, l'achat n'est pas réalisé, l'agrément est considéré comme donné. Ce délai peut être prorogé pour une période n'excédant pas trois mois, lorsqu'un expert a été désigné

⁵⁰² Tribunal de commerce de Paris, 07 novembre 2001, le Juris OHADA n°2/2003, p.55- OHADATA J-O3-201. (Ce jugement a été rendu en application de ces dispositions. Mais sa particularité réside dans le fait qu'il a été rendu par une juridiction française sur le fondement de l'Acte uniforme. La société dont les actions devaient faire l'objet de cession est camerounaise, donc soumise à l'OHADA).

⁵⁰³ Article 767 de l'AUSCGIE.

⁵⁰⁴ Article 768 de l'AUSCGIE.

⁵⁰⁵ Article 769 de l'AUSCGIE.

pour fixer le prix⁵⁰⁶. En cas de litige sur le montant du prix de cession et, par voie de conséquence, de désignation d'un expert, il est recommandé aux dirigeants sociaux de demander une prorogation du délai car, s'ils ne le font pas, ils risquent de se trouver forclos au cas où l'expert ne parviendrait pas à achever sa mission avant l'expiration du délai de trois mois⁵⁰⁷. Il faut remarquer ici, que même si l'Acte uniforme prévoit le recours à un expert, il ne précise pas les conditions dans lesquelles les frais d'expertise doivent être pris en charge.

Le droit OHADA confère également au cédant un droit de repentir. Ainsi, aux termes de l'article 771-1 : « le cédant peut à tout moment, renoncer à la cession de ses actions ». Il est précisé à l'alinéa qui suit que : « cependant, les actionnaires, les tiers ou la société qui ont déclaré se porter acquéreurs ne peuvent se retracer s'ils ont proposé au cédant de recourir à la procédure d'expertise et si celui-ci l'a acceptée ».

2- Le cas particulier des SAS

Il faut préciser une différence de régime dans les SAS. En effet, aux termes de l'article 853-18 : « les statuts peuvent dans les conditions qu'ils déterminent, soumettre toute cession d'actions ou de valeurs mobilières donnant accès au capital à l'agrément préalable de la société et à un droit de préemption ». Il s'y agit, ainsi que l'ont relevé les commentateurs, que la soumission de « toute cession » à agrément préalable déroge aux règles d'agrément communes à toutes les sociétés par actions. Ainsi, dans les SAS, les statuts peuvent soumettre à agrément les cessions entre associés, au conjoint, à un ascendant ou à un descendant, ainsi que celles résultant d'une dévolution successorale ou de la liquidation d'une communauté de bien entre époux. On peut penser qu'il s'agit là d'une omission du législateur OHADA qui n'a pas uniformisé le régime des clauses d'agrément à celui des clauses d'inaliénabilité. En droit français, l'article L228-23 alinéa 1^{er} modifié par l'ordonnance 2009-80 du 22 janvier 2009 précise que : « ces clauses ne jouent pas en cas de succession, de liquidation du régime matrimonial ou de cession, soit à un conjoint, soit à un ascendant ou à un descendant ».

Il faut dire que toute cession d'actions réalisée en violation d'une clause d'agrément est nulle⁵⁰⁸. Il s'agit d'une nullité de protection des intérêts privés de la société et des associés, donc une nullité relative. En conséquence, l'action sera ouverte à la société et aux associés, à l'exclusion des tiers étrangers à la société.

⁵⁰⁶ Article 771 de l'AUSCGIE.

⁵⁰⁷ Voir pour un cas : Cass.com., 8/4/2008 n°06-18.362 ; cass.com., 4/7/2006 n°878 : RJDA 12/06 n°1227.

⁵⁰⁸ Article 771-1 de l'AUSCGIE.

3- Le régime juridique des clauses de préemption

Quant à la clause de préemption, elle prend la forme d'une promesse de vente éventuelle. Le promettant s'engageant à proposer au bénéficiaire en priorité l'achat de ses titres dans l'hypothèse où il déciderait de vendre. On comprendra alors que, la clause de préemption n'est pas à confondre avec le pacte de préférence qui lui, accorde une priorité au bénéficiaire dans le cadre d'une cession où le prix a été fixé avec l'acquéreur. En effet, dans le cadre d'une clause de préemption, le prix des titres est indépendant du projet de cession et souvent le prix doit être déterminé par un tiers.

Il s'agit à travers ces clauses de pouvoir empêcher l'entrée dans la société de certaines personnes considérées comme indésirables. Ce sont les articles 771-1 et 2 qui en précisent le régime. Ainsi, en reliant bout à bout ces deux dispositions, on relèvera d'une part que : « il peut être stipulé dans les statuts ou dans les conventions de l'article 2-1 que l'actionnaire qui entend céder tout ou partie de ses actions est tenu de notifier à un ou plusieurs autres actionnaires, qui peuvent faire connaître au cédant qu'ils exercent un droit de préemption aux prix et conditions qui lui ont été notifiés ».

D'autre part, « dans le cas où une clause de préemption est stipulée dans les statuts, toute cession d'actions réalisée en violation du droit de préemption est nulle. Dans le cas où une clause de préemption est stipulée dans les conventions de l'article 2-1, 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 n'en pouvait ignorer l'existence ». Il a été jugé que : « le bénéficiaire d'un droit de préemption peut, s'il justifie de l'existence d'un risque de dommage imminent, obtenir en justice la mise sous séquestre des actions sur lesquelles il entend exercer son droit »⁵⁰⁹.

Les clauses de préemption, comme celles d'agrément apparaissent comme des restrictions à la libre négociation des titres. A cet effet, leur interprétation se fait de façon stricte. Il a été jugé que : « même si une clause définit largement le champ d'application du droit de préemption en visant toute cession, échange, apport en société, nantissement, donation, elle n'évoque qu'une cession isolée et ne saurait donc concerner le cas de transmission à titre universel résultant d'une fusion »⁵¹⁰.

⁵⁰⁹ CA Versailles 28/05/1998 : RJDA 8-9/98 n°990.

⁵¹⁰ CA Paris, 18/2/2000 : RJDA 6/00 n°662 et sur pourvoi cass.com. 28/4/2004 n°672 : RJDA 8.9/04 n°983.

Ensuite, il a été jugé dans un cas où les statuts d'une société anonyme comportaient une clause de préemption en cas de cession d'actions, imposant aux actionnaires de notifier le projet de cession à la société, et d'indiquer notamment le prix et les autres conditions de la cession projetée, et précisant que cette notification vaudrait offre de cession aux prix et conditions mentionnés, que la procédure de préemption organisée par cette clause n'est pas applicable aux cessions consenties à titre gratuit en raison de l'absence de prix⁵¹¹. Dans une décision, la cour de cassation a estimé que : « un pacte de préemption qui visait les opérations emportant de quelque manière que ce soit transfert de la propriété des actions émises par une société anonyme est inapplicable à l'occasion de la cession des titres d'une société actionnaire de la SA »⁵¹².

C'est au niveau des conditions de validité que le régime juridique des clauses d'agrément et de préemption paraît ouvert. En effet, ces clauses ne doivent pas être limitées dans le temps puisqu'elles n'affectent pas les droits du promettant de céder librement ses titres : le droit est éventuel⁵¹³. Toutefois, les conditions de forme prévues par la clause pour la mise en œuvre de la préemption doivent être respectées. Ainsi, il a été jugé que : « une assignation en justice ne valait pas mise en œuvre régulière du droit de préemption par son bénéficiaire dès l'instant que la clause stipulait que ce droit devait être exercé par lettre recommandée avec demande d'avis de réception »⁵¹⁴.

En outre, le délai d'exercice du droit de préemption est librement fixé par les actionnaires. Ensuite, il est recommandé que la clause de préemption réserve un « juste prix » au cédant : l'Acte uniforme donne un indice « aux prix et conditions qui lui ont été notifiés ». Contrairement à ce qui est prévu pour les clauses d'agrément, le cédant ne peut pas en principe se prévaloir d'un droit de repentir et renoncer à la cession au cas où le bénéficiaire du droit de préemption manifesterait l'intention d'exercer ce droit⁵¹⁵.

Il a été relevé à juste titre⁵¹⁶ que : comme il ne s'agit pas d'une règle d'ordre public, rien ne s'oppose à ce que les actionnaires conviennent qu'en cas de désaccord sur le prix celui-ci sera

⁵¹¹ Cass.com., 17/3/2009 n°08-11.268 : RJDA 12/09 n°1087.

⁵¹² Cass.com. 15/9/2009 n°08-11.627 : RJDA 2/10 n°154.

⁵¹³ BLONDIAU M, art.précit., p.13.

⁵¹⁴ Cass.com. 3/10/2006 n°1108 : RJDA 3/07 n°266.

⁵¹⁵ CA Paris, 14/3/1990: Bull. Joly 1990 p.353; cass.com. 7/3/1989: D. 1989, p.231 conclusions Jeol.

⁵¹⁶ F. LEFEBVRE, op.cit., p.1109, n°68614.

fixé à dire d'expert désigné dans les conditions de l'article 1592 du code civil, ou dans celles de l'article 1843-4⁵¹⁷.

Cela dit, il convient de scruter le recours aux codes de bonne conduite comme un moyen supplémentaire de protection indirecte de l'intérêt social (Section II).

⁵¹⁷ Voir pour une application : cass.com. 4/11/1987 : JCP 1988 II n°21050 note A. Viandier.

Section II : La protection de l'intérêt social par le recours aux codes de bonne conduite

La révision de l'Acte Uniforme a été l'occasion pour le législateur OHADA d'introduire une disposition qui mentionne expressément les codes de bonne conduite comme règles pouvant régir le fonctionnement des sociétés commerciales⁵¹⁸. Les codes de bonne conduite sont définis largement comme des engagements souscrits volontairement par les entreprises, associations ou autres entités qui fixent des normes et des principes pour la conduite des activités de l'entreprise : associations professionnelles, partenariat d'intérêt, codes résultant de négociations ou de consultation⁵¹⁹.

Les codes de bonne conduite peuvent jouer un rôle essentiel dans le renforcement de la transparence de gestion sociale et permettent d'apporter une protection supplémentaire à l'intérêt social. Aussi, les codes de bonne gouvernance ont-ils cette particularité, qu'ils émanent des organisations représentatives des entreprises et sont adaptés à la situation particulière de chaque société.

A la lecture des dispositions de l'Acte Uniforme, on peut déduire qu'il pose à propos des codes de bonne conduite, le principe « comply or explain ».

Afin de mettre en lumière le lien entre les codes de bonne conduite et l'impératif de protection de l'intérêt social, il convient d'étudier d'abord le principe « comply or explain » consacré par l'Acte uniforme (Paragraphe I). Mais il se pose la problématique de la valeur juridique de ces codes de bonne conduite qu'il conviendra de développer ensuite (Paragraphe II).

⁵¹⁸ Article 831-2 de l'AUSCGIE révisé.

⁵¹⁹ NDIAYE Isaac Yankhoba, « Introduction à la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) », in Actes du colloque sur le thème : « la responsabilité sociale des entreprises RSE : Regards comparé sénégalais et français », Presses universitaires de Dakar, éd.2018, p.17.

Paragraphe I : La consécration du principe « comply or explain »

Le principe « comply or explain » ou principe « se conformer ou expliquer » en français, est une préconisation du gouvernement d'entreprise promue par les principes de l'OCDE. Il apparaît comme un élément essentiel de la bonne gouvernance, en ce qu'il assure la transparence des informations fournies par les dirigeants et permet par voie de conséquence, la protection de l'intérêt social en prévenant autant que faire se peut les conflits d'intérêts.

Ainsi, en droit OHADA des sociétés commerciales, c'est l'article 831-2 qui pose le principe, lorsqu'il dispose que : « lorsqu'une société se réfère volontairement à un code d'entreprise élaboré par les organisations représentatives des entreprises, le rapport prévu au présent article précise également les dispositions qui ont été écartées et les raisons pour lesquelles elles l'ont été. Si une société ne se réfère pas à un tel code de gouvernement d'entreprise, ce rapport indique les règles retenues en complément des exigences requises par la loi et explique les raisons pour lesquelles la société a décidé de n'appliquer aucune disposition de ce code de gouvernement d'entreprise ».

Il convient dans le cadre de cette partie d'analyser dans un premier temps ce principe en l'expliquant (A) avant de voir sa portée (B) en lien avec l'impératif de protection de l'intérêt social.

A- Un principe fondamental

Il convient tout de suite remarquer qu'au coeur de la gouvernance, on rencontre un principe considéré comme fondamental⁵²⁰ et se résumant en deux mots, « se conformer ou expliquer »⁵²¹, « *comply or explain* ».

1- La première branche du principe : se conformer

Le support juridique en droit OHADA des sociétés commerciales de ce principe se trouve comme nous l'avons dit à l'article 831-2 alinéa 2 de l'Acte uniforme aux termes duquel : « lorsque la société se réfère volontairement à un code de gouvernement d'entreprise élaboré par les organisations représentatives des entreprises, le rapport prévu au présent article précise également les dispositions qui ont été écartées et les raisons pour lesquelles elles l'ont été. Se trouve de surcroît précisé le lieu où ce code peut être consulté. Si une société ne réfère pas à un tel code de gouvernement d'entreprise, ce rapport indique les règles retenues en complément des exigences requises par la loi et explique les raisons pour lesquelles la société a décidé de n'appliquer aucune disposition de ce code de gouvernement d'entreprise ».

Même si cet article se trouve dans les dispositions spécifiques aux sociétés anonymes faisant appel à l'épargne, il ne faut pas occulter le fait que toutes les sociétés commerciales peuvent également y recourir. D'ailleurs, l'Institut Sénégalais des Administrateurs le précise bien en estimant que : « toutes les entreprises peuvent adhérer au présent code et mettre en œuvre des pratiques de gouvernance telles que définies dans le Code »⁵²².

Ainsi, au regard de l'article 831-2 alinéa 2 de l'Acte uniforme, les sociétés cotées doivent indiquer, dans leur rapport annuel, si elles se réfèrent à un code de gouvernement d'entreprise (se conformer) et, à défaut, les raisons pour lesquelles elles écartent un code ou une disposition du code (expliquer). Même si ce dispositif contribue à promouvoir la bonne gouvernance des sociétés en général et à protéger l'intérêt général en particulier, il faut relever qu'en pratique il peut s'avérer inefficace. En effet, les sociétés se contentent, comme le

⁵²⁰ Rapport 2012 de l'AMF sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées, oct. 2012 ; Ph. Bissara, R. Foy et A. de Vauplane, op. cit.

⁵²¹ Sur ce principe, V. J.-B. Poulle, L'apparition du principe « se conformer ou expliquer » en droit français, RTDF 2008, n° 1, p. 41 s. ; V. Magnier, Le principe se conformer ou s'expliquer, une consécration en trompe-l'oeil ?, JCP E 2008. 2008, n° 3 act. ; A. Pietrancosta et J.-B. Poulle, Le principe appliquer ou expliquer, RTDF 2009, n° 4, p. 19 s. ; B. Fasterling et J.-C. Duhamel, Le *comply or explain*, La transparence conformiste en droit des sociétés, RIDE 2009/2, p.129 ; A. Couret, Les commandements de la gouvernance en anglais et en trois mots, Mélanges en l'honneur et à la mémoire de Philippe Bissara, ANSA, p. 143 s.

⁵²² In Code de gouvernement d'entreprises, ISA, 2011, p.7.

rèvelent les réponses au Livre vert en France, d'indiquer qu'elles ont dérogé à certaines recommandations sans fournir d'explications ou bien ne fournissent qu'une explication laconique⁵²³. Ainsi, pour que le système « se conformer ou expliquer » ne perde pas de son intérêt, il faut imposer aux sociétés de mieux expliquer les raisons pour lesquelles elles s'écartent des recommandations. On peut utiliser comme critère d'appréciation « la pertinence » des explications fournies.

2- La deuxième branche du principe : expliquer

En France, pour donner pleine efficacité au principe « comply or explain », le code révisé de gouvernement d'entreprises des sociétés cotées AFEP/MEDEF du 16 juin 2013 précise en effet, quels sont les caractères de l'information à fournir lorsqu'une recommandation n'est pas appliquée et crée un Haut Comité de suivi de l'application du code⁵²⁴.

S'agissant tout d'abord de l'information à donner en cas de non-application d'une recommandation, il y est dit que: « l'explication [...] doit être compréhensible, pertinente et circonstanciée. Elle doit être étayée, adaptée à la situation particulière et indiquer de manière convaincante en quoi cette spécificité justifie la dérogation ». Comme cela a été remarqué à juste titre, chaque mot est choisi, les justifications générales ou limitées ne sont pas conformes au référentiel. Les indications données par le code sont suffisamment précises pour guider la société⁵²⁵.

Le code AFEP/MEDEF indique ensuite que: « doivent être précisées les mesures alternatives adoptées le cas échéant ». Enfin, et cela doit être souligné, les sociétés doivent «décrire les actions qui permettent de maintenir la conformité avec l'objectif suivi par la disposition concernée par le code ». Cette précision est importante ainsi que l'a soutenu le rapport, il ne suffit pas de prévoir une mesure de substitution. Il faut justifier de la conformité de cette mesure avec les principes de bonne gouvernance retenus par le référentiel AFEP /MEDEF⁵²⁶.

⁵²³ Plan d'action, préc. Au niveau européen, l'étude menée par la Commission, en 2009, a révélé que plus de 60% des entreprises qui n'appliquent pas une recommandation fournissaient des informations insuffisantes.

⁵²⁴ Article 23-2.

⁵²⁵ Isabelle Urbain-Parleani, in « l'amélioration de l'information sur la gouvernance des entreprises », Revue des sociétés 2013 p. 393.

⁵²⁶ Les sociétés doivent indiquer dans une rubrique ou dans un tableau spécifique les recommandations qu'elles n'appliquent pas et les explications y afférentes (V. en ce sens le rapport 2012 de l'AMF sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants de sociétés cotées).

On remarquera alors que la gouvernance s'accommode de cette *soft law* à la croisée de l'auto-régulation et de l'encadrement de l'information. *La soft law* semble, comme on l'a su relever avec justesse⁵²⁷, en l'espèce, préférable à la régulation⁵²⁸ ; « elle empêche une surabondance de textes réglementaires contrariant l'efficacité économique des sociétés »⁵²⁹ et entravant leur fonctionnement.

Cela dit, il convient de préciser la portée de ce principe afin de ressortir son impact sur la protection de l'intérêt social (B).

⁵²⁷ Isabelle Urbain-Parleani, “ l’amélioration de l’information sur la gouvernance des entreprise”, in Revue des sociétés 2013 p. 393.

⁵²⁸ Cette *soft law* n'est pas effet. Le rapport du président constitue une information réglementée au sens de l'art. 221-1 du RG AMF : la mauvaise application de la règle se conformer peut constituer une omission ou une fausse information. Le non-respect des principes de gouvernance peut également être retenu en cas de mise en jeu de la responsabilité civile des dirigeants. Enfin le non-respect de la *soft law* peut conduire le législateur à se retourner vers la *hard law*

⁵²⁹ B. Lecourt, préc., spéc. p.130.

B- Un principe à portée limitée

Le principe « appliquer ou expliquer » s'inscrit dans la droite ligne de ce qu'il était convenu d'appeler la « soft law » ou le droit souple à la croisée de l'auto-régulation et de l'encadrement de l'information.

1- Une règle simplement alternative

De ce principe, le législateur entend donner aux sociétés commerciales une alternative. Il a été fait observer que : « la première branche de l'alternative (*comply*) » aboutit « à un conformisme alors que le deuxième terme *explain* exprime une liberté et donne à chacun le droit de créer sa propre règle de droit »⁵³⁰ ou peut-être, selon Isabelle Urbain-Parleani, de prendre en compte la spécificité de l'entreprise pour adapter la préconisation applicable⁵³¹.

Seulement en droit OHADA, comme cela a été souligné avec raison, la tournure utilisée dans l'alinéa 2 est une stratégie qui contraint, sans le dire, les dirigeants à adopter les prescriptions de la « corporate governance »⁵³². Ainsi, même si on est dans le droit souple, l'Acte Uniforme semble à travers cette disposition contraindre le conseil d'administration à y recourir. En effet, il serait plus difficile pour un président du conseil d'administration de vouloir justifier le non respect du code de gouvernement d'entreprise. En tout état de cause, le droit souple permet l'adaptabilité des règles aux particularités de l'entreprise et à l'évolution de l'environnement⁵³³. Il peut être réactif et évolutif⁵³⁴.

En droit comparé, lorsqu'une société ne se réfère pas au code de gouvernement des entreprises sans fournir des explications pertinentes, le Haut Comité de suivi de l'application du code de gouvernement des entreprises⁵³⁵, peut s'autosaisir s'il constate qu'une société n'applique pas une recommandation du code sans explication suffisante et de saisir le conseil de la société indisciplinée. De façon plus énergique, si la société persiste et ne suit pas les recommandations du Haut Comité, des obligations de publicité seront mises à sa charge : la

⁵³⁰ A. Couret, art. préc.

⁵³¹ In « l'amélioration de l'information sur la gouvernance des entreprises », Revue des sociétés 2013 p. 393

⁵³² MOUTHIEU N., commentaires sous l'article 831-2 de l'AUSCGIE révisé.

⁵³³ Ph. Bissara, R. Foy et A. de Vauplane, op. cit., p. 9 s.

⁵³⁴ V. A. Outin-Adam et E. Schlumberger, Soft Law et droit des sociétés, Mélanges Bissara, préc., p. 287 s.

⁵³⁵ Article 23-2 du code AFEP/MEDEF. Ce « gendarme de la gouvernance » (X. Delpech, Dalloz.fr Actu du 19 juin 2013) « est composé de sept membres : quatre personnalités exerçant ou ayant exercé des fonctions dans des groupes de sociétés de taille internationales, et de trois personnalités qualifiées représentant les investisseurs et /ou choisies pour leur compétence en matière juridique et de déontologie » (art. 25-2°). Cette structure est unique en Europe.

société devra mentionner dans son rapport annuel et dans le document de référence l'avis du Haut Comité et les raisons pour lesquelles elle aurait décidé de ne pas y donner suite⁵³⁶.

2- Une règle purement volontariste

Tirant argument du droit français, on a relevé que ce principe repose essentiellement sur une démarche volontaire, mais la bonne volonté peut parfois faire défaut surtout en l'absence de sanctions⁵³⁷.

A cet effet, l'auteur prend l'exemple du point 6 intitulé « Suivi des recommandations » des Recommandations du MEDEF et de l'AFEP sur l'application du principe « *comply or explain* » qui n'est assorti, et c'est logique au regard de l'inspiration libérale qui anime ces Recommandations, d'aucune sanction (le point 6 § 2, p. 7), du document, précise : « *afin de s'assurer de l'application effective de la règle fondamentale du gouvernement d'entreprise « appliquer ou s'expliquer » (comply or explain), l'AFEP et le MEDEF analysent les informations publiées par les sociétés cotées. Lorsqu'ils constatent qu'une société n'applique pas l'une de ces recommandations sans explication suffisante, ils en saisissent les dirigeants* ». Comment concevoir que ces principes soient essentiels et qu'ils puissent dans le même temps, avec parfois une justification sommaire, être substantiellement écartés ?

En effet, il a été souligné à juste titre,⁵³⁸ qu' en droit des contrats, les limites de cette démarche apparaîtraient très vite... Certes, on peut alors estimer qu'il appartient aux actionnaires de sanctionner une telle pratique. Mais une sanction venant des actionnaires n'a pas encore montré ses fruits, et ce, en dépit de l'augmentation constante de leurs droits si l'on évoque simplement les directives 2001/34/CE du 28 mai 2001 et 2004/109/CE du 15 décembre 2004, la loi n° 2006-387 du 31 mars 2006 transposant la directive OPA du 21 avril 2004 et la directive 2007/36/CE du 11 juillet 2007 portant sur certains droits des actionnaires des sociétés cotées (non encore transposée). Ceci montre que la question ne réside pas dans les droits mais dans l'exercice de ces droits par les actionnaires.

Cela dit il convient d'élucider la problématique de la valeur juridique des codes de bonne conduite (Paragraphe II).

⁵³⁶ Isabelle Urbain-Parleani, in « l'amélioration de l'information sur la gouvernance des entreprises », Revue des sociétés 2013 p. 393.

⁵³⁷ Catherine Malecki, « Régulation financière : les codes d'entreprise feront-ils grise mine ? », Recueil Dalloz 2009 p.1095, D. 2016.

⁵³⁸ Ibid.

Paragraphe II : La problématique de la valeur juridique des codes de bonne conduite

La problématique de la valeur juridique des codes de bonne conduite soulève la question de savoir si la violation d'une règle édictée par ces codes peut être sanctionnée par un juge. Cette question est d'autant plus intéressante que les règles énoncées dans les codes de bonne conduite proviennent des organisations professionnelles et n'ont pas en principe un caractère contraignant. Mais seulement et cela assez souvent, les règles issues de la « corporate governance » sont consacrées dans des codes à vocation plus ou moins générale par certaines organisations et dont la violation peut faire l'objet d'une sanction disciplinaire voire pénale.

Il faut dire que le code de bonne conduite appartient davantage au droit souple et partant de cette considération la question de la juridicité de ce dernier a été posée notamment en France avec le code AFEP/MEDEF. Ainsi, comme cela a été souligné à juste titre⁵³⁹, « si l'on admet que la juridicité ne réside ni dans la contrainte, ni dans l'existence d'une sanction coercitive, mais dans la force normative-qui se constate par l'effectivité de la norme-on doit conclure que le code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées est un instrument juridique ».

En vue de mettre en exergue la problématique de la valeur juridique des codes de bonne conduite, il convient de relever dans un premier temps, la multiplicité des sources des codes de bonne conduite (A). Ensuite, il convient de relever que cette multiplicité de sources induit une diversité de sanctions (B).

⁵³⁹ PACLOT Yann, « la juridicité du code AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées », *Revue des sociétés* 2011, p.395 ;

A- La multiplicité des sources des codes de bonne conduite

Les codes de bonne conduite ou codes de gouvernement d'entreprises réunissent les préconisations élaborées, selon les Etats, par des groupes de travail, des organisations professionnelles ou des acteurs économiques, préconisations ou standards auxquelles les administrateurs sont invités à « conformer leur comportement, afin de garantir au marché la fiabilité de l'information financière délivrée par la société [...] ainsi que l'existence d'un véritable contrôle exercé par le conseil d'administration sur les dirigeants exécutifs et de nature à prévenir d'éventuels dysfonctionnements »⁵⁴⁰ dans l'intérêt de la société .

1- La reconnaissance des codes de bonne conduite par d'autres organisations

La reconnaissance des codes de bonne conduite n'est pas seulement l'apanage du législateur OHADA ; d'autres organisations l'ont également prévu. En effet, le particularisme des sociétés commerciales justifie la mise en place des règles adaptées à chaque situation. Ainsi, dans l'espace UMOA, le code d'éthique et de déontologie applicable au président et au vice président de la BOAD en vue d'assurer une protection à l'intérêt social à travers la prévention du conflit d'intérêts explique que ce dernier : « naît des situations où des intérêts privés ou personnels du président ou du vice président de la BOAD peuvent influencer leur impartialité et leur objectivité »⁵⁴¹. Il faut entendre ici par intérêt privé ou personnel, un avantage réel ou potentiel pour le membre concerné, sa famille, ses autres parents ou le cercle de ses amis ou connaissances.

Il faut constater avec gaité, que certaines organisations érigent en principes généraux les règles d'éthique et de loyauté, afin de protéger l'intérêt social. Il en est ainsi de l'UMOA à travers le Règlement général relatif à l'organisation, au fonctionnement et au contrôle du marché financier régional de l'UMOA. En effet, ce Règlement consacre son Titre II aux principes déontologiques. Ainsi, aux termes de l'article 5 de ce Règlement : « toutes les activités exercées par les structures de marché et les intervenants commerciaux, directement ou par l'intermédiaire de leurs filiales, doivent être accomplies avec diligence, loyauté, neutralité et impartialité ». Cette disposition, en imposant aux intervenants d'agir avec diligence, loyauté, neutralité et impartialité, permet d'assurer une protection efficace à l'intérêt du marché. Il s'y ajoute que vis-à-vis de leurs clients, les intervenants commerciaux doivent agir, dans l'exercice de leur activité avec loyauté et équité ainsi qu'avec la

⁵⁴⁰ Ph. Bissara, R. Foy et A. de Vauplane, Droit et pratique de la gouvernance des sociétés cotées, Ed Joly.

⁵⁴¹ Article 13 du code d'éthique et de déontologie applicable au président et au vice président de la BOAD.

compétence, le soin, la diligence qui s'imposent au mieux des intérêts de ces derniers et de l'intégrité du marché⁵⁴².

Aussi, le Règlement exige t-il expressément des sociétés postulant aux fonctions de Bourse de valeurs mobilières et de Dépositaire Central/Banque de règlement d'adopter un code de déontologie à l'usage de leurs employés et des personnes agissant pour leur compte⁵⁴³. En outre, le Règlement général de la bourse régionale des valeurs mobilières doit contenir des dispositions destinées à promouvoir des principes de transparence, d'équité, de loyauté et de sincérité dans les négociations boursières⁵⁴⁴. De ce que dans l'un comme dans l'autre cas, les termes utilisés par le Règlement sont impératifs, on peut affirmer sans risque de se tromper que ces dispositions sont obligatoires.

Ensuite, l'article 23 du même Règlement recommande que : « les intervenants commerciaux adoptent les structures juridiques, humaines et techniques permettant, en cas de fonctions susceptibles d'emporter conflits d'intérêts, le respect des principes déontologiques définis au présent Règlement général ». Il s'agit à travers cette disposition de garantir l'indépendance des intervenants commerciaux. Cela est corroboré par l'alinéa suivant aux termes duquel, « les fonctions de négociation, de gestion et de comptabilisation des opérations sont assurées selon les règles et procédures propres à garantir leur indépendance ». On comprendra que, l'indépendance est l'allié naturel de l'objectivité et par voie de conséquence, un pan supplémentaire dans la protection de l'intérêt social.

2- La variété de la texture des codes de bonne conduite

On constatera que, certains principes de gouvernement d'entreprise ont été consacrés dans divers textes et dont la violation pouvait donner lieu à des sanctions. Pour le reste, si l'on s'en tient à la notion stricte de « source du droit » et qui renvoient aux seules sources formelles, on ne saurait les considérer comme étant du droit. Par contre, et c'est notre avis, les règles issues des codes de gouvernance d'entreprise doivent être considérées comme faisant partie des sources de droit. En effet, la notion de sources du droit est réductrice et limite le droit aux seules sources formelles, tandis que celle de sources de droit est beaucoup plus large, et permet d'y inclure les règles d'origine privée, telles celles issues des codes de bonne conduite.

⁵⁴² Article 6 du Règlement général relatif à l'organisation, au fonctionnement et au contrôle du marché financier régional de l'UMOA.

⁵⁴³ Article 16-e).

⁵⁴⁴ Article 18-b).

Cette idée est cautionnée par le Professeur Carbonnier qui estime que : « le droit est plus petit que l'ensemble des relations entre les hommes », mais il est « plus grand que les sources formelles du droit »⁵⁴⁵. Il faut donc admettre l'existence du droit souple (soft law) crée par la pratique, à côté du droit dur (hard law) issu des sources traditionnelles. On pourra légitimement objecter que les codes de gouvernement d'entreprise ne contiennent que des recommandations, dénuées du caractère obligatoire qui serait la marque de la juridicité. Mais comme cela a été relevé à juste titre⁵⁴⁶ : « cette objection doit être écartée, car une norme dotée d'une valeur normative faible, simplement recommandatoire, peut avoir une portée normative⁵⁴⁷ extrêmement forte, dès lors qu'elle est perçue comme obligatoire par ses destinataires ».

Il a été relevé qu'en plus d'être du droit, le code de gouvernement constitue du bon droit, en ce que ce code émane d'organisations représentatives des entreprises, ce qui paraît un atout majeur quand il s'agit d'édicter des normes qui supposent une parfaite connaissance du monde de l'entreprise ; on peut en induire que dans l'élaboration de ces normes, le pragmatisme l'a remporté sur l'idéologie, une idéologie longtemps caractérisée par la méfiance envers les sociétés⁵⁴⁸.

Aussi, le code répond-t-il par sa texture, aux différentes fonctions du droit, qui ne consistent pas seulement à interdire ou à prescrire, mais qui consistent à modeler et à orienter les comportements⁵⁴⁹. Le code de gouvernement d'entreprise est incontestablement un complément indispensable de la loi. Il répond aux aspirations de notre époque qui préfère la régulation à la réglementation et qui manifeste une certaine défiance à l'encontre de la contrainte étatique. Un auteur a relevé à juste titre⁵⁵⁰ que : « pour la plupart, les recommandations de ce code relèvent du « droit doux », mais cette « douceur » de la norme-

⁵⁴⁵ CARBONNIER Jean , « flexible droit- pour une sociologie du droit sans rigueur », LGDJ, 10^{ème} éd.,2007, chap 1^{er}, hypothèses fondamentales pour une sociologie théorique du droit, p 11 et s..

⁵⁴⁶ PACLOT Yann, in « la juridicité du code AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées », Revue des sociétés 2011, p.395

⁵⁴⁷ La « portée normative » est définie par C. Thibierge comme « un aspect de la force normative en lien avec les effets de la norme », l'autre aspect de la « force normative », désigné sous le vocable de « valeur normative », étant lié à la source de la norme, in « la force normative, naissance d'un concept », op. cit., Synthèses, p. 785.

⁵⁴⁸ PACLOT Yann, in « la juridicité du code AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées », Revue des sociétés 2011, p.395

⁵⁴⁹ Ibid., p.3, n°20.

⁵⁵⁰ La phrase est de PACLOT Yann qui estime que « certaines recommandations se bornent en effet à réaffirmer les normes du « droit dur », in « la juridicité du code AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées », Revue des sociétés 2011, p.3, n°20.

qui permet précisément d'opposer le droit souple au droit dur, n'exclut pas les nuances, de la recommandation proposée à la recommandation imposée ».

Comme cela a été démontré, le code de gouvernement d'entreprise est un instrument essentiel de prévention des conflits d'intérêts et par voie de conséquence, de protection de l'intérêt social en droit des sociétés commerciales, soit en palliant les insuffisances de la loi, soit en l'inspirant ou en la suscitant.

Cela dit, la problématique de la valeur juridique des codes de gouvernement d'entreprise peut aussi être mise en exergue au regard de la diversité des sanctions de la violation de ces codes (B).

B- La diversité des sanctions en cas de violation des codes de gouvernement d'entreprise

La diversité des sanctions prévues en cas de violation des codes de bonne conduite amène à s'interroger sur la valeur juridique de ces codes ainsi que sur leur efficacité à contribuer à la protection de l'intérêt social. Pour mieux illustrer nos propos, il convient de prendre l'hypothèse du conflit d'intérêts. En effet, comme en matière de conventions réglementées, la plupart des codes prévoient une obligation de révélation des conflits en même temps qu'ils prévoient l'exclusion à la participation aux votes des décisions.

1- L'institution des sanctions administratives

Le code d'éthique et de déontologie applicable au président et au vice président de la BOAD précise qu' « ils sont tenus de résoudre, dans l'intérêt de la BOAD, toutes les situations de conflit d'intérêts réel ou potentiel dans lesquelles ils pourraient se trouver. A défaut les membres concernés s'abstiennent d'exprimer leurs opinions lors des délibérations sur les dossiers objets de conflit d'intérêts »⁵⁵¹.

De façon pragmatique, le code consacre une obligation de communication d'intérêts. En effet, aux termes de l'article 15 : « le président et le vice président communiquent dès leur entrée en fonction, une liste des intérêts, fonctions et mandats externes, publics ou privés qu'ils détiennent pendant la durée de leurs mandats. Cette liste doit être mise à jour, le cas échéant, par les intéressés. Les listes sont remises au président du conseil des ministres de l'Union, qui ne peut les ouvrir qu'en présence de l'intéressé. Elles sont restituées à la personne concernée à la fin de son mandat ». Cette disposition est salubre en ce qu'elle impose aux intéressés un devoir de loyauté vis-à-vis de la personne morale. L'exclusion au vote apparaît comme une solution indiquée pour éviter le conflit d'intérêts en discriminant l'intérêt personnel au profit de l'intérêt de l'institution.

La violation de cette disposition appelle des sanctions. Ainsi, tout manquement est constitutif d'une faute grave qui est passible des sanctions prévues par les statuts respectifs du président et du vice président de la BOAD⁵⁵². On déduira que les sanctions prévues sont de nature disciplinaire. Cela est d'autant plus évident, que le code lui-même précise que : « la constatation desdits manquements relève de la compétence du conseil des ministres de

⁵⁵¹ Article 13 du code d'éthique et de déontologie applicable au président et au vice président de la BOAD.

⁵⁵² Article 17 du code d'éthique et de déontologie applicable au président et au vice président de la BOAD.

l'Union »⁵⁵³. Le conseil est saisi par les chefs d'institutions ou d'organes concernés ou même s'autosaisir.

Par ailleurs, l'article 177 du Règlement dispose que : « le Conseil Régional est l'instance de recours de pleine juridiction contre toutes les décisions des structures de marché qu'il agréé, notamment lorsque ces dernières imposent à ceux de leurs actionnaires ou adhérents ayant enfreint les dispositions réglementaires qu'elles édictent, des sanctions de nature disciplinaire ». De cette disposition, on relève que les règles de bonne conduite ont reçu une consécration réglementaire et dont la violation appelle des sanctions disciplinaires. Toutefois, le Règlement Général semble conférer un caractère juridictionnel au Conseil Régional. En effet, l'article 186 précise que : « chaque partie à la procédure peut se faire assister d'un conseil ». On sait que s'agissant d'une sanction de nature disciplinaire, le respect du principe du contradictoire est essentiel, mais reconnaître la possibilité de se faire assister d'un conseil donne un caractère juridictionnel à l'instance.

2- Les prémices de la juridicité des codes de bonne conduite

Si l'on s'en tient aux dispositions de l'article 831-2 alinéa 2 de l'Acte uniforme aux termes duquel : « lorsque la société se réfère volontairement à un code de gouvernement d'entreprise élaboré par les organisations représentatives des entreprises, le rapport prévu au présent article précise également les dispositions qui ont été écartées et les raisons pour lesquelles elles l'ont été. Se trouve de surcroît précisé le lieu où ce code peut être consulté. Si une société ne réfère pas à un tel code de gouvernement d'entreprise, ce rapport indique les règles retenues en complément des exigences requises par la loi et explique les raisons pour lesquelles la société a décidé de n'appliquer aucune disposition de ce code de gouvernement d'entreprise », on est en droit d'estimer que les dirigeants pourraient être tenus pour responsables civilement de leurs fausses déclarations, en cas de préjudice subi par un actionnaire trompé sur le respect du code par la société⁵⁵⁴.

a- La juridicité tacite

En droit comparé, la jurisprudence a eu à plusieurs reprises, dans le silence de la loi, l'occasion d'appliquer les codes de gouvernement d'entreprise. Ainsi, en France, alors que la

⁵⁵³ Alinéa 2 de l'article 17 du code d'éthique et de déontologie applicable au président et au vice président de la BOAD.

⁵⁵⁴ Sur ces questions voir, V. Magnier, « les manquements des sociétés cotées à la règle de conformité », JCP E.2010.1234.

loi est muette sur les qualités du « bon administrateur », le code spécifie que « les administrateurs doivent être avant tout compétents, actifs, présents et impliqués » et qu'ils « doivent consacrer à leurs fonctions le temps et l'attention nécessaire »⁵⁵⁵. Ainsi, la chambre commerciale de la Cour de cassation avait jugé que : « les administrateurs doivent débattre de toutes les difficultés portées à leur connaissance et ne peuvent échapper à leurs responsabilités en soutenant qu'ils ignoraient le caractère trompeur de comptes ayant fait l'objet des réserves »⁵⁵⁶. Aussi, a-t-elle jugé dans l'affaire dite du « Crédit martiniquais » que : « l'administrateur commet une faute s'il participe à une décision fautive du conseil, sauf à démontrer qu'il s'est comporté en administrateur prudent et diligent⁵⁵⁷, ce qu'il a la possibilité de faire en émettant des réserves, comme le prévoit expressément le code AFEP/MEDEF »⁵⁵⁸. On pourra alors conclure que les codes de gouvernement d'entreprise sont dotés d'une forte portée normative.

Toutefois, la force normative des codes de gouvernement d'entreprise se trouve fragiliser lorsqu'ils se bornent à répéter la loi. Ainsi, un auteur⁵⁵⁹ a relevé parlant du code de gouvernement d'entreprise que : « c'est un code perroquet », qui se borne à répéter la loi, à propos de principe de collégialité du conseil d'administration, du devoir d'information au bénéfice des administrateurs, de la représentation et de la participation des salariés au conseil, des attributions du conseil, de la dissociation des fonctions du président du conseil d'administration et du directeur général, de l'obligation pour les sociétés de faire figurer dans leur rapport de gestion des informations complètes sur les rémunérations et les avantages et avantages attribués aux dirigeants mandataires sociaux, etc. L'auteur estime que cela manifeste que : « le code est second par rapport à la loi- comme le serait un règlement d'application- ce qui ne contribue certainement pas à accroître sa force normative ».

b- La juridicité expresse

L'adoption en France de la Loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative à l'obligation de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordres constitue une avancée

⁵⁵⁵ PACLOT Yann, in « la juridicité du code AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées », Revue des sociétés 2011, p.395.

⁵⁵⁶ Com. 9 mars 2010, n°08-21-547, Bull. civ. IV, n°48, D.2010. 761, obs. A. Liernhard; Rev. sociétés 2010.230, note H. Le Nabasque; RTD com. 2010.374, obs., Le Cannu et B. Dondero ; RTD civ. 2010.575, obs., Jordain.

⁵⁵⁷ Com. 30 mars 2010, n°08-17. 841, Bull. Civ. IV, n°69, D.2010.1678, obs. A. Lienhard.

⁵⁵⁸ Recommandation 10.

⁵⁵⁹ PACLOT Yann, « la juridicité du code AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées », Revue des sociétés 2011, p.395

considérable. En effet, désormais, dans le cas d'un accident impliquant un sous-traitant ou une filiale, la responsabilité de l'entreprise donneuse d'ordre ou de la société mère pourra être engagée si le plaignant prouve que le préjudice causé a un lien avec l'absence de plan de vigilance ou l'inefficacité de sa mise œuvre. Même si le domaine et la sanction de l'obligation de vigilance ont été cantonnés, une telle obligation ouvre des perspectives très intéressantes sur la judiciarisation de la RSE⁵⁶⁰.

Dans le plan de vigilance visé, on retrouve le contenu traditionnel de la RSE. En effet, le texte précise que : « le plan comporte des mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant de l'activité de ses filiales et des sous-traitants ou fournisseurs »⁵⁶¹. De ce point de vue, non seulement l'adoption du plan n'est plus volontaire, mais en outre son contenu et ses modalités sont précisés par la loi ainsi qu'il suit : « le plan a vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société, le cas échéant dans le cadre d'initiatives pluripartites au sein des filières ou à l'échelle territoriale »⁵⁶². Il comporte des mesures bien précises prévues par le texte.

En cette matière, la juridicité du code est expressément affirmée. Cela se justifie par l'existence de sanctions tant préventives que curatives en cas de violation des dispositions prévues. La sanction préventive consiste en une astreinte qui vise à faire pression sur les entreprises, afin qu'elles pourvoient à l'adoption du plan de vigilance. Ainsi, la loi prévoit que « lorsqu'une société mise en demeure de respecter les obligations prévues au I n'y satisfait pas dans un délai de trois mois à compter de la mise en demeure, la juridiction compétente peut, à la demande de toute personne justifiant d'un intérêt à agir, lui enjoindre, le cas échéant sous astreinte, de les respecter »⁵⁶³.

La seconde, curative quant à elle, est contenue dans l'article 2 de la loi qui prévoit que : « dans les conditions prévues aux articles 1240 et 1241 du code civil, le manquement aux obligations définies à l'article L.225-102-4 du présent code engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis

⁵⁶⁰ BOFFA Romain, « RSE et devoir de vigilance », in Acte du colloque sur « la responsabilité sociale des entreprises (RSE) regards comparés sénégalais et français », sous la direction de GAMET Laurent et alii ; PUD 2018, p.62.

⁵⁶¹ Article L.225-102 de la loi précitée.

⁵⁶² BOFFA Romain, art.précit,p.66.

⁵⁶³ Ibidem, p.69.

d'éviter. L'action en responsabilité est introduite devant la juridiction compétente par toute personne justifiant d'un intérêt à agir à cette fin. La juridiction peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci, selon les modalités qu'elle précise. Les frais sont supportés par la personne condamnée. La juridiction peut ordonner l'exécution de sa décision sous astreinte ».

Comme l'a si bien souligné Monsieur le professeur BOFFA Romain⁵⁶⁴, dans sa première version, il s'agissait d'une véritable responsabilité du fait d'autrui. Dès lors qu'un sous-traitant ou une filiale causait un dommage à autrui, la société mère ou donneuse d'ordre était responsable, sauf à prouver qu'elle n'a pas commis de faute. Mais face aux critiques adressées au projet de loi, cette dernière a sensiblement allégé la nature de la responsabilité pesant sur la société : cela reste une forme de responsabilité du fait personnel. L'entreprise donneuse d'ordre n'est pas responsable du fait de sa filiale, mais de son fait personnel : ne pas avoir mis en œuvre un plan de surveillance qui aurait permis d'éviter ce dommage. D'ailleurs, il est expressément fait référence aux articles 1240 et 1241 du code civil (ex articles 1382 et 1383). Il s'agit donc d'une responsabilité pour faute de la société donneuse d'ordre, et non une responsabilité fondée sur le risque.

En guise de remarque finale, on peut estimer que la multiplicité des sanctions prévues en cas de violation des codes de bonne gouvernance n'enlève en rien, la force normative de ces derniers. L'on a pu démontrer, que certaines organisations telles que l'UEMOA ont consacré dans leur dispositif, certaines règles de gouvernement d'entreprise dont la violation peut donner lieu à des sanctions disciplinaires, administratives, etc. En droit français, la sanction du code AFEP/MEDEF peut donner lieu à publicité afin de dissuader les sociétés indisciplinées. Dans le cadre de l'UMOA et notamment en matière boursière, il est fait recommandation aux Etats membres, de prendre des sanctions pénales afin de sanctionner certaines situations de conflits d'intérêts. C'est l'hypothèse du délit d'initié que nous étudieront dans le cadre de la protection directe de l'intérêt social.

En tout état de cause, il faut dire avec PACLOT que : « la juridicité des codes de gouvernement d'entreprise est avérée, pour autant que l'on admet que le critère de la juridicité ne réside ni dans la contrainte, ni dans l'existence d'une sanction coercitive, mais dans la force normative, c'est-à-dire dans la normativité en mouvement et en action, qui se constate

⁵⁶⁴ In art.précit.p.66.

par l'effectivité de la norme, et qui procède tout à la fois du bien fondé de la norme et de l'autorité de son auteur »⁵⁶⁵.

A côté des mécanismes volontaristes, le législateur OHADA reconnaît aussi le recours aux organes supplémentaires de protection de l'intérêt social (chapitre II).

⁵⁶⁵ In « la juridicité du code AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées », Revue des sociétés 2011, p.395.

Chapitre II : La reconnaissance des mécanismes supplémentaires de protection de l'intérêt social

Prenant conscience du fait que la loi ne peut et ne saurait tout prévoir, le législateur OHADA donne désormais la latitude aux associés de recourir à d'autres mécanismes pouvant contribuer à la protection de l'intérêt social. En effet, la loi ne saurait s'adapter à toutes les circonstances pour pouvoir prendre en compte les réalités changeantes des sociétés commerciales. Pour cela, il est apparu nécessaire de laisser une marge de manœuvres aux associés afin qu'ils puissent adapter certaines règles aux réalités de leurs entités économiques.

Pour se faire, il faut et il suffit que ces mécanismes supplémentaires soient conformes aux dispositions de l'Acte uniforme et aux dispositions statutaires. Ainsi, les associés peuvent recourir aux comités spécialisés pour dans le cadre de l'organisation et le fonctionnement des sociétés commerciales. Il s'agit à travers ces comités, de renforcer la transparence dans la gestion sociétaire.

Les associés peuvent par ailleurs, conclure des conventions afin d'assurer à la société commerciale, entité économique, une certaine stabilité en évitant sa disparition du fait d'un conflit ou d'une mésentente entre associés.

Dans le cadre de ce chapitre, nous étudierons la protection de l'intérêt social à travers les conventions visant à assurer une certaine stabilité à la société commerciale afin d'éviter que du fait d'un conflit, cette dernière, porteuse d'emplois, ne disparaisse (Section II). Mais avant, il convient de mettre en veilleuse la possibilité de mettre en place des comités spécialisés au sein de la société afin d'assurer la transparence de gestion sociale (Section I).

Section I : La protection par la mise en place des comités spécialisés

La création des comités spécialisés au sein ou par le conseil d'administration est l'une des préconisations de la bonne gouvernance d'entreprise. Ces comités, pour la plupart, jouissant d'une large indépendance, contribuent à prévenir le plus en amont possible les éventuels empiétements à l'intérêt social. Le législateur OHADA a pris en compte ces préconisations et évoque à plusieurs endroits la création de ces comités.

Si le législateur OHADA fait de la création d'un comité d'audit au sein des sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne une exigence (Paragraphe I), il n'en est pas le cas pour le comité de rémunération qui, en réalité joue un rôle essentiel dans la protection de l'intérêt social (Paragraphe II).

Paragraphe I : Le comité d’audit, un organe exigé

La création du comité d’audit est l’une des exigences de la gouvernance d’entreprise. Ainsi, contrairement aux comités que le conseil d’administration a la possibilité de mettre en œuvre et qui ne répondent pas totalement aux exigences de la corporate governance⁵⁶⁶, ce comité d’audit est obligatoire dans les sociétés qui font appel à l’épargne ou dont les titres sont inscrits à une bourse de valeurs.

Aux termes de l’article 829-1 de l’AUSCGIE : « le conseil d’administration des sociétés visées aux articles 828 à 853 du présent Acte uniforme est obligatoirement doté d’un comité d’audit ». Au regard de cette disposition, la création d’un comité d’audit est obligatoire dès lors qu’on est en présence des sociétés faisant appel public à l’épargne pour le placement de leurs titres dans un ou plusieurs Etats parties ou dont les titres sont inscrits à la bourse des valeurs d’un ou plusieurs Etats parties⁵⁶⁷. Mais rien n’interdit en principe à une société qui n’est pas tenue par cette obligation de mettre en place volontairement un comité d’audit. La mise en place d’un comité d’audit dans une société contribue à renforcer la transparence de gestion et par voie de conséquence à protéger l’intérêt social.

Il faut souligner que même si l’Acte uniforme fait obligation aux sociétés dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé de mettre en place un comité d’audit, il ne prévoit pas une sanction spécifique en cas de manquement.

Pour mieux examiner le rôle que peut jouer le comité d’audit dans la protection de l’intérêt social, il convient d’examiner ses attributions (B). Mais avant, il faut mettre en exergue l’indépendance dont jouit le comité d’audit vis-à-vis du conseil d’administration (A).

⁵⁶⁶ Voir à cet égard, l’article 437 de l’AUSCGIE révisé.

⁵⁶⁷ Article 828 de l’AUSCGIE révisé.

A- Le comité d'audit, un organe indépendant au regard de sa composition

De part sa composition, le comité d'audit jouit d'une présomption d'indépendance vis-à-vis du conseil d'administration. En effet, il est exclusivement composé d'administrateurs non salariés de la société ou n'exerçant aucun mandat de président directeur général, directeur général ou directeur général adjoint au sein de la société⁵⁶⁸. On comprendra alors que, le comité peut être composé des personnes extérieures à la société et n'ayant aucun lien avec cette dernière. L'exclusion des salariés se justifie par le fait que ces derniers sont soumis au pouvoir de direction et de contrôle de la société. Quant à l'exclusion du président directeur général, du directeur général et du directeur général adjoint, celle-ci se justifie davantage par le fait que le comité est par essence chargé de les contrôler, ce qui paraît incompatible.

Telle que définie, la composition du comité d'audit permet au conseil d'administration de solliciter des professionnels de la finance en son sein, ce qui renforcerait ses capacités à mieux comprendre l'information financière produite par le dirigeant, et à mieux contrôler la gestion financière de la société dans son ensemble⁵⁶⁹. Le comité d'audit est donc un organe spécialisé composé de membres compétents, préparant le travail du conseil d'administration, mais agissant aussi et principalement comme organe de contrôle. Il agit « sous la responsabilité, selon le cas, de l'organe chargé de l'administration ou de l'organe de surveillance », ce qui tend à démontrer que les membres du comité n'ont pas de responsabilité propre⁵⁷⁰. Ce qui n'est pas évident, en ce que, le comité doit fournir des informations au conseil, lui faire des propositions et lui rendre compte, et où les membres du conseil sont administrateurs ou membres du conseil de surveillance. Aussi, même si les attributions du comité sont déterminées par le conseil, il n'en demeure pas moins qu'elles ne peuvent avoir pour effet de le dépouiller de ses pouvoirs, ni d'alléger sa responsabilité⁵⁷¹.

Aux Etats Unis, le comité d'audit doit être composé d'au moins trois membres, dont aucun n'est ou n'a été employé de la société et n'a aucun lien familial ou financier avec les dirigeants. Cela permet d'assurer autant que faire se peut, une grande indépendance aux membres.

⁵⁶⁸ Alinéa 2 de l'article 829-1 de l'AUSCGIE révisé.

⁵⁶⁹ R. Nemedeu, « le contrôle des dirigeants de la société anonyme, p. 440 et suivants.

⁵⁷⁰ P. LE CANNU, op.cit., p. 584, n° 890.

⁵⁷¹ CA d'Aix-Provence, 28 septembre 1982, Revue sociétés 1983, p.773, note J. MESTRE.

Il faut signaler ici, que le comité d'audit est mis en place pour contrôler la fiabilité et la clarté des informations fournies par la société, pour contrôler la gestion⁵⁷², mais également pour se pencher sur les opérations importantes à l'occasion desquelles aurait pu se produire un conflit d'intérêts⁵⁷³. C'est justement pour cette raison que le comité d'audit peut être appréhendé comme un organe supplémentaire de protection de l'intérêt social.

Ensuite, même si l'Acte uniforme exige la création des comités d'audit dans les sociétés cotées, ils sont tout simplement préconisés dans les sociétés dont les titres ne sont pas admis à la négociation sur un marché réglementé. En droit comparé, notamment en France, le comité d'audit a obtenu une consécration légale depuis 2008 avec l'ordonnance du 8 décembre. En effet, l'article L.823-19 du code de commerce impose aux sociétés dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé de mettre en place un comité d'audit⁵⁷⁴. Cet article impose aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé ainsi que les établissements de crédit et les entreprises d'assurances de mettre en place un comité d'audit.

Le code Afep-Medef en son article 14.1 recommande à ce que le comité soit composé d'au moins de deux tiers d'administrateurs indépendants même si la loi n'en exige qu'un seul. L'on a pu déduire de cet article que : c'est au conseil de définir les critères d'appréciation des compétences et d'indépendance de ces membres⁵⁷⁵. Généralement, les codes de gouvernement d'entreprise retiennent les critères suivants : absence de liens familiaux avec les dirigeants, de liens d'affaires, de mandat social dans une société liée et absence de mandat antérieur d'auditeur dans la société⁵⁷⁶.

Quant à la durée de leur mandat, les textes restent muets. Ainsi, les membres du comité peuvent être désignés pour la durée de leur mandat d'administrateur. Et rien n'interdit aussi de

⁵⁷² Le règlement intérieur du conseil et/ou un règlement établi par le comité d'audit et approuvé par le conseil détermine les missions de ce comité, ses moyens d'investigation et les modalités suivant lesquelles il rend compte de ses travaux au conseil, v. IFA, « la gouvernance des sociétés cotées », Synthèse des recommandations sur le rôle et les modes d'action des conseils (en ligne), mai 2007, p.30. Disponible sur : <http://www.ifa-asso.com>.

⁵⁷³ Voir AFEP-MEDEF, Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées (Code AFEP-MEDEF), op.cit., p.13, n°16.2.1.

⁵⁷⁴ Selon une étude réalisée par l'AFEP et le MEDEF, 99% des sociétés du SBF 120 et la totalité des sociétés du CAC 40 ont indiqué l'existence des comités des comptes en 2009, AFEP MEDEF, 2^{ème} rapport annuel sur le code AFEP MEDEF. Application du consolidé de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées par les sociétés de l'indice SBF 120. Exercice 2009 (en ligne), novembre 2010, p.22. Disponible sur : <http://www.medef.fr>.

⁵⁷⁵ LEFEBVRE F., op.cit., p.589, n°42885.

⁵⁷⁶ Rapport AMF sur le comité d'audit du 22/07/2010, p.13.

prévoir une durée plus courte. L'étude ANSA de 2006⁵⁷⁷ estime que le conseil d'administration puisse mettre fin, à tout moment et sans motif, aux fonctions des membres du comité. Corrélativement, un membre peut, à tout moment, renoncer à ses fonctions sans avoir à motiver sa décision.

Cela dit, il convient aussi de voir que le comité d'audit est également un organe de contrôle au regard de ses attributions (B), un contrôle qui participe à la protection indirecte de l'intérêt social.

⁵⁷⁷ Etude Ansa n°06-005 février 2006.

B- Le comité d'audit, un organe de contrôle au regard de ses attributions

Le comité d'audit apparaît comme un organe de contrôle au regard de ses attributions. En effet, le comité d'audit a pour missions essentielles de procéder à l'examen des comptes et s'assurer de la pertinence et de la permanence des méthodes comptables adoptées pour l'établissement des comptes consolidés et sociaux de l'entreprise ; assurer le suivi du processus d'élaboration de l'information financière ; assurer le suivi de l'efficacité des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques ; émettre un avis sur les commissaires aux comptes proposés à la désignation par l'assemblée générale⁵⁷⁸.

Par ailleurs, le comité d'audit doit rendre compte régulièrement au conseil d'administration de l'exercice de ses missions et l'informer sans délai de toute difficulté rencontrée. Même s'il ne ressort pas clairement de l'article, on peut affirmer avec raison que : les membres du comité d'audit s'exposeraient à des actions en responsabilité en cas d'information financière inexacte ainsi que lorsque les avis émis auraient induit le conseil d'administration en erreur⁵⁷⁹.

Le comité d'audit n'est pas un organe chargé de la gestion de la société, mais il est ou doit être le garant du bon fonctionnement du conseil. Il faut simplement déplorer le fait que, le comité d'audit ne dispose pas d'un véritable pouvoir de proposition. En effet, l'Acte uniforme se contente de préciser qu'il peut « émettre des avis ».

En droit comparé, des auteurs ont proposé que certaines attributions soient reconnues au comité d'audit afin de lui permettre d'exercer avec efficacité sa mission. C'est ainsi qu'il a été proposé que, le comité d'audit devrait aussi avoir pour compétences : la mise en place, le contrôle et le suivi du contrôle interne ; un devoir de proposition aux actionnaires relatif au choix des commissaires aux comptes ; la détermination des conditions d'intervention des commissaires aux comptes ; la mise en place d'échanges d'informations avec les autres comités de la société⁵⁸⁰. En outre, il serait préférable que le comité d'audit soit doté d'un budget propre et d'un expert financier comme c'est le cas aux Etats Unis. Comme cela a été précisé à juste titre : « il ne s'agirait pas d'un auditeur supplémentaire, mais d'une personne

⁵⁷⁸ Alinéa 3 de l'article 829-1 de l'AUSCGIE révisé.

⁵⁷⁹ Voir MOUTHIEU M ; commentaires sous l'article 829-1 de l'AUSCGIE révisé.

⁵⁸⁰ HURSTEL Daniel et ali, - « la loi Sarbanes-Oxley doit-elle inspirer une réforme du gouvernement d'entreprise en France ? », Revue des sociétés 2003, p.12.

dont la compétence technique en la matière pourrait éclairer la décision des autres membres »⁵⁸¹.

Dans son essence, le comité d'audit doit mettre en œuvre et soutenir la fonction de contrôle du conseil en revoyant périodiquement les procédures de production des documents financiers, les contrôles internes de la société et l'indépendance de ces commissaires aux comptes. On comprendra alors que, le comité d'audit est une pièce essentielle dans l'exercice de la mission de contrôle car c'est ce comité qui doit en principe procéder au recrutement des auditeurs et apprécier avec eux les résultats des opérations de contrôle. Le comité permet d'empêcher tout versement illicite, et d'assurer que les comptes reflètent véritablement la situation de la société. Au regard de cet aspect, on peut affirmer sans risque de se tromper que le comité d'audit joue un rôle essentiel dans la protection de l'intérêt social.

Le comité d'audit est chargé d'assurer le suivi du processus d'élaboration de l'information financière, de l'efficacité des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques, du contrôle légal des comptes annuels et, le cas échéant, consolidés par les commissaires aux comptes. L'examen des comptes consistera non pas à entrer dans le détail des comptes mais à assurer le suivi des processus qui concourent à leur établissement et d'apprécier la validité des méthodes choisies pour traiter les opérations significatives. Par ailleurs, comme cela a été souligné à juste titre, le comité d'audit joue un rôle important dans le contrôle de l'indépendance et de l'objectivité des commissaires aux comptes ainsi que sur les conditions de leur intervention⁵⁸².

Dans un souci de protection de l'intérêt social, l'article 14.2.2 du code Afep-Medef précise que le comité d'audit doit s'assurer chaque année, que le montant des honoraires versés aux commissaires aux comptes par la société, ou la part des honoraires dans le chiffre d'affaires des cabinets et réseaux des commissaires, ne sont pas de nature à porter atteinte à l'indépendance de ces derniers. Quant à l'article 14.2.1, il précise que dans le cadre du contrôle légal des comptes annuels, il s'agit moins d'entrer dans le détail des comptes que d'assurer le suivi des processus qui concourent à leur établissement et d'apprécier la validité des méthodes choisies pour traiter les opérations significatives ; il préconise par ailleurs que lors de l'examen des comptes, le comité se penche sur les opérations importantes pouvant générer un conflit d'intérêts.

⁵⁸¹ Ibid.

⁵⁸² GREVAIN-LEMERCIER Karine, « le devoir de loyauté en droit des sociétés », Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2013, p. 341.

Il faut dire dans le silence de la loi, que c'est au conseil d'administration qu'il revient de fixer la rémunération des membres du comité qui peut prendre soit la forme d'une rémunération exceptionnelle, soit d'une majoration de jetons de présence. Il s'y agit que, toutes les obligations des membres du conseil d'administration sont applicables aux membres du comité d'audit, notamment : les obligations de loyauté et de confidentialité.

Quant à la responsabilité des membres du comité d'audit, il faut dire qu'en droit comparé, l'article L823.16 précise que : « le comité d'audit agit sous la responsabilité exclusive et collective du conseil d'administration ». L'on a pu s'interroger légitimement, si cette formule signifie que les membres du comité sont exonérés de toute responsabilité spécifique, leurs fautes étant à la charge exclusive des membres du conseil d'administration. Le professeur MERLE, en se fondant sur l'article 41§2 de la Directive CE 2006/43 du 17 mai 2006 sur les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés, soutient que : « la directive n'instaure pas une responsabilité civile du fait d'autrui mais dispose simplement que : « sans préjudice des responsabilités des membres de l'organe d'administration (...), le comité d'audit est notamment chargé des missions suivantes (...) »⁵⁸³. Aussi, si on s'en tient au Rapport AMF⁵⁸⁴, les agissements des membres du comité spécialisé relève de la collectivité des administrateurs, chacun d'entre eux étant présumé avoir commis une faute individuelle, sauf à démontrer qu'il a désapprouvé la décision fautive adoptée par le conseil.

Le même rapport précise, que la responsabilité « exclusive » implique l'absence de responsabilité propre des membres du comité : ces derniers ne sauraient être responsables de leurs actes qu'en leur qualité de membres du conseil et non en qualité de membres du comité spécialisé⁵⁸⁵. On comprendra alors, que « le comité d'audit n'étant pas un organe de gestion, ses membres n'encourent pas de responsabilité pour faute de gestion dans le cadre de ses travaux »⁵⁸⁶.

Cela dit, il convient de mentionner que si la création du comité d'audit est une exigence en droit OHADA, notamment dans les sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne, le comité de rémunération est, par contre, un organe simplement prôné (Paragraphe II).

⁵⁸³ P. MERLE, « les nouvelles responsabilités des comités d'audit », Bull. Joly 2009, p.216.

⁵⁸⁴ Rapport AMF sur le comité d'audit du 22/07/2010, p.14.

⁵⁸⁵ Ibidem.

⁵⁸⁶ F. LEFEBVRE, op.cit., p.591, n°42950.

Paragraphe II : Le comité de rémunération, un organe prôné

Il faut souligner que la création de ce comité n'est pas expressément prévue par le législateur OHADA, mais elle peut être déduite de l'article 437 de l'AUSCGIE révisé aux termes duquel, « le conseil d'administration peut décider la création de comités composés d'administrateurs chargés d'étudier les questions que lui-même ou son président soumet, pour avis, à leur examen ». Il n'en demeure pas moins qu'au regard des exigences de la « corporate governance » des tels comités soient indispensables dans le cadre de la prévention des conflits d'intérêts. En tout état de cause, il faut dire que le comité de rémunération peut ou non cumuler ses fonctions avec celles de comité de nomination. Le comité de rémunération est surtout nécessaire dans les sociétés faisant appel public à l'épargne dans lesquelles la rémunération des dirigeants doit faire l'objet d'un travail préparatoire.

Pour mieux élucider le rôle du comité de rémunération dans la protection de l'intérêt social, il sera de bonne méthode de faire appel au droit comparé dans le silence du législateur OHADA. Pour ce faire, il convient de préciser sa composition en mettant l'accent sur son indépendance (A). Ensuite, il sera question de voir sa mission (B) afin de mettre en lumière la nature de ses propositions.

A- Un organe indépendant, au regard de sa composition

Comme le comité d'audit, le comité de rémunération est un organe indépendant au regard de sa composition. En effet, en droit comparé, l'article 16.1 du code de gouvernance Afep-Medef précise que, le comité ne doit comporter aucun dirigeant social et doit être composé majoritairement d'administrateurs indépendants. On peut rétorquer que cette indépendance n'est que relative, en ce que les membres dudit comité sont nommés par le conseil d'administration. En effet, comme en droit OHADA, l'article R 225-29 alinéa 2, précise aussi que, le conseil d'administration peut décider de la création de comités spécialisés. On comprendra alors que dans ce domaine, ni le président, ni le directeur général, ni les statuts ne sont compétents.

Aussi, qu'il s'agisse de l'article 437 de l'AUSCGIE révisé ou de l'article R 225-29, ils précisent que le conseil fixe également la composition de chaque comité. Ainsi, il peut en choisir librement les membres, qui peuvent être ou non administrateurs ou actionnaires. Généralement, les membres du comité de rémunération sont choisis en fonction de leur compétence. Enfin, c'est le conseil d'administration qui détermine le nombre de membres du comité.

Encore, faut-il préciser la notion d'administrateur indépendant pour rendre compte de l'indépendance du comité de rémunération. C'est au code Afep-Medef qu'il revient le mérite d'avoir précisé cette notion. En effet, aux termes de l'article 8-1 : « un administrateur est indépendant lorsqu'il n'entretient aucune relation de quelque nature que ce soit avec la société, son groupe ou sa direction, qui puisse compromettre l'exercice de sa liberté de jugement »⁵⁸⁷. De façon générale, il faut entendre par administrateur indépendant, non pas seulement l'administrateur non exécutif, c'est-à-dire n'exerçant pas de fonctions de direction de la société ou de son groupe, mais encore dépourvu d'intérêt particulier avec ceux-ci. On comprendra que la présence d'administrateurs indépendants dans le comité de rémunération est un gage de protection de l'intérêt social.

Les codes Afep-Medef et Middlednext, dans un souci de prévention des risques de conflits d'intérêts entre l'administrateur et la direction, la société ou son groupe ont défini des critères permettant de qualifier un administrateur d'indépendant.

⁵⁸⁷ Consultable sur : www.code-afep-medef.com, Code Middlednext : www.middlednext.com.

Ainsi, l'administrateur ne doit pas être salarié ou mandataire social de la société, salarié ou administrateur de sa société mère ou d'une société qu'elle consolide et ne pas l'avoir été au cours des cinq années précédentes⁵⁸⁸. Ensuite, il ne doit pas être client, fournisseur, banquier d'affaires, banquier de financement significatif de la société ou de son groupe, ou pour lequel la société ou son groupe représente une part significative de l'activité. L'administrateur ne doit pas aussi avoir un lien familial proche avec un mandataire social⁵⁸⁹. Aussi, pour le code Afep-Medef, il ne doit pas être l'administrateur de l'entreprise depuis plus de douze ans.

Le code Middlenext ajoute que : l'administrateur ne doit pas être l'actionnaire de référence de la société. Enfin, l'administrateur indépendant ne doit pas être mandataire social d'une société dans laquelle la société détient directement ou indirectement un mandat d'administrateur ou dans laquelle un salarié ou un mandataire social de la société (actuel ou l'ayant été depuis moins de cinq ans) détient un mandat d'administrateur⁵⁹⁰.

Il faut remarquer que pour le code Afep-Medef, s'agissant des administrateurs représentants des actionnaires importants de la société ou de la société mère, ils peuvent être considérés comme indépendants dès lors qu'ils ne participent pas au contrôle de la société. Au-delà d'un seuil de 10% en capital et en droits de vote, il convient que le conseil, sur rapport du comité des nominations, s'interroge systématiquement sur la qualification d'indépendant en tenant compte de la composition en capital de la société et de l'existence d'un conflit d'intérêts potentiel⁵⁹¹.

Ainsi détaillée, la notion d'« administrateur indépendant » tout en permettant d'élucider la mission du comité des rémunérations apparaît comme un gage de prévention des risques des conflits d'intérêts⁵⁹² et par voie de conséquence de protection de l'intérêt social.

On peut constater que l'institution d'un comité de rémunération n'est pas obligatoire, il s'agit d'une simple recommandation du gouvernement d'entreprise. Dans ce cas, comme nous l'avons dit, lorsque la société se réfère volontairement à un code de gouvernement d'entreprise élaboré par les organisations représentatives des entreprises, le rapport annuel du conseil d'administration doit indiquer les dispositions de ce code qui ont été écartées et les

⁵⁸⁸ Cette durée est de trois années pour le code Middlenext.

⁵⁸⁹ Le code Middlenext ajoute « ou un actionnaire de référence ».

⁵⁹⁰ Code Afep-Medef, art.précit.

⁵⁹¹ F.LEFEBVRE, *mémento pratique, sociétés commerciales*, p.517, n° 39372, éd.2011

⁵⁹² Pour une réflexion sur l'utilité et le rôle des administrateurs indépendants, leur nombre optimal et leur responsabilité, Voir : A. VIANDIER, « l'administrateur indépendant des sociétés cotées », RJDA 6/08, p.599.

raisons pour lesquelles elles l'ont été. Il doit aussi indiquer le lieu où ce code peut être consulté⁵⁹³. En droit français également, si une société ne se réfère pas à un tel code, le rapport doit indiquer les règles retenues en complément des exigences requises par la loi et expliquer les raisons pour lesquelles la société a décidé de ne pas appliquer le code de gouvernement d'entreprise⁵⁹⁴.

Au total, on peut remarquer que même si l'Acte uniforme ne prévoit pas de façon expresse l'institution des comités de rémunération à l'instar des comités d'audit, il n'en demeure pas moins que l'exigence prévue à l'article 831-2 alinéa 2 de l'Acte uniforme semble contraindre le conseil d'administration à les instituer. Au demeurant, un tel comité est indispensable dans la prévention des conflits d'intérêts et assure une protection supplémentaire à l'intérêt social.

Ainsi détaillé, il convient de préciser la mission du comité de rémunération afin d'élucider la nature des décisions qu'il serait appelé à prendre (B).

⁵⁹³ Cette règle a été reprise en droit OHADA à l'article 831-2 alinéa 2 de l'AUSCGIE révisé, mais seulement pour les sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne.

⁵⁹⁴ Articles L 225-37 alinéa 9 et L 225-68 alinéa 8.

B- Le comité de rémunération, un organe aux décisions peu contraignantes au regard de sa mission

Le rôle principal du comité des rémunérations consiste à veiller à ce que le conseil fixe la rémunération des dirigeants de façon professionnelle mais surtout objective⁵⁹⁵. Ainsi, son rôle n'est pas de fixer la rémunération des dirigeants qui relève de la compétence exclusive du conseil d'administration, mais de le conseiller en plaçant le conseil dans les meilleures conditions pour déterminer l'ensemble des rémunérations des président, directeur général et directeurs généraux délégués comprenant le salaire de base, la partie variable, les plans de stock options, les avantages en nature, de prévoyance ou de retraite et les clauses contractuelles d'indemnité de départ⁵⁹⁶.

Si le comité de rémunération est un organe jouissant d'une relative indépendance, il n'en demeure pas moins que, les décisions qu'il prend ne sont pas contraignantes. En effet, le comité de rémunération fait essentiellement des recommandations ou propositions au conseil d'administration dans des domaines bien précis.

C'est ainsi, qu'il peut faire des propositions sur la politique de rémunération globale des dirigeants de la société. Il peut, à cet effet, proposer au conseil le type et le mode de calcul de rémunérations de ces dirigeants en se référant au besoin à un faisceau d'indices. Il peut aussi faire des propositions sur le plan de souscription ou d'achat d'actions ou d'attributions gratuites d'actions.

Par ailleurs, le comité de rémunération peut procéder à l'examen de toutes les dispositions relatives aux retraites et à la prévoyance des dirigeants ; et de façon générale, à toute question que lui soumet le président ou le conseil d'administration en matière de rémunération des dirigeants⁵⁹⁷. On comprendra alors que, le comité de rémunération intervient en priorité sur toute question liée de près ou de loin à la rémunération. Il apparaît comme un organe de rationalisation de l'utilisation du patrimoine de la société commerciale. Il permet d'éviter que les dirigeants sociaux s'octroient des avantages colossaux au détriment de la société.

Dans le même ordre d'idées, le comité de rémunération peut intervenir à propos des indemnités de fin de carrière ou de cessation des fonctions des dirigeants. Il peut, à la

⁵⁹⁵ Voir Recommandation de la commission européenne du 15 février 2005, L/52/53.

⁵⁹⁶ Voir AFEP-MEDEF, code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées (Code AFEP MEDEF), op.cit., p.18, n°18, n°18.3.

⁵⁹⁷ F.LEFEBVRE, mémento pratique, sociétés commerciales, p.587, n°42825, éd.2011

demande du conseil d'administration, faire appel à des experts extérieurs pour toute étude ou analyse portant sur les rémunérations des mandataires sociaux de sociétés comparables relevant du même secteur d'activité que celui de la société⁵⁹⁸. La possibilité de faire appel aux experts extérieurs permet au comité de prendre des recommandations éclairées et en connaissance de cause. Ainsi, les recommandations du comité de rémunération permettront au conseil d'administration d'être pleinement informé et de faciliter ainsi ses délibérations.

En droit comparé, il a été prévu de créer un comité des rémunérations dans les sociétés anonymes excédant certains seuils de chiffre d'affaires et d'effectifs à fixer par décret⁵⁹⁹. Cette proposition s'inscrit dans la droite ligne des règles définies pour le comité d'audit. La composition de ce comité serait fixée par le conseil d'administration. Le comité ne pourrait comprendre que des membres du conseil d'administration de la société concernée, à l'exclusion de ceux exerçant des fonctions de direction. Un membre au moins du comité devrait être indépendant au regard des critères précisés et rendus public par le conseil d'administration.

On notera au regard de sa mission, que le comité de rémunération constitue un outil indispensable de protection du patrimoine qui peut être institué tant dans les sociétés commerciales faisant publiquement appel à l'épargne, que dans les sociétés commerciales dont les titres ne sont pas admis à la bourse.

Il faut remarquer que, le comité de rémunération mis en place par le conseil d'administration, peut seulement faire des propositions au conseil, qui reste libre de les entériner⁶⁰⁰, de les modifier, ou de les refuser. On comprendra alors que, le comité de rémunération serait chargé de préparer les décisions du conseil d'administration sur les rémunérations des mandataires sociaux, notamment en formulant des recommandations sur la politique de rémunération, en particulier sur la définition et la mise en œuvre des règles de fixation des éléments variables de la rémunération et des avantages de toute nature qui leur sont accordés⁶⁰¹. Comme pour le comité d'audit, le comité de rémunération agirait sous la responsabilité exclusive et collective des membres du conseil d'administration.

⁵⁹⁸ F.LEFEBVRE, op.cit, p.587, n°42830.

⁵⁹⁹ Loi du 20 octobre 2009, AN n°1896, adoptée n°355.

⁶⁰⁰ Mais de se contenter d'y faire une simple référence : cass.com, 11 octobre 2005, D.2005, AJ, 2743, note A. Lienhard ; RTD com., 2006, p.133, obs. P. LE CANNU.

⁶⁰¹ F. LEFEBVRE, op.cit., p. 588, n°42905.

Cela étant élucidé, il convient dans le cadre de la protection de l'intérêt social, étudier les mécanismes conventionnels (Section II). En effet, nous avons étudié ci-haut, que l'Acte uniforme après avoir consacré certains principes du gouvernement d'entreprise, leur conférant ainsi un caractère légal, il a également reconnu la possibilité pour les associés de conclure des conventions en vue d'organiser le fonctionnement de la société. Nous avons à cet effet, fait cas des pactes d'actionnaires, nous allons pour plus de commodité, étudier dans les lignes qui suivront, non pas les conventions visant à contrôler l'entrée et la sortie des actionnaires, mais plutôt celles qui permettent la sortie en cas de mésentente préjudiciable à l'intérêt de la société.

Section II : La protection à travers les mécanismes conventionnels

Il est longtemps admis par la doctrine et par la jurisprudence que les associés peuvent par des conventions qu'ils concluent éviter en cas de disparition de l'affectio societatis de l'un d'eux, la disparition de la société commerciale, vue comme une entité économique.

En effet, on est passé de la conception contractualiste à la conception institutionnaliste de la société commerciale. La société commerciale n'est plus regardée comme la somme des intérêts de ses membres, mais comme une entité dotée de la personnalité morale disposant d'un intérêt qui transcende les intérêts des associés.

Ainsi, pour éviter des conflits pouvant affecter la pérennité de la société commerciale en bloquant son fonctionnement, les associés sont enclins à conclure diverses conventions. Les exemples ne manquent pas : deux groupes d'actionnaires devenus antagonistes bloquent toute décision qui permettrait de reconstituer le conseil d'administration ; les dirigeants refusent pendant de très nombreuses années toute distribution des dividendes ; ou encore, un actionnaire disposant d'une minorité de blocage en assemblée générale extraordinaire interdit toute modification statutaire, pourtant indispensable à la survie de la société, etc⁶⁰². Si elles sont bien utilisées, ces conventions peuvent constituer un pan supplémentaire à la protection de l'intérêt social, en ce qu'elles évitent assez souvent la disparition de la société.

C'est fort de ce constat que les associés peuvent être amenés, soit à recourir aux conventions d'exclusions (Paragraphe I), soit encore à utiliser les conventions de retrait (Paragraphe II).

⁶⁰² KONE M. et autres, art.précit.p.1.

Paragraphe I : Le recours à la convention d'exclusion, un moyen de protection de l'intérêt de la société

Il est fréquent que les associés recourent à des conventions d'exclusions. Les conventions d'exclusions permettent de se débarrasser d'un associé dont le comportement ne plus compatible avec l'intérêt de la société. Leur mise en œuvre permet de faire perdre à l'associé sa qualité. C'est pourquoi, la jurisprudence s'était montrée réticente face à ces clauses, le droit de rester associé étant un droit fondamental en droit des sociétés commerciales.

Mais quoiqu'il en soit, la convention d'exclusion est un véritable moyen de protection de la société et permet d'assurer à cette dernière une certaine stabilité. C'est pourquoi, il apparaît nécessaire de présenter la procédure d'exclusion (A). Ensuite, il sera question de confronter le pouvoir d'exclure un associé avec le droit de rester associé (B).

A- L'encadrement de la procédure d'exclusion

Afin d'éviter qu'un conflit ne révèle la disparition de l'affectio societatis, et par voie de conséquence, entraîner la dissolution de la société commerciale, les associés pour se prémunir peuvent conclure des conventions d'exclusion. En effet, il peut se faire qu'en cours de vie sociale un associé devienne insupportable, et gênant par là même le bon fonctionnement de la société. Pour se prémunir contre cette éventualité, il est constant que les actionnaires concluent une clause d'exclusion.

La clause d'exclusion peut être définie comme étant celle qui permet aux associés d'exclure l'un d'entre eux si certains événements surviennent ou encore si certaines qualités justifiant sa présence en société disparaissent (manquement à des obligations, fin d'un partenariat exclusif, non atteinte des objectifs fixés...) ⁶⁰³. On comprendra alors que, la conclusion d'une clause d'exclusion permet d'éviter la disparition de la société qui ne serait pas voulue par l'ensemble des associés, et ainsi préserver l'affectio societatis entre ceux des associés désireux de continuer l'exploitation de la société.

En droit OHADA, ce sont les articles 853-19 et suivants relatifs aux sociétés par actions simplifiées de l'Acte uniforme qui traitent du régime de la clause d'exclusion. En effet, aux termes de l'article 853-19 : « dans les conditions qu'ils déterminent, les statuts peuvent prévoir qu'un associé peut être tenu de céder ses actions ; les statuts peuvent également prévoir la suspension des droits non pécuniaires de cet associé tant que celui-ci n'a pas procédé à cette cession ». On notera ici, que l'Acte uniforme laisse la latitude aux actionnaires d'organiser la procédure d'exclusion, notamment les causes et les modalités. Les statuts doivent également prévoir les modalités de calcul du prix de rachat des actions. L'article 853-19-1 qui sanctionne la violation de ces clauses frappe de nullité les cessions irrégulières.

La possibilité d'exclure un associé se trouve également inscrite dans l'article 853-20 de l'Acte uniforme. En effet, aux termes de cet article : « les statuts peuvent prévoir que la société associée dont le contrôle est modifié doit, dès cette modification, en informer la société. Celle-ci peut décider, dans les conditions fixées par les statuts, de suspendre l'exercice des droits non pécuniaires de cet associé et de l'exclure ». Il s'y ajoute que, cette disposition est applicable à l'associé qui a acquis cette qualité à la suite d'une opération de fusion, de scission ou de dissolution. On peut constater que dans l'un ou dans l'autre cas, l'Acte uniforme exige que les conventions d'exclusion soient prévues dans les statuts. On peut donc

⁶⁰³ KONE M. et autres, art.précit.p.9.

douter qu'une clause d'exclusion puisse être insérée en cours de vie sociale. Dans l'affirmative, la décision nécessiterait une modification des statuts dont la compétence n'est reconnue qu'à l'assemblée générale extraordinaire.

Il convient aussi en matière de clauses d'exclusion de faire cas de l'article 269-6 de l'Acte uniforme qui traite de la variabilité du capital qui précise que : chaque associé peut se retirer de la société à tout moment et qu'il peut être stipulé que l'assemblée générale ou la collectivité des associés a le droit de décider, à la majorité fixée par les statuts, que l'un ou plusieurs des associés cessent de faire partie de la société. On comprendra que, cet article consacre la possibilité d'exclure un ou plusieurs associés, à conditions que cette possibilité soit prévue dans les statuts, qu'elle intervienne dans les conditions fixées par ces derniers.

La violation des règles de majorité fixées dans les statuts est la nullité des décisions ou délibérations prises. Il s'y ajoute, que l'associé qui cesse de faire partie de la société, soit par l'effet de sa volonté, soit par suite de la décision de l'assemblée générale ou de la collectivité des associés, reste tenu, pendant cinq ans, envers les associés et envers les tiers, de toutes les obligations existant au moment de son retrait. Toutefois, il n'est tenu que dans la limite des sommes qui lui ont été restituées avant son départ.

Les clauses d'exclusion peuvent être un moyen efficace de protection de l'intérêt social à condition que sa rédaction soit bien soignée. Ainsi, l'on a pu relever à juste titre⁶⁰⁴ que : la clause qui prévoit l'exclusion d'un associé qui n'a pas informé la société en cas de changement de contrôle ne fait que sanctionner le non respect de la procédure d'information et ne permet pas d'exclure un associé dont le contrôle a été modifié et qui a respecté cette procédure.

Pour mieux encadrer les clauses d'exclusion, l'Acte uniforme vient combler les éventuelles lacunes liées à la rédaction de ces dernières. En effet, l'article 853-21 prévoit que : lorsque les statuts ne précisent pas les modalités du prix de cession des actions lorsque la société met en œuvre ces clauses, ce prix est fixé par accord entre les parties ou, à défaut, déterminé par un expert désigné, soit selon les clauses des statuts de la société, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par décision de la juridiction compétente dans le ressort de laquelle est situé le siège social, statuant à bref délai. En outre, l'alinéa 2 précise que : « lorsque les actions sont rachetées par la société, celle-ci est tenue de les céder dans un délai de six mois

⁶⁰⁴ M. MOUTHIEU Njandeu, commentaires sous l'article 853-19 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique révisé.

ou de les annuler. Ainsi, en cas de rachat par la société, celle-ci a deux options : soit céder les actions dans un délai de six mois, soit les annuler. Il s'agit à travers cette disposition d'éviter l'auto détention du capital par la société elle-même, ou la pratique du capital-papier. Les frais d'expertise sont supportés selon les cas, soit par les parties, soit par la société.

Enfin, il faut remarquer que l'adoption ou la modification de ces clauses sont soumises à un régime strict. En effet, il s'infère de l'article 853-22 de l'AUSCGIE que ces clauses ne peuvent être adoptées ou modifiées qu'à l'unanimité des associés tout en déclarant nulles, les délibérations ou décisions prises en violation de cette prescription. Au demeurant, ces dispositions ne sont pas applicables aux sociétés ne comprenant qu'un seul associé. L'encadrement strict du régime des clauses d'exclusion contribue indéniablement à la protection de l'intérêt social.

En droit comparé, les articles 334 (pour les SPRL) et 636 (pour les SA) du code des sociétés prévoient qu'un ou plusieurs associés, possédant ensemble des actions, représentant 30% des voix attachées à l'ensemble des actions existantes ou dont la valeur représente 30% du capital de la société peuvent demander en justice, pour de justes motifs, qu'un associé cède ses parts aux demandeurs⁶⁰⁵.

Toutefois, les demandeurs ne peuvent être ni la société concernée elle-même, ni une de ses filiales. En effet, le mécanisme a pour vocation d'assurer la protection de la société contre un actionnaire jugé nuisible pour elle, en réalisant ce qui peut véritablement être comparé à une expropriation d'utilité privée⁶⁰⁶.

En jurisprudence, il a été précisé que : « quelle que soit la forme juridique du groupement, les tribunaux sont compétents pour apprécier la réalité des motifs d'exclusion et leur gravité, et vérifier que l'exclusion n'est pas abusive »⁶⁰⁷. Toutefois, l'associé qui a été exclu sans avoir pu s'expliquer ne peut pas obtenir la nullité de la décision d'exclusion pour violation des droits de la défense⁶⁰⁸ ; la nullité des actes ou des délibérations des organes d'une société ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du droit des sociétés ou des lois qui régissent les contrats, lesquels n'incluent pas le respect des droits de la défense. Il a même

⁶⁰⁵ DEMOULIN Pierre, « conflits entre associés (exclusion et retrait) », espace entreprises, p.1 consultable sur : [http : //entreprise.barreaudeliege.be](http://entreprise.barreaudeliege.be)- décembre 2010.

⁶⁰⁶ DEMOULIN P., art. précit. p.1.

⁶⁰⁷ Cass.civ., 8/11/1976 : Revue sociétés 1977, p.285 note C. ATIAS ; Cass.civ., 25/5/1992 : Bull. Joly 1992 p.785 note M. JEANTIN ; Cass.com., 21/10/1997 : RJDA 1/98 n°67.

⁶⁰⁸ Cass.com., 13/7/2010 n°09-16.156 : BRDA 15-16/10 inf.2.

été jugé depuis que : « l'associé ne peut pas imposer la présence d'un avocat à ses côtés lors de la réunion de l'assemblée prononçant son exclusion, celle-ci n'étant pas un organisme juridictionnel »⁶⁰⁹.

Ainsi détaillé, il convient de voir la difficile conciliation du pouvoir d'exclure un associé avec le droit de rester associé (B).

⁶⁰⁹ Cass.com., 10/5/2006 n°609 : RJDA 10/6 n°1028.

B- La difficile conciliation du pouvoir d'exclure un associé avec le droit de rester associé

Quoiqu'utile pour le maintien de la société, la jurisprudence, notamment en France, se montre réserver quant à la validité de la clause d'exclusion. Cela se justifiait par l'absence d'un fondement légal à l'exclusion. Exceptionnellement cependant, le Tribunal de Poitiers⁶¹⁰ avait dans une espèce, prononcé l'exclusion d'un associé pour cause de mésentente plutôt que de prononcer la dissolution de la société. Par ce jugement, le tribunal a privilégié l'intérêt social à l'intérêt particulier de l'associé.

Aussi, l'exclusion d'un associé peut révéler la disparition de l'affectio societatis qui implique la volonté des associés à collaborer au succès de la société, toute chose qui en principe doit entraîner la dissolution de la société. En effet, aux termes de l'article 200-5 de l'AUSCGIE révisé : « la société prend fin par la dissolution anticipée prononcée par la juridiction compétente, à la demande d'un associé pour justes motifs, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé ou de mésentente entre associés empêchant le fonctionnement normal de la société ». En guise d'illustrations, il a été jugé que : « l'abandon, par le gérant d'une SARL, de ses fonctions statutaires, constitue un manquement à ses obligations d'associé, lequel justifie la dissolution de la société »⁶¹¹. La demande doit être appréciée en fonction de l'intérêt social pour en déduire le juste motif⁶¹².

En outre, celui qui entend solliciter la dissolution de la société ne doit pas avoir provoqué la mésentente sur laquelle il s'appuie pour la demander. Il doit apporter la preuve des justes motifs pour que son action prospère⁶¹³. Il faut préciser aussi que : « la dissolution pour juste motif ne peut être prononcée que par un jugement sur le fond et non par une ordonnance de référé »⁶¹⁴. Enfin, « dès qu'une société est en cessation des paiements, il n'est plus à démontrer que l'affectio societatis de certains associés fait défaut pour faire prononcer la dissolution »⁶¹⁵. La validité des clauses d'exclusions se justifie davantage par l'impératif de préservation de la société en évitant autant que faire se peut sa disparition.

En tout état de cause, pour être valables, la jurisprudence exige que les clauses d'exclusions soient clairement définies, qu'elles désignent l'organe compétent pour prononcer l'exclusion

⁶¹⁰ 30 juin 1975.

⁶¹¹ TPI Abidjan, jugement n°80 du 12 avril 2001 : Ecodroit n°10, 2002,p.79 : Ohadata J-02-96.

⁶¹² CA Ouagadougou, ch.civ. et com., arrêt n°40 du 20 mai 2003 : Ohadata J-04-365.

⁶¹³ CA Abidjan, arrêt n°1048 du 20 juillet 2001 : Ohadata J-04-103.

⁶¹⁴ CA d'Abidjan, ch.civ et com., 5^{ème} ch., arrêt n°86 du 16 janvier 2001 : Ohadata J-02-117.

⁶¹⁵ TPI Niamey, jugement civil n°027 du 20 janvier 1999 : Ohadata J-04-74.

et qu'elles prévoient une contrepartie financière pour l'associé exclu qui doit obtenir le remboursement de ses droits sociaux à un juste prix⁶¹⁶. C'est ainsi qu'un arrêt a donné plein effet à la clause des statuts de la SA prévoyant que : « l'actionnaire qui perd définitivement la qualité de salarié de la société perd simultanément sa qualité d'associé »⁶¹⁷. Il en est ainsi de la validité de la clause prévoyant « l'exclusion d'un associé au cas où celui-ci cesserait d'être commerçant ou s'il ne délivrait pas à ses clients un nombre suffisant de timbres primes »⁶¹⁸.

Mais la validité des clauses d'exclusions n'a été reconnue de façon expresse et incontestable qu'en 1994 par la chambre commerciale, lorsqu'elle avait estimé que : « les statuts de la société ne prévoyant pas la possibilité d'exclure un actionnaire les juges du fond ont estimé à bon droit que la société n'était pas fondée à ordonner la cession forcée de leurs titres par les deux actionnaires ayant fait l'objet d'une prise de contrôle interne »⁶¹⁹. La Cour d'Appel de Paris est venue préciser qu'en cours de vie sociale une décision unanime des associés est nécessaire pour insérer une clause d'exclusion⁶²⁰.

On remarquera que, le législateur OHADA a entendu consacrer les solutions retenues en jurisprudence. La soumission des clauses d'exclusion à un régime juridique strict en droit OHADA est un gage supplémentaire pour éviter les exclusions arbitraires. Tel que prévu en droit OHADA, le régime des clauses d'exclusion apparaît comme un excellent conciliateur entre le pouvoir d'exclure et le droit de rester associé.

Enfin, on remarquera qu'en droit OHADA, la validité des clauses d'exclusion est consacrée dans des dispositions légales précises. En ce qui est de la licéité de ces clauses, elle est évidente que si la société est analysée comme un organisme institutionnel dont le fonctionnement harmonieux et la survie supposent une prédominance absolue de l'intérêt collectif et la subordination totale à ce dernier des intérêts individuels des membres qui la compose⁶²¹. De ce fait, une rupture d'égalité entre associés ou l'exclusion d'un associé est justifiée pour l'unique raison qu'elle est conforme à l'intérêt social, lequel est souverainement apprécié par la majorité des associés sous la seule réserve de l'abus du droit de vote. Il s'y

⁶¹⁶ La validité des clauses d'exclusion prévue dans les statuts semble avoir été affirmée dans un arrêt de la Cour de cassation en date du 10 avril 1854 dans lequel elle fait remarquer que : « le défendeur avait été exclu en exécution des accords sociaux ».

⁶¹⁷ CA de Paris, 12 avril 1996.

⁶¹⁸ CA de Paris, 18 novembre 1893.

⁶¹⁹ Cass.com, 13 décembre 1994, JCP 1995, éd. E, I. 447, obs., A. VIANDIER et J.J. CAUSSAIN.

⁶²⁰ C.A de Paris, 27 mars 2001, RTDJA/10/01, n°973.

⁶²¹ F. LEFEBVRE, op.cit., p.84, n°3412.

ajoute que, l'exclusion d'un associé ne constitue pas une atteinte à un droit fondamental puisque s'il est interdit d'imposer à une personne de céder ses droits, il ne lui est pas défendu d'y renoncer, sous réserve de l'ordre public⁶²², ce que nous étudierons dans la partie qui suivra. Le droit d'exclure a son pendant, le droit de retrait.

Ainsi, la clause d'exclusion étant détaillée, il convient de voir la clause de retrait (Paragraphe II).

⁶²² F.LEFEBVRE, op.cit., p.84, n°3412.

Paragraphe II : Le recours à la clause de retrait, un moyen de protection de l'intérêt de l'associé

A l'opposé de la clause d'exclusion, dont la mise en œuvre est à l'initiative des autres associés, la clause de retrait quant à elle, est une initiative de l'associé qui souhaite se retirer de la société. Lorsque toutes les précautions ont été prises lors de son insertion, sa mise en œuvre ne doit pas en principe poser des problèmes. A l'inverse, lorsque rien n'est prévu la mise en œuvre de la clause de retrait peut s'avérer délicate.

Il convient tout de suite de mentionner que la validité des clauses de retrait en droit OHADA est déduite de l'article 269-6 de l'Acte uniforme relatif à la variabilité du capital, aux termes duquel : « A moins de conventions contraires et sauf application du premier alinéa de l'article 269-5⁶²³ ci-dessus, chaque associé peut se retirer de la société à tout moment ». Elle peut aussi être déduite implicitement des dispositions autorisant les clauses d'exclusion dans les sociétés par actions simplifiées et de l'article 2-1 de l'Acte uniforme. En effet, s'il est possible d'exclure un associé, il n'y aurait aucun obstacle d'ordre logique à ce que l'associé puisse se retirer volontairement de la société. En l'absence d'un régime juridique comparable à celui des clauses d'exclusion, il convient de convoquer le droit comparé.

Ainsi, pour mieux mettre en exergue la clause de retrait, il convient tout d'abord de présenter sa procédure (A). Ensuite, sera soulignée sa délicate mise en œuvre lorsque la clause n'a pas été suffisamment anticipative (B).

⁶²³ Cet alinéa dispose que : « les statuts déterminent une somme au-dessous de laquelle le capital ne peut être réduit par les reprises des apports autorisés par l'article 269-1 ci-dessus ». Quant à l'article 269-1, il dispose que : « Par dérogation aux dispositions du présent Acte uniforme, les statuts des sociétés à capital variable organisent les modalités de souscription, de libération et de reprise des apports ».

A- L'encadrement de la procédure de retrait

La procédure de retrait encore appelée procédure de rachat forcé intervient lorsqu'un associé souhaite que les autres lui reprennent ses parts. Il s'agit dans cette procédure pour l'associé, d'obtenir la condamnation d'un des autres actionnaires à lui racheter tous ces titres. En droit des sociétés commerciales OHADA, il convient de souligner que par application sur renvoi, toutes les dispositions prévues en matière d'exclusion sont applicables, lorsque la clause de retrait est prévue dans les statuts. A cet effet, nous nous insisterons ici sur les hypothèses où aucune stipulation contractuelle ne prévoit le retrait, et que c'est l'associé lui-même qui décide de quitter la société.

Ainsi, comme cela a été souligné à juste titre⁶²⁴, sans préjudice des droits des tiers, un associé doit pouvoir se retirer totalement ou partiellement de la société, dans les conditions prévues par les statuts, ou, à défaut, après une autorisation donnée par une décision unanime des autres associés. Mais le plus souvent la procédure de retrait intervient pour justes motifs par une décision de justice. Ainsi, l'associé qui se retire a droit au remboursement de la valeur de ses droits sociaux⁶²⁵.

Conformément à une jurisprudence établie, les statuts peuvent valablement prévoir que, préalablement à une demande de retrait judiciaire pour justes motifs, un associé sera tenu de proposer aux autres associés de leur céder ses parts.

Il apparaît clairement que s'il « s'agit en matière d'exclusion d'évincer un actionnaire dont le maintien de la présence peut paraître préjudiciable pour la continuité de l'entreprise, le demandeur en retrait, entend, pour sa part, se désintéresser totalement et définitivement du sort de l'entreprise »⁶²⁶. Comme cela a été dit, il s'agit dans le premier cas de protéger les intérêts de la société alors que dans le second, c'est la protection des intérêts de l'associé sortant qui est poursuivie. Le lien avec la protection de l'intérêt social résulte dans le fait que le retrait de l'associé peut être justifié par un juste motif dont les autres associés sont à l'origine.

En droit comparé, les articles 340 (pour les SPRL) et 642 (pour les SA) du code des sociétés indiquent que tout associé peut, pour de justes motifs, demander en justice que les associés à l'origine de ces justes motifs reprennent toutes ses parts, ainsi que les obligations convertibles

⁶²⁴ KONE M. et autre., art.précit.,p.10.

⁶²⁵ Ibidem.

⁶²⁶ KONE M. et autres, art.précit.p.10.

en actions ou les droits de souscription qu'il détient. C'est donc ici, l'intérêt de l'associé désirant se retirer qui est pris en considération⁶²⁷.

Cela dit, il faut surtout scruter la délicate appréciation des justes motifs et la problématique de l'évaluation des parts (B).

⁶²⁷ DEMOULIN P., art. précit. p.1.

B- La délicate appréciation des justes motifs et la problématique de l'évaluation des parts

Comme on pourra le constater, en droit comparé, l'action en exclusion ou en retrait forcé ne sera déclarée fondée qu'en présence de justes motifs reconnus appréciés au cas par cas, considérés comme suffisamment graves. La tendance jurisprudentielle est de se montrer, plus que par le passé, attentive à l'examen des motifs et de leur caractère juste⁶²⁸.

Dans le cadre de l'action en exclusion, le critère est celui du comportement de nature à nuire aux intérêts de la société, au point tel que la qualité de l'associé ne puisse davantage être conservée. Cela se justifie par le souci d'assurer la protection de la société commerciale considérée comme une entité économique et dont la dissolution peut être préjudiciable pour l'économie.

A l'inverse, les justes motifs pris en considération dans le cadre d'une procédure de retrait forcé sont examinés sous l'angle de l'intérêt de l'associé demandeur. Même là, il convient de constater que le juste motif qui serait mis en avant pour demander le retrait devrait avoir été provoqué par les autres associés, ce qui contribue à protéger l'intérêt social et faciliter la sortie au demandeur en retrait.

L'appréciation peut s'avérer délicate dans certaines hypothèses. En effet, dans l'hypothèse d'actions croisées (une action en exclusion combinée avec une action reconventionnelle en retrait forcé, ou l'inverse) le magistrat examinera quel est l'associé dont le maintien servira le plus les intérêts de la société et assurera la continuité de celle-ci. On comprendra alors que, ici, c'est le souci de protéger l'intérêt social qui est mis en avant.

Aussi, qu'il s'agisse de l'exclusion et de retrait forcé, l'évaluation des parts peut s'avérer délicate. En effet, si les justes motifs sont établis et reconnus par le magistrat, la partie succombante sera condamnée à acquérir les parts d'autrui (action en retrait forcé) ou à céder ses parts (action en exclusion), qui feront le plus souvent l'objet d'une expertise par un réviseur d'entreprise nommé par le tribunal.

La date prise en considération pour cette évaluation pourra notamment être, en fonction du cas d'espèce et de l'habileté des plaideurs, l'origine des difficultés entre les actionnaires, la citation en justice, l'introduction de la procédure, le prononcé du jugement désignant l'expert, ou encore la date du dépôt du rapport de l'expert. Le comportement fautif d'un associé, ayant

⁶²⁸ Ibidem.

engendré une chute de la valeur des titres, pourra aussi être pris en considération dans le cadre de la fixation de la date de leur évaluation.

A cela s'ajoute la difficulté du choix des méthodes d'évaluation devant être utilisées par l'expert le cas échéant désigné, dès lors que bien souvent, la mission de celui-ci ne comporte aucune directive à cet égard.

Conclusion de la première partie

En guise de conclusion à cette première partie, il convient de remarquer que, l'examen des dispositions de l'Acte uniforme permet de se rendre compte de l'existence des mécanismes inspirés, pour la plupart, des principes de la « corporate governance » et, qui contribuent indirectement à protéger l'intérêt social. En effet, en droit OHADA, ces mécanismes ont reçu une consécration légale puisque consacrés par l'Acte Uniforme. Il ne s'agit plus donc des simples recommandations comme c'est le cas des principes de l'OCDE.

On a pu relever des mécanismes qui visent à assurer la transparence de la gestion sociale. Ainsi, en vue d'éviter une gestion opaque, le législateur OHADA a entendu renforcer le droit à l'information des associés. En effet, ne participant pas directement à la gestion sociale, ceux-ci ont besoin d'être éclairés sur toutes les questions concernant la gestion. En plus de l'information, le législateur OHADA a aussi institué des mécanismes de contrôle au profit des associés. Cela permet à ces derniers de contrôler la gestion des dirigeants, qui sans ces mécanismes, pourraient être enclins à agir dans leur intérêt personnel en sacrifiant l'intérêt de la société.

Dans la même perspective, le législateur a tenté de rééquilibrer les pouvoirs dans les sociétés anonymes. Ainsi désormais, les pouvoirs du conseil d'administration sont bien définis afin d'éviter qu'il y ait d'empiètements de compétences entre les différents organes de la société. Il y'a désormais, une nette clarification de la mission du conseil d'administration et une redéfinition claire des pouvoirs des organes de gestion. Tous ces éléments militent en faveur de la transparence de gestion sociale et de la protection de l'intérêt social. Aussi, le législateur OHADA a-t-il entendu instituer une sorte d'omniprésence des commissaires aux comptes. En effet, il y'a dans l'Acte uniforme révisé un renforcement de la mission des commissaires aux comptes qui milite en faveur de la protection de l'intérêt social. Aussi, afin d'éviter que ces derniers ne tombent eux-mêmes dans un conflit d'intérêts, le législateur OHADA a pris le soin d'étendre les incompatibilités des commissaires aux comptes.

Ensuite, d'autres mécanismes orientés vers la protection du patrimoine de la société peuvent contribuer à la protection de l'intérêt social. En effet, il faut éviter que les dirigeants fassent des prélèvements ou utilisent les biens ou l'argent de la société à des fins personnelles. C'est ainsi que, le législateur OHADA a prévu des dispositions strictes en cette matière, en vue de contrôler les conventions passées par la société avec ses dirigeants. Si certaines conventions au regard du danger qu'elles représentent pour le patrimoine de la société, sont purement et

simplement interdites, d'autres par contre, sont permises mais soumises à autorisation selon un double degré dans les sociétés anonymes avec conseil d'administration. D'abord, par le conseil d'administration, ensuite par l'assemblée générale sur rapport spécial du commissaire aux comptes.

Aussi, la situation des dirigeants se trouve-elle contrôlée dans un souci de protection de la société. Les associés jouent un rôle important dans la fixation de la rémunération des dirigeants qui peut être décidée soit dans les statuts, soit prévue par une décision des associés. Le principe de la fixation de la rémunération par les associés permet d'éviter que les dirigeants s'octroient des sommes colossales au détriment de la société. L'Acte uniforme exige dans certains cas, l'intervention du commissaire aux comptes pour la détermination des rémunérations. Une telle précaution est salubre, en ce qu'elle permet aux actionnaires d'être éclairés sur les aspects techniques des sommes versées. C'est pourquoi, même les rémunérations exceptionnelles doivent faire l'objet d'un rapport spécial du commissaire aux comptes. L'on a pu s'interroger dans cette partie, s'il faut ou non considérer les rémunérations comme étant des conventions et souligner l'opportunité ou non de les soumettre à la procédure des conventions réglementées

Dans la même logique, le cumul du contrat de travail avec un mandat social fait l'objet en droit OHADA des sociétés commerciales d'une rigoureuse réglementation. Ainsi, après avoir posé les conditions d'un tel cumul, le législateur OHADA exige à ce que le contrat de travail soit soumis à la procédure des conventions réglementées. Nous avons au cours de cette partie fait cas des nombreuses décisions auxquelles le cumul a donné lieu tant en droit OHADA, qu'en droit comparé.

De même, le souci de protéger l'intérêt social par la prévention des conflits d'intérêts, a conduit le législateur à limiter le cumul de mandats sociaux. A travers, ces dispositions, le législateur entend éviter qu'un administrateur jouissant de plusieurs mandats, ne se consacre pas efficacement à sa mission de contrôle de gestion ou prioriser l'une des sociétés au détriment des autres.

Si les mécanismes relevés sont pour une grande part consacrés dans l'Acte Uniforme, il n'en demeure pas moins que, le législateur reconnaît la possibilité pour les associés de recourir à des mécanismes complémentaires. Ainsi, les associés sont autorisés à recourir à des pactes d'actionnaires dont l'essence peut contribuer à la protection de l'intérêt social et assurer une certaine stabilité à l'actionnariat. En effet, depuis la réforme de l'Acte Uniforme, les pactes

d'actionnaires ont eu une consécration légale avec l'article 2-1. Les pactes d'actionnaires peuvent porter soit sur les droits de vote, soit sur la négociabilité des titres. Des tels mécanismes constituent indéniablement un instrument précieux de protection de l'intérêt social et de stabilisation de l'actionnariat.

Dans le même ordre d'idées, l'Acte uniforme consacre la possibilité pour les sociétés commerciales de faire recours aux codes de bonne conduite. Si le recours aux codes de bonne gouvernance est purement volontaire dans les sociétés commerciales, l'article 831-2 de l'Acte uniforme semble les y obliger, surtout lorsqu'elles font appel public à l'épargne comme nous l'avons relevé dans le développement. L'on a soulevé à juste raison, la problématique de la valeur juridique des codes de bonne conduite. A cet effet, l'on a relevé à juste titre, la multiplicité des sources, mais aussi la diversité des sanctions liées à la violation des codes de bonne conduite.

Par ailleurs et pour finir, le législateur autorise les associés à recourir aux organes supplémentaires de surveillance à côté des organes légaux de contrôle. C'est ainsi que, des comités spécialisés peuvent être mis en place par le conseil d'administration. Si certains comités sont obligatoires dans les sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne (comité d'audit), d'autres par contre, sont purement facultatifs (comité de surveillance, comité de rémunérations, comité de nominations). La reconnaissance de ces comités ne pas l'apanage du droit OHADA, il s'agit d'une recommandation de la « corporate governance ». Des tels comités peuvent jouer un rôle capital dans la protection de l'intérêt social.

Enfin, il faut souligner que l'Acte Uniforme reconnaît la possibilité pour les associés de conclure des conventions entre eux, et qui peuvent contribuer à protéger l'intérêt social et à prévenir les conflits d'intérêts ou les conflits tout court. C'est ainsi, qu'il est permis aux associés de conclure des conventions d'exclusion ou de retrait. Des telles conventions peuvent être regardées comme une atteinte au droit de rester associé en ce qu'elles permettent d'écarter un associé de l'actionnariat (la convention d'exclusion). D'autres, y voient la disparition de l'affectio societatis qui, normalement doit conduire le juge à prononcer la dissolution de la société (retrait).

Même si, tous ces points de vue sont légitimes, il n'en demeure pas moins que, le souci du législateur à travers cette reconnaissance est de permettre la stabilisation de l'actionnariat. En effet, l'objectif du législateur, n'est plus simplement la protection des associés, mais aussi la protection de la société, considérée comme une entité économique porteuse d'emplois. On

comprendra alors que, le législateur OHADA s'est inscrit dans la logique de la conception extensive de l'intérêt social qui considère : « la société comme un organisme institutionnel dont le fonctionnement harmonieux et la survie supposent une prédominance absolue de l'intérêt collectif et la subordination totale à ce dernier des intérêts individuels des membres qui la compose ». Il s'y ajoute que, comme leur nom l'indique, il s'agit des conventions dont la validité est soumise à des conditions spécifiques. Librement conclues, les dites conventions sont valables, et doivent produire des effets. C'est l'application en droit des sociétés du principe de l'autonomie de la volonté.

Il est vrai que les mécanismes contribuant à la protection indirecte de l'intérêt social mis en place en droit OHADA ne sont pas exempts de tout reproche. Ainsi, des propositions ont été faites en vue de leur amélioration. Le recours au droit comparé et l'expérience de la pratique ont permis de jauger leur efficacité, et à faire des propositions éclairées dans la perspective de leur amélioration.

Cela dit, il convient dans le cadre de cette thèse, d'étudier ensuite les mécanismes de protection directe de l'intérêt social en droit OHADA des sociétés commerciales (**Deuxième partie**).

I- Partie : Les mécanismes de protection directe de l'intérêt social

A côté des mécanismes participant à la protection indirecte de l'intérêt social, il existe aussi des mécanismes de protection directe de l'intérêt social dans l'Acte uniforme. Ces mécanismes ne sont pas tous l'apanage du nouvel Acte uniforme, certains existaient déjà dans l'ancien Acte uniforme, même s'il est vrai, qu'ils ont été substantiellement améliorés avec la réforme. Il s'y ajoute, que des nouveaux mécanismes ont été aussi consacrés donnant ainsi un caractère légal à des mécanismes qui étaient restés très longtemps d'origine prétorienne.

Comme on a su le relever plus haut, des affaires des associés, la société est devenue l'affaire de tous, justifiant ainsi l'intérêt pour le législateur à être regardant quant aux règles qui lui sont applicables. C'est dans cette optique que le législateur OHADA a institué des mécanismes de protection de l'intérêt de celle-ci, en vue d'éviter que du fait des associés ou des dirigeants, l'intérêt de celle-ci ne soit mis en péril. Il convient toutefois, de remarquer que les mécanismes mis en place par le législateur OHADA nécessitent dans leur mise en œuvre une intervention du juge pour la plupart. En effet, un examen parcimonieux des dispositions de l'Acte uniforme permet de se rendre compte que, la protection directe de l'intérêt social en droit OHADA est une protection essentiellement basée sur l'intervention judiciaire.

Il en résulte aussi que, ces mécanismes de protection directe de l'intérêt social apparaissent peu satisfaisants, en ce que, l'expérience de la jurisprudence et du droit comparé, a démontré que des mécanismes fortement judiciarisés pour la plupart, sont inefficaces en droit des affaires. En effet, ils peuvent entraîner une immixtion judiciaire dans le fonctionnement de la société pouvant conduire au résultat inverse.

Il convient dans le cadre de cette partie de démontrer dans un premier titre, que la protection directe de l'intérêt social est une protection essentiellement basée sur l'intervention judiciaire (Titre I). Ensuite, il sera question de démontrer, que cette protection est peu satisfaisante en indiquant les pistes d'une éventuelle amélioration (Titre I).

Titre I : Une protection essentiellement basée sur l'intervention judiciaire

Les mécanismes de protection directe de l'intérêt social en droit OHADA sont essentiellement basés sur un interventionnisme judiciaire. Il convient de constater que cet interventionnisme judiciaire se trouve encadrer en droit OHADA, en ce qu'il doit être limité à ce qui est nécessaire à la protection de l'intérêt social. L'intérêt social apparaît donc comme la boussole qui doit guider l'intervention du juge.

Notion centrale en droit des sociétés, l'intérêt social n'a pas été défini par le législateur. Ce sont donc la jurisprudence et la doctrine qui ont tenté d'en délimiter les contours. Certains y ont vu dans l'intérêt social une « notion riche et difficile »⁶²⁹, « incontournable mais sans doute introuvable »⁶³⁰. D'autres y ont vu, une « notion plastique »⁶³¹, une « notion floue que chacun remplira à sa guise »⁶³². Et MOUTHIEU⁶³³ d'en conclure que : « cela explique entre autres sa malléabilité mais également son ambiguïté au point où un auteur parle de l'indéfinissable intérêt social »⁶³⁴.

De ce fait, l'absence d'une définition de l'intérêt social en droit OHADA permet au juge d'apprécier au cas par cas, en fonction des circonstances et des situations, la solution adaptée au problème posé. Il s'y ajoute également que, dans tous les cas où une intervention judiciaire est envisagée, le législateur a posé des règles minimales à respecter.

Il convient de constater dans le cadre de ce titre que l'examen des dispositions de l'Acte uniforme permet de relever d'une part, que la protection directe de l'intérêt social est construite selon un modèle d'interventionnisme relatif dans certains cas (Chapitre I). Et d'autre part, il existe des mécanismes qui révèlent la mise en place d'un système d'interventionnisme judiciaire affirmé (Chapitre II).

⁶²⁹ M. GERMAIN, L'intérêt commun des actionnaires, JCP 4/1996, éd. E, II, suppl.CDE,p.13.

⁶³⁰ A. PIROVANO, La « boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? D.1997, chron., p.189.

⁶³¹ SAINTOURENS, cit. par MOUTIEU M.A, in « l'intérêt social en droit des sociétés », l'Harmattan, 2009,p.27.

⁶³² A. COURER, cit. par MOUTHIEU M.A, in « l'intérêt social en droit des sociétés », l'Harmattan, 2009,p.27.

⁶³³ MONTHIEU, op.cit, p.27.

⁶³⁴ F. LEJEUNE, Cautionnement des SCI : faux critère de l'intérêt social, Droit et Patrimoine, juin 1996, p.60.

Chapitre I : La protection de l'intérêt social à travers une intervention judiciaire relative

Les premiers mécanismes institués par le législateur OHADA et, dont la mise en œuvre requiert l'intervention du juge se retrouvent dans les hypothèses d'abus dans la prise des décisions collectives. Ainsi, le juge intervient pour sanctionner les associés qui bloquent la prise des décisions nécessaires pour la société, ou qui prennent des décisions dans leur seul intérêt, sans égard à l'intérêt social et à celui des minoritaires.

Il s'agit d'une application particulière en droit des sociétés, de la théorie générale d'abus de droit développée par la jurisprudence. Les premières manifestations d'abus en droit des sociétés sont aujourd'hui assez anciennes⁶³⁵. Mais à l'instar de l'enrichissement sans cause et de l'obligation naturelle, l'abus appartient à la catégorie des notions juridiques subversives : il s'agit, toutes proportions gardées, d'un véritable explosif juridique qui ne doit être manipulé qu'avec d'indéfinies précautions⁶³⁶. On a pu souligner à juste titre que : « l'abus de droit est essentiellement une création de la jurisprudence qui y voit un mécanisme correcteur, une soupape de sûreté permettant au juge s'assouplir le jeu des mécanismes juridiques »⁶³⁷.

En droit OHADA, le support législatif de la théorie d'abus dans la prise des décisions collectives se trouve aux articles 130 et 131 de l'AUSCGIE. En effet, aux termes de l'article 130 : « les décisions collectives constitutives d'un abus de majorité sont nulles. Il y a abus de majorité lorsque les associés majoritaires ont voté une décision dans leur seul intérêt, contrairement aux intérêts des associés minoritaires, sans que cette décision ne puisse être justifiée par l'intérêt de la société. 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 ».

Quant à l'article 131, il précise que : « les associés minoritaires ou égalitaires peuvent engager leur responsabilité en cas d'abus de minorité ou d'égalité. Il y a abus de minorité ou d'égalité lorsque, en exerçant leur vote, les associés minoritaires ou égalitaires 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. La juridiction compétente peut désigner un mandataire

⁶³⁵ Voir à cet égard : Cass. Req. 16 novembre 1943, S. 1947.1.15, note HOUIN, JCP 1944. II. 2551, note P. LESCOT, Gaz. Pal.1944.1.14.

⁶³⁶ SORTAIS J.P., « abus de droit (majorité, minorité, égalité) », Rép. Sociétés, Dalloz, mars 2003, p.2.

⁶³⁷ PIROVANO A., « l'abus de droit dans la doctrine et la jurisprudence française », *Inchieste di diritto comparato* sous la direction de M. ROTONDI, Vol. VII, Cedam, 1979, p.315-359.

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 ».

Au regard de ce qui précède, on se rend compte que le législateur OHADA, consacre dans un souci de protection de l'intérêt social, les abus de majorité, de minorité et d'égalité. Si le dernier est l'apanage du nouvel Acte uniforme, les deux premiers existaient déjà dans l'ancien Acte uniforme. Il s'y ajoute aussi, que ces abus ont reçu en jurisprudence une application constante, et ont permis au juge d'apporter sa touche dans la protection de l'intérêt social. L'abus d'égalité, quoique nouvellement consacré en droit OHADA, a fait sa preuve en droit comparé et a donné lieu à des applications jurisprudentielles.

On remarquera, qu'en vue d'assurer la protection de l'intérêt social, l'Acte Uniforme dans les hypothèses d'abus pose le principe du recours au juge. Cet interventionnisme judiciaire, pour traiter des questions d'abus dans le vote des décisions collectives est encadré. Cela permet d'éviter une immixtion judiciaire excessive dans les affaires sociales, et la soumission par les associés au juge, de toute question relative au fonctionnement de la société.

La protection de l'intérêt social à travers une intervention du juge doit par conséquent être relativisée. En effet, si le législateur interdit les abus dans la prise des décisions collectives, il a aussi pris le soin de préciser le régime juridique applicable à chaque situation. Le juge est ainsi enclin à respecter les règles posées, en ce qu'il ne doit faire droit aux demandes, que lorsque ces dernières sont justifiées par l'intérêt de la société. En tout, dans l'hypothèse d'abus, l'intervention du juge est relative. Il appartient au juge de constater souverainement l'abus avant de prononcer la sanction qui sied.

Ainsi, dans le cadre de ce chapitre, il convient d'examiner d'une part, le recours à la notion d'abus dans le cadre de la protection directe de l'intérêt social (Section I), avant d'examiner d'autre part, les sanctions applicables lorsque ces abus sont constitués (Section II).

Section I : Un interventionnisme visant à sanctionner les abus de droit

Le recours à la notion d'abus de droit permet sans nul doute d'empêcher les excès que pourrait permettre une application mécanique de la règle de droit en s'inspirant de l'adage « *summum jus, summa injuria* » et sans jamais perdre de vue que « l'abus doit rester un mécanisme correcteur d'application exceptionnelle »⁶³⁸. Il s'agit donc à travers l'abus de droit de sanctionner tout vote abusif, c'est-à-dire contraire à l'intérêt social et émis dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment des autres associés.

On comprendra alors que, si la notion d'abus de droit de vote se justifie davantage en ce qui intéresse le vote des majoritaires, il n'en est pas toujours le cas pour ce qui est des minoritaires ou égalitaires. En effet, dans ces derniers cas, c'est l'absence de vote dans un sens qui justifie l'application de la règle. On comprendra alors pourquoi le régime juridique mis en place n'est pas identique.

Il serait donc de bonne méthode, en considération de la similitude du régime juridique, d'analyser dans une première rubrique, la constitution d'abus de minorité et d'égalité (Paragraphe I) ; avant de voir dans une seconde esquisse, la constitution d'abus de majorité (Paragraphe II).

⁶³⁸ GAILLARD E., « le pouvoir en droit privé », 1985, *Economica*, p.27, n°27.

Paragraphe I : Les conditions d'existence d'abus de minorité et d'égalité justifiant l'intervention du juge

Le recours à la notion d'abus de droit pour assurer la protection de l'intérêt social est louable, en ce qu'il permet d'assurer une certaine stabilité de l'actionnariat, et d'éviter que des associés insoucieux de l'intérêt social, ne mettent en péril le bon fonctionnement de l'entité sociale en bloquant la prise des décisions nécessaires pour la société. A cet égard, l'interdiction d'abus dans la prise des décisions paraît justifiée.

Cette interdiction vise aussi bien les associés minoritaires que les associés majoritaires et égalitaires avec des régimes différents. Dans le cadre de ce paragraphe, tenant compte du régime juridique de chaque institution, il sera question d'abus d'égalité et de minorité dont les règles applicables sont identiques.

Pour se faire, nous examinerons d'abord, les conditions d'abus de minorité (A). Ensuite, une place sera réservée aux conditions d'abus d'égalité (B).

A- L'intervention du juge justifiée par la sauvegarde de l'intérêt social dans l'abus de minorité

Les associés minoritaires peuvent sans intérêt légitime, bloquer la prise d'une décision pourtant nécessaire pour la société commerciale. C'est pourquoi, l'article 131 de l'AUSCGIE in fine précise que : « il y'a abus de minorité lorsque, les associés minoritaires 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 ». Cette règle se justifie dans la mesure où, il n'est pas concevable que des associés, sans motif légitime, compromettent l'intérêt de la société. La Cour de cassation française admettait l'abus de minorité, « lorsque l'attitude des associés minoritaires est contraire à l'intérêt général de la société et a pour unique dessein de favoriser leurs propres intérêts, au détriment de l'ensemble des autres associés »⁶³⁹.

1- La constitution de l'abus justifiant l'intervention du juge

On peut remarquer, à la lumière de l'article 131, que la constitution de l'abus de minorité suppose d'une part, l'opposition à la prise des décisions nécessitées par l'intérêt de la société, et d'autre part, l'absence d'un intérêt légitime justifiant cette opposition. Il en résulte donc, que l'attitude de l'associé minoritaire doit avoir été contraire à l'intérêt général de la société, en ce qu'il aurait interdit la réalisation d'une opération essentielle pour celle-ci dans l'unique dessein de favoriser ses intérêts particuliers au détriment de l'ensemble des autres associés⁶⁴⁰.

Quoique louable, le recours à l'abus de minorité doit rester exceptionnel, car quelle serait l'utilité d'une participation minoritaire si l'on ne pouvait faire librement usage du pouvoir de « nuisance » qu'elle comporte⁶⁴¹. La notion d'abus de minorité a donné lieu à une controverse doctrinale, opposant les tenants de la conception large à ceux de la conception étroite.

Pour les tenants de la conception large, l'abus de minorité doit être déduit dans tout comportement de minoritaire qui impliquerait une atteinte à l'intérêt social et une rupture d'égalité par la recherche d'un intérêt personnel⁶⁴². Le Professeur SORTAIS en a déduit alors,

⁶³⁹ Com. 14 janvier 1992, D.1992.337, note BOUSQUET, JCP Edition E. 1992, II, n°302, p.215, note VIANDIER.

⁶⁴⁰ Conditions déduites de l'arrêt de la cour de cassation précit.n°11 par S.S. Kuaté Tameghé, in « interrogations sur l'abus de minorité dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », cité en commentaires de l'article 131 de l'AUSCGIE.

⁶⁴¹ M. HOVASSE, « l'effet dévastateur de la notion d'abus de minorité », in Defrénois 1997, art.36684, p.1279, n°4, spéc. p.1281.

⁶⁴² M. DE JUGLART et B. IPPOLITO, Traité de droit commercial, t.1, vol.2 : Les sociétés, par E. DE PONTAVICE et J. DUPICHOT, 1982, Montchrestien, n°781-6.

qu'il y aurait atteinte à l'intérêt social, atteinte qui serait doublée soit d'une rupture d'égalité, soit d'une intention négative s'inscrivant dans une stratégie d'intimidation et d'opposition systématique⁶⁴³. S'inscrivant dans la même logique, le professeur LE CANNU propose de distinguer les abus positifs des abus négatifs⁶⁴⁴. Ainsi, parmi les abus de minorité dits positifs, on retiendra, l'exercice abusif d'une action en justice consistant, par exemple, à solliciter une expertise de gestion alors que le ou les demandeurs ne réunissent pas le minimum de capital requis ou n'invoquent, pour se faire, que des griefs imprécis ; ou encore, en cas d'obtention d'une décision au moyen d'un vote de surprise⁶⁴⁵.

Quant aux tenants de la conception étroite, ils mettent l'accent sur la fonction propre de la minorité dans la société et le pouvoir de blocage qui y est inhérent⁶⁴⁶ : c'est-à-dire que l'abus tiendra à l'usage (ou au non-usage) fait du droit de vote, que ce soit au sein de l'assemblée générale ou du conseil d'administration ; par la suite, c'est cette conception stricte qui sera en principe retenue.

2- L'appréciation de l'abus par le juge

C'est au niveau de l'appréciation de l'abus de minorité que la judiciarisation de la vie sociale apparaît clairement. Pour comprendre cette donne, il convient de convoquer l'évolution jurisprudentielle de cette notion. En effet, avant de recevoir une consécration légale, l'abus de minorité était d'origine prétorienne. La toute première manifestation paraît s'en trouver dans un arrêt de 1957⁶⁴⁷ où il a été relevé que : « la résistance injustifiée opposée par un actionnaire minoritaire qui au moyen de son vote hostile fait obstacle à la modification statutaire » constitue un abus de minorité.

Sans revenir sur la divergence doctrinale par rapport à la présentation de cette notion, il convient de souligner que le rôle du juge est prépondérant pour tout ce qui est de l'appréciation de l'abus de minorité. En effet, ce qui est vraiment caractéristique de l'abus de

⁶⁴³ SORTAIS Jean-Pierre, « Abus de droit (majorité, minorité, égalité) », in Rép. Sociétés Dalloz, mars 2003, p.11.

⁶⁴⁴ P. LE CANNU, art.précit. Bull. Joly 1986.429, Spéc. p. 430 ; adde : D. VIDAL, note sous CA Lyon, 20 décembre 1984 et CA Paris, 18 décembre 1985, RJ com. 1988.89, Spéc., p.96-97, où l'auteur oppose « abus par excès » et « abus par défaut ».

⁶⁴⁵ A cet égard voir :Cass.com 12 janvier 1976, Rev.sociétés 1976.330, note P. MERLE ; CA Rennes, 11 juin 1986, Rev.sociétés 1987.96, obs. Y. GUYON. ; Cass. com, 19 janvier 1959, D.1959.260, JCP 1959. II. 10966, note D.B.

⁶⁴⁶ M. CABRILLAC, « De quelques handicaps dans la construction de l'abus de minorité, Mélanges A. COLOMER, 1993, Litec, p.109, Spéc. p.111, n°7.

⁶⁴⁷ CA Besançon , 5 juin 1957, D.1957.605, note A.Dalsace .

minorité strictement entendu, c'est la position très particulière dans laquelle est placé le juge face au blocage qui en résulte : car le juge, au lieu de trancher une question de légalité risque de se voir entraîner sur le terrain de l'opportunité⁶⁴⁸. Or cette éventuelle appréciation d'opportunité constitue, aux yeux de beaucoup d'auteurs, une intrusion inadmissible du juge dans la vie de la société⁶⁴⁹. Pour eux, l'immixtion du juge doit rester exceptionnelle.

Comme on peut le constater l'intervention judiciaire ne fait pas l'unanimité dans la doctrine notamment pour ce qui de la limite des pouvoirs des tribunaux.

Ainsi, les auteurs semblent, dans leur majorité réservés voire hostiles à l'immixtion des tribunaux dans la vie des sociétés, redoutant un arbitraire judiciaire que ne viendrait compenser aucune responsabilité⁶⁵⁰. D'autres auteurs, par contre, sont favorables à cette intervention judiciaire⁶⁵¹.

La Cour de cassation, sans épuisé le débat, adopte une position prudente, en estimant que : « si les juges n'ont pas à se substituer à l'assemblée générale dans la gestion du patrimoine social, ils n'en doivent pas moins contrôler les décisions de cette assemblée acquises dans des conditions qui risquent de fausser, au profit de quelques actionnaires, les règles établies pour la protection de tous »⁶⁵². Il convient au regard de cette jurisprudence et à la lumière de l'Acte uniforme, dans la perspective d'apport à la protection de l'intérêt social, faire l'état des cas de constitution d'abus de minorité.

En matière d'augmentation de capital, il a été jugé que : « commet un abus de minorité l'associé d'une SARL qui, au risque d'entraîner la dissolution de plein droit de la société, s'oppose à une augmentation de capital ayant pour objet de porter celui-ci au minimum légal »⁶⁵³. Il en est ainsi du minoritaire « ayant refusé à trois reprises, dans un but personnel, de donner son accord à une augmentation de capital qu'il savait nécessaire à la survie de la société »⁶⁵⁴. Dans le même ordre d'idées, il a été jugé, que commet un abus de minorité, « le

⁶⁴⁸ J.P SORTAIS, « Abus de droit (Majorité, minorité, égalité) », in Répertoire des Sociétés Dalloz, mars 2003, p.9, n° 48 ;

⁶⁴⁹ M.BOIZARD, « l'abus de minorité », Revue des sociétés, 1988.365, spéc.p.366 ;

⁶⁵⁰ Voir à cet égard, D.SCHMIDT, « les droits de la minorité dans la société anonyme »,p.147-151, n°199-203, du même auteur, la Note sous Cass.com 22 avril 1976, Rev. sociétés 1976.479, spéc.p.483.

⁶⁵¹ Voir J.MESTRE, « Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés », RJ com. 1985.81 ;adde : J.MESTRE et G.FLORES , « Brèves réflexions sur l'approche institutionnelle de la société », petites Affiches, n°58, 14 mai 1986 , p.25, spéc.p.27 ;

⁶⁵² Cass.com. 16 octobre 1963, D.1964.431, S.1964.310, note J. Auteserre.

⁶⁵³ Cass.com., 9/03/1993 : RJDA 4/93 n°323.

⁶⁵⁴ CA Lyon, 20/12/1984 : D.1986, p.506, note Reinhard.

fait pour un actionnaire minoritaire d'une SA exploitant un casino de refuser de voter l'augmentation de capital, indispensable au renouvellement de concession de l'exploitation du casino par les pouvoirs publics, dans le but d'acculer les majoritaires à prendre seuls en charge les risques de l'opération dont le demandeur aurait profité en cas de succès et de ne pas contrarier son projet d'ouvrir lui-même son propre casino »⁶⁵⁵.

Dans un cas anecdotique, la cour de cassation a déclaré abusif, « le refus d'un actionnaire minoritaire de voter une augmentation de capital indispensable à la survie de la société dans le seul but d'entraver le fonctionnement de celle-ci et pour des considérations purement personnelles, l'intéressé souhaitant la disparition de la société à la fois pour se venger d'avoir été évincé du conseil d'administration et pour favoriser les intérêts qu'il possédait dans une société concurrente »⁶⁵⁶. On aura compris que l'intérêt social doit être protégé, il faut éviter autant que faire se peut, que la survie de la société soit laissée aux humeurs des minoritaires. Ainsi, dans tous les cas où l'augmentation de capital est nécessaire pour la survie de la société, l'associé minoritaire qui refuserait de voter commet un abus de minorité.

Par contre, ne commet pas un abus, « l'associé qui refuse de voter une augmentation de capital faisant suite à une réduction de capital pour cause de pertes, dès lors que cette augmentation n'était pas indispensable à la survie de la société »⁶⁵⁷. Il en est ainsi du refus pour l'associé de voter à une augmentation de capital visant à le tripler⁶⁵⁸ ; ou destinée à régulariser la situation d'une société dont les capitaux propres étaient devenus inférieurs à la moitié du capital social⁶⁵⁹.

Au vu de ce qui précède, il convient de souligner que le seul fait qu'un associé ait eu des raisons personnelles de s'opposer au vote d'une délibération ne suffit pas à caractériser l'existence d'un abus⁶⁶⁰.

Enfin, il convient de faire cas de cette décision de décembre 2017. En effet, il a été jugé tout récemment que : « un abus de minorité n'est pas susceptible d'entraîner la validité d'une résolution adoptée à une majorité insuffisante ». Ce qui signifie, que l'abus de minorité ne

⁶⁵⁵ Cass.com., 18/6/2002 n°1180 : RJDA 3/03 n°262.

⁶⁵⁶ Cass.com., 5/5/1998 : RJDA 7§98 n°862.

⁶⁵⁷ CA Paris, 24/1/1997 RJDA 4/97 som. N°517.

⁶⁵⁸ CA Paris, 26/6/1990 : JCP 1990 II n°21589 note M.Germain.

⁶⁵⁹ Cass.com. 27/5/1997 : RJDA 8-9/97 n°1046.

⁶⁶⁰ CA Paris, 23/11/2001, n°01-3506 RJDA 7/02, n°768 ; CA Montpellier, 18-6-2002 n°1-2547 : RJDA : 8-904 n°981.

« neutralise » pas les droits de vote de l’auteur de l’abus⁶⁶¹, en ce que l’abus de minorité commis par un associé, ne permet pas d’adopter une décision en l’absence de majorité suffisante.

En l’espèce, l’arrêt est relatif à une société civile immobilière, mais la solution retenue est transposable aux autres sociétés. Les parts d’une SCI étaient réparties entre un couple, Julien X et Simone Z, et leurs cinq enfants. Après le décès des parents, 3.365 parts sur 3.415 parts étaient dépendantes d’indivisions successorales. Une « assemblée générale extraordinaire » adoptait une résolution portant sur la mise en vente de deux biens, deux villas, appartenant à la société. Une associée, Mme Y, assignait la SCI en annulation des résolutions adoptées par cette assemblée. Sa demande a été rejetée par la cour d’appel saisie du litige, pour des motifs tenant au refus de l’associée de désigner un représentant de l’indivision. C’est cette décision qui a fait l’objet d’un pourvoi en cassation. Cet arrêt a été cassé pour violation de l’article 1134 du code civil relatif à la force obligatoire des contrats, à leur exécution de bonne foi.

Il en résulte, comme l’a fait observer Monsieur le professeur DONDERO⁶⁶², que même si le refus de procéder à la désignation du représentant à une indivision était abusif (au sens où la décision était contraire à l’intérêt social et visait simplement à empêcher par blocage la prise d’une décision relative à la vente par la société), l’assemblée qui avait finalement pris quand même la décision, à une majorité qui n’était pas celle requise par la loi ou les statuts, n’était pas valable pour autant. Et l’auteur d’en tirer un enseignement : les droits de vote que des associés refusent d’utiliser, commettant en cela un abus de leur droit de vote, ne sont pas automatiquement « neutralisés ». Comme l’a rappelé la chambre commerciale, si la sanction d’un abus de minorité peut-être, au-delà des dommages-intérêts, la privation des droits de vote de l’associé auteur de l’abus, au profit d’un mandataire judiciaire ; « le juge ne peut pas rendre de décision valant vote »⁶⁶³.

En guise de remarque finale, l’abus de minorité suppose selon la jurisprudence la plus fournie que soit empêchée une opération essentielle pour la société, voire indispensable à sa survie, et ce pour avantager le minoritaire au détriment des majoritaires, ou pour nuire à ces derniers.

On constatera alors qu’en l’espèce, il n’apparaît pas que ces éléments aient été relevés, et la Cour de cassation évoque tout de même un abus de minorité. La Cour de cassation s’inscrit

⁶⁶¹ Cass.civ. 3^{ème}, 21 décembre 2017, n°15-25267 inédit, note Bruno DONDERO.

⁶⁶² L’arrêt a été commenté par Bruno DONDERO, sur son compte Twitter, le 22 décembre 2017. Il n’est pas encore publié dans le bulletin de la Cour de cassation, mais disponible sur le site : brunodondero.com.

⁶⁶³ Cass.com., 9 mars 1993.

dans une logique d'approche ouverte de l'abus de minorité⁶⁶⁴, en ce qu'ici, ce n'était pas le droit de vote qui avait été utilisé de manière abusive, mais le droit de participer à la désignation d'un représentant de l'indivision, que l'auteur avait refusé de mettre en œuvre.

Cela dit, il convient à présent d'examiner les conditions de constitution d'abus d'égalité (B).

⁶⁶⁴ Cass. civ., 3^{ème}, 16 décembre 2009.

B- L'intervention du juge justifiée par l'évitement de la dissolution de la société dans l'abus d'égalité

Comme l'abus de minorité, l'abus d'égalité est prévu à l'article 131 de l'AUSCGIE révisé. En effet, aux termes de l'alinéa 2 de cet article : « il y a abus d'égalité lorsque, en exerçant leur vote, les associés égalitaires 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 ».

1- La constitution de l'abus justifiant l'intervention du juge

Comme on peut le constater, l'abus d'égalité est une innovation du nouvel Acte uniforme construit à l'image de l'abus de minorité. Toutefois, les manifestations de l'abus d'égalité remontaient de très longtemps, et la jurisprudence a eu à se prononcer sur des telles situations en l'absence de tout texte. On a pu relever que l'abus d'égalité vise en particulier les joint-ventures, dans lesquelles les participants à l'entreprise commune sont actionnaires de la société qui « abrite » la joint-venture à 50 % chacun⁶⁶⁵. Toutefois, en pratique, les situations constitutives d'abus d'égalité sont diverses et dépassent ce seul cadre.

Par la consécration de l'abus d'égalité, le législateur OHADA a rejoint la solution de la jurisprudence française qui considère l'abus d'égalité comme une variété de l'abus de minorité et le soumet au même régime. Ainsi, l'abus d'égalité a été retenu à l'encontre d'un groupe d'associés qui interdit la prise de décision essentielle par un autre groupe égal d'associés dans l'unique dessein de favoriser leurs propres intérêts au détriment de ceux des autres⁶⁶⁶.

L'abus d'égalité suppose d'une part, que les parts sociales ou les actions soient réparties de façon rigoureusement égale entre deux associés ou deux groupes d'associés de façon que chacun ait la possibilité de « neutraliser » l'autre ; car chacun des associés ou groupes d'associés n'étant en mesure d'imposer sa volonté à l'autre⁶⁶⁷. L'assimilation avec l'abus de minorité résulte du fait du pouvoir d'obstruction qu'il implique et à l'usage qui pourra en être fait⁶⁶⁸.

⁶⁶⁵ BADJI P., « la réforme du droit des sociétés commerciales OHADA », p.121.

⁶⁶⁶ Cass.civ. 3^{ème} fr., 14 février 2007 : Bull. Joly Sociétés 2007, 882, note P. LE CANNU.

⁶⁶⁷ SORTAIS, art.précit.p.15.

⁶⁶⁸ V. E. LEPOUTRE, « noyer l'abus d'égalité dans le concept d'abus de minorité », obs. Cass.com. 8 juillet 1997, Bull. Joly 1997.980, notes 5 et 6.

D'autre part, l'abus d'égalité suppose que le comportement du ou des associés que l'on prétende être abusif, présente certaines caractéristiques: à cet égard, l'atteinte à l'intérêt social qui doit résulter du comportement de l'opposant est essentielle au point que, dès lors que la preuve d'une telle atteinte n'est pas rapportée, l'éventualité d'un abus d'égalité est à écarter puisque son attitude ne répond pas « à l'unique dessein de favoriser ses intérêts au détriment de l'intérêt général de la société »⁶⁶⁹.

On remarquera que l'abus d'égalité suppose pour sa constitution, que la preuve d'atteinte à l'intérêt social soit rapportée, et non seulement le fait que les associés égalitaires favorisent leurs intérêts personnels. Une bonne application des dispositions de l'article 131 permet, à coup sûr, d'assurer une protection efficace de l'intérêt social. Au demeurant, le principe de loyauté en droit des sociétés suppose d'éviter qu'un associé n'use de ses pouvoirs ou droits, soit pour imposer une décision contraire à l'intérêt de la société, soit pour empêcher que soit prise une décision vitale pour la société. En l'absence d'une jurisprudence établie en notre connaissance sur l'abus d'égalité en droit OHADA, il convient de faire recours au droit comparé.

2- L'appréciation de l'abus par les juridictions

La Cour de cassation française s'était à plusieurs reprises prononcée sur l'abus d'égalité. D'abord, la Cour l'a retenu dans une société bi-personnelle, où l'un des associés s'opposait à la mise en réserve des bénéfices ; alors qu'il semble pourtant normal qu'un associé demande la distribution des bénéfices réalisés, but légal du contrat de société⁶⁷⁰. Elle l'a aussi décidé dans le cas où une associée détenant la moitié du capital exerçait une action en dissolution⁶⁷¹.

En l'espèce, la Cour a relevé que : Mme X avait elle-même pris l'initiative de refuser les tâches qui lui avaient été attribuées par les statuts qu'elle avait acceptés, n'avait recherché aucune entente amiable avec ses associés, avait fait preuve d'un comportement excessif et qu'il en ressortait qu'elle avait exercé une action en dissolution de façon abusive, la Cour d'appel, dès lors que le droit d'agir en dissolution expose le demandeur à des dommages-intérêts, à suffisamment caractérisé l'existence d'un abus dans l'exercice du droit d'agir de Mme X en dissolution de la société.

⁶⁶⁹ SORTAIS, art.précit.p15 ; V. E. LEPOUTRE, « noyer l'abus d'égalité dans le concept d'abus de minorité », obs. Cass.com. 8 juillet 1997, Bull. Joly 1997.980, notes 5 et 6 ; CA d'Aix en Provence, 16 mars 1995.

⁶⁷⁰ Cass.com. 16 juin 1998, BJS, octobre 1998, § 331 ; Cass. 3^{ème} civ., 16 décembre 2009, n°09-10209, note VIANDIER.

⁶⁷¹ Cass. com., 14 décembre 2004, n°02-14749.

Dans le même ordre d'idées, l'abus a été retenu à l'encontre d'un associé égalitaire qui avait multiplié les procédures pour perturber le fonctionnement de la société⁶⁷². La Cour avait dans cette affaire relevé que : « M.C. a, durant de longues années, poursuivi les procédures en cours avec un acharnement injustifié faisant ainsi subir à son frère des perturbations dans sa vie quotidienne ; qu'en précisant ainsi le caractère excessif et malveillant de l'action judiciaire menée par M. Gilbert Curri, la Cour d'appel a légalement justifié sa décision ». On peut remarquer à juste raison, qu'en mettant plus l'accent sur l'intention de nuire, ces arrêts ressortent davantage de l'abus de droit du droit commun que d'abus d'égalité. Ils ont cependant, le mérite d'avoir évité la dissolution de la société en déduisant de cette intention : une confrontation des intérêts en présence et la volonté, chez l'auteur de l'abus, de faire prévaloir ses propres intérêts au détriment de ceux de la société et de son ou ses coassociés.

La Cour d'appel de Rennes a pu déduire également, qu'il y a abus d'égalité dans une SARL constituée entre deux associés égaux, l'un exerçant la gérance, dont les statuts soumettaient la détermination de la rémunération du gérant à une décision collective ordinaire des associés, par le refus réitéré du coassocié à l'augmentation de la rémunération du gérant, opposé sans intérêt légitime, uniquement dans le dessein de nuire et sans aucune considération de l'intérêt social qui implique une juste rémunération du gérant en fonction de ses talents et résultats alors que : si la société s'était trouvée dans une situation financière délicate au moment où les deux associés exerçaient ensemble la gérance, notamment grâce à la gestion rigoureuse de l'associé demeuré seul gérant ; le gérant avait dû assumer les attributions de son coassocié après qu'il avait démissionné de son mandat, ce que ce dernier ne pouvait contester sauf soutenir que la rémunération qu'il percevait lui-même lorsqu'il était gérant ne correspondait à aucun emploi effectif ; lorsqu'il avait quitté ses fonctions, l'associé du gérant avait perçu une indemnité alors que la situation financière de la société était difficile et que, dans le même temps, le gérant avait perçu une rémunération moindre que les années précédentes⁶⁷³.

Comme on peut le remarquer, la consécration d'abus d'égalité en droit OHADA permet d'éviter autant que faire se peut, la dissolution de la société en cas de mésentente. C'est d'ailleurs en cela, qu'on peut relever le paradigme d'abus d'égalité. En effet, la paralysie provoquée par un abus d'égalité peut justifier la dissolution judiciaire anticipée de la société, en ce qu'elle révèle une disparition de l'affectio societatis et l'impossibilité de recourir au

⁶⁷² Cass.com., 20 octobre 1998, BJS 1999, p. 66, §, note Le CANNU.

⁶⁷³ CA Rennes, 4/12/2007 n°06-5351 : BRDA 22/08 inf. 2.

principe majoritaire rendant par là, la situation sans issue. C'est ce qui a fait interroger le professeur SORTAIS en ces termes : « la dissolution ne s'impose-t-elle pas lorsque les relations personnelles entre les deux seuls associés d'une société sont, depuis plusieurs années, irrémédiablement détériorées ? »⁶⁷⁴.

En réponse à cette question, il appartient au juge d'apprécier au cas par cas chaque situation, afin de se prononcer dans un sens conforme à l'intérêt social, à l'impératif de survie de l'entité économique. Toutefois, il faut éviter de maintenir dans la société des personnes dont l'affectio societatis a disparu, et qui ne sont mus que par une intention de nuire au bon fonctionnement de la société. Le juge doit donc jouer le rôle de conciliateur entre l'impératif de protection de l'intérêt social et la liberté pour chaque associé de pouvoir quitter la société.

Cela dit, il convient à présent de voir les conditions de constitution de l'abus de majorité (Paragraphe II).

⁶⁷⁴ SORTAIS J.P ., art.précit., p.16.

Paragraphe II : Les conditions d'existence d'abus de majorité justifiant l'intervention du juge

« C'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser. »

Cette formule de Montesquieu, tirée de *« De l'esprit des lois »*, revêt une acuité toute particulière en droit des sociétés. En effet, lieu de pouvoir, les assemblées d'associés sont aussi le théâtre de conflits entre associés majoritaires et minoritaires. Ainsi, il arrive fréquemment que des associés minoritaires reprochent aux associés majoritaires d'utiliser le pouvoir qui leur a été accordé pour satisfaire l'intérêt social, non seulement de manière contre à l'intérêt social, mais en plus à des fins personnelles⁶⁷⁵.

Dans ce cas, on dit qu'il y a abus de majorité, défini par la jurisprudence comme la résolution *« prise contrairement à l'intérêt général de la société et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de la minorité. »*⁶⁷⁶

En droit OHADA, c'est l'article 130 de l'Acte uniforme qui consacre l'abus de majorité et précise les conditions de sa constitution. En effet, aux termes de cet article : « il y a abus de majorité lorsque les associés majoritaires ont voté une décision dans leur seul intérêt, contrairement aux intérêts des associés minoritaires, sans que cette décision ne puisse être justifiée par l'intérêt de la société ». Il en résulte que la constitution de l'abus de majorité suppose d'une part, une décision prise par les majoritaires, dans leur seul intérêt et sans égard à l'intérêt des minoritaires, et d'autre part, que cette décision ne soit pas justifiée par l'intérêt social. On relèvera que, l'abus de majorité est conçu en vue d'apporter une protection aux minoritaires, mais aussi d'assurer celle de l'intérêt social.

L'abus de majorité suppose donc, que les majoritaires agissent pour leur seul profit. Usant de leurs pouvoirs, de leur droit, de manière contestable, ils nuisent aux intérêts de la société dans un objectif purement personnel. On notera que deux éléments sont nécessaires pour la constitution de l'abus de majorité : d'une part, la violation de l'intérêt social et la rupture d'égalité entre associés⁶⁷⁷. Ainsi, « encourt cassation, l'arrêt de la Cour d'Appel qui constate l'abus de majorité sans relever la réalisation d'aucune condition légale, notamment le vote

⁶⁷⁵ ANTHONY BEM, « Conflit entre associés : les sanctions des abus de majorité, abus de minorité, et abus d'égalité », p.1, consultable sur : www.cabinetbem.com.

⁶⁷⁶ Cass. Com, 18 avril 1961.

⁶⁷⁷ Commentaires sous l'article 130 AUSCGIE.

d'une décision dans l'intérêt de la majorité, décision contraire aux intérêts de la minorité et décision non justifiée dans l'intérêt de la société »⁶⁷⁸.

Comme cela a été relevé à juste titre, du point de vue pratique, se pose le défi de l'établissement de l'abus de majorité, c'est-à-dire la démonstration que la situation cumule les éléments essentiels : (1) la part déterminante des associés majoritaires dans (2) l'adoption de la décision qui favorise leurs intérêts (3) tout en lésant ceux des associés minoritaires (4) sans pour autant répondre aux besoins de la société. A cela s'ajoute le fait que, l'accord n'a pas été fait en jurisprudence sur le contenu de l'intérêt social. Ainsi, certaines décisions sont prononcées en considération de la théorie contractualiste de la société, alors même que d'autres sont rendues dans le sens de la théorie institutionnaliste.

En tout état de cause, qu'on retienne l'une ou l'autre théorie, l'abus de majorité a donné lieu en jurisprudence à une constante application. Il est heureux de constater que la plupart de ces décisions ont été rendues en faveur de la théorie institutionnelle, considérant l'intérêt social, non pas comme seulement l'intérêt commun des associés, mais aussi comme l'intérêt de l'entreprise, entité morale et dont l'intérêt transcende celui des associés.

Il convient pour s'en rendre compte de décliner d'une part, les hypothèses fréquentes d'abus de majorité (A). Ensuite, il sera question de présenter les autres hypothèses (B).

⁶⁷⁸ CCJA 2^{ème} ch., Arrêt n°134/2015, 12 novembre 2015, Aff. Société générale des banques en Guinée, société générale France c/ société Hann et compagnie.

A- Les hypothèses d'abus de majorité favorables à la théorie institutionnelle

Les hypothèses les plus fréquentes d'abus de majorité en pratique, se rencontrent en matière de mise en réserve des bénéfices.

1- L'hypothèse de la mise en réserve des bénéfices

Nombreux sont les arrêts qui ont censuré comme abusives, des décisions concernant la mise en réserve de bénéfice, lorsqu'il apparaît qu'une telle mesure n'est d'aucun profit pour la société et ne constitue qu'une thésaurisation stérile, par exemple parce qu'elle n'est accompagnée d'aucun programme d'investissement ou qu'aucune incorporation des réserves au capital n'est prévue⁶⁷⁹.

Pour s'en convaincre, il convient de faire cas de cette décision du Tribunal Régional de Niamey, où il a été jugé que, la preuve d'un abus de majorité n'est pas établie : « dès lors qu'un rapport d'expertise a confirmé l'état des comptes des associés et a révélé que la société a un important besoin de financement en capital justifiant la mise en réserves de tout ou parties des résultats ultérieurs, jusqu'au rétablissement de l'équilibre, alors, le fait de donner quitus au gérant de ses comptes, d'apurer les comptes des associés ou encore de ne pas distribuer les dividendes et d'affecter les bénéfices en réserves, sans établir des fautes de gestion à son encontre ou d'établir la fausseté des comptes des associés, ou surtout, de prouver que l'intérêt social a été méconnu ou les résolutions prises sont inspirées, pour cette année seulement, pour favoriser un groupe d'associés au détriment de l'autre, ne suffit pas à considérer lesdites résolutions comme entachées d'abus de majorité »⁶⁸⁰. On déduira de cette décision, que le tribunal s'est prononcé en faveur de la théorie institutionnelle en prenant en compte l'intérêt de la société, personne morale.

Ainsi, c'est à tort qu'une Cour d'Appel a retenu l'abus de majorité, alors même que : au regard de l'article 130 alinéa 2 de l'AUSCGIE, il faut trois conditions pour caractériser l'abus de majorité, à savoir une décision non justifiée par l'intérêt de la société, une décision dans le seul intérêt des associés majoritaires et une décision contraire aux intérêts des associés minoritaires. En l'espèce, c'est en violation de cette disposition qu'une cour d'appel s'est limitée à déclarer que la réserve de 140.000.000.000 F était suffisante pour relancer les activités de la société en cause et honorer ses engagements vis-à-vis de ses partenaires et que

⁶⁷⁹ J.P SORTAIS, art. précit.p.6. Voir par exemple : Cass.com. 22/4/1976: D.1977, p.4 note BOUSQUET.

⁶⁸⁰ Tribunal Régional de Niamey, jugement civil n°96 du 26 mars 2003, Abass Hammoud c/ Jacques Claude Lacour, Ohadata J-04-78.

les actionnaires majoritaires ne prouvaient pas que la décision d'affecter une partie des bénéfices aux réserves n'était pas prise dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment des membres de la minorité, sans relever la réalisation d'aucune des conditions précitées, exposant ainsi son arrêt à la cassation.

Sur l'évocation, la défenderesse doit être déboutée de ses demandes, fins et conclusions, la preuve de l'abus de majorité n'a pas été rapportée et le jugement infirmé.

Aucune intention de nuire n'ayant été relevée dans l'action de la défenderesse, la demande de dommages-intérêts des demanderesses doit être rejetée⁶⁸¹.

En droit comparé, l'abus de majorité a été retenu du fait de « l'affectation systématique, pendant vingt ans, de la totalité des bénéfices à la réserve extraordinaire et le refus de distribuer tout dividende, dès lors que ces sommes n'ont pas été utilisées pour des investissements mais simplement portées au crédit des comptes bancaires de la société »⁶⁸². Ainsi, les juridictions prononceront ou non l'abus de majorité selon que l'affectation des réserves est justifiée ou non par l'intérêt social.

Sous cette logique, il a été jugé qu'il n'y a pas abus de majorité « en cas de forte augmentation de la rémunération du président directeur général parallèlement à une mise en réserve systématique des bénéfices, dès lors que ces réserves répondaient à une politique de prudence et qu'il n'était pas établi que la rémunération litigieuse était en soi contraire à l'intérêt social ou prise dans le seul intérêt des majoritaires »⁶⁸³

Dans le groupe de sociétés, la question peut être posée de savoir, si l'on doit prendre en compte l'intérêt du groupe ou celui de la société concernée pour apprécier l'abus de majorité. A cet effet, il a été jugé que : « des conventions de gestion et de trésorerie conclues entre une société mère et sa filiale peuvent être annulées s'il apparaît qu'elles sont sans contrepartie réelle pour cette filiale »⁶⁸⁴. Il en résulte donc que, la majorité qui contrôle un groupe de sociétés ne peut abuser de sa position pour imposer à une des sociétés contrôlées, au nom des intérêts généraux du groupe, une décision contraire aux intérêts particuliers de cette société⁶⁸⁵.

⁶⁸¹ ARRÊT N° 134/2015, POURVOI N° 037/2014/PC DU 10/03/2014 : SOCIÉTÉ GÉNÉRALE DE BANQUES EN GUINÉE, SOCIÉTÉ GÉNÉRALE FRANCE C/ SOCIÉTÉ HANN ET COMPAGNIE, Ohadata J-16-127.

⁶⁸² Cass.com. 22/4/1976: D.1977, p.4 note BOUSQUET.

⁶⁸³ Cass.com. 17/3/2009 : n°08-11.268 : RJDA 12/09 n°1087.

⁶⁸⁴ Cass.com. 21/1/1997 : RJDA 4/97 n°525.

⁶⁸⁵ LEFEBVRE F, op.cit. p.1337, n°80140.

2- L'hypothèse d'augmentation ou de réduction du capital

Une autre hypothèse d'abus de majorité et qui semble favorable à la conception institutionnelle de la société se rencontre en matière d'augmentation ou de réduction de capital social.

En cette matière, l'abus de majorité présente un caractère exceptionnel, en ce que derrière l'intérêt de la société peut se greffer l'intérêt des majoritaires. Pour illustrer cet état de fait, il convient de convoquer l'arrêt rendu par la Cour de cassation en date du 22 mai 2001⁶⁸⁶.

En l'espèce, une augmentation de capital importante (8 563 000 F pour un capital initial de 1 000 000 F) avait été décidée, mais elle ne provenait que partiellement d'apports nouveaux (437 000F) effectués en deux fois et, pour l'essentiel (soit plus de 8 000 000 F), de la décision prise ensuite d'incorporer au capital les primes d'émission dont le montant pouvait paraître disproportionné par rapport au nominal de l'action (la prime était, en effet de 5 900 F pour chaque action de 100 F) ; il était évident que « derrière l'enjeu financier se profilait un enjeu de pouvoir », et l'on comprend que les minoritaires aient plaidé, tout à la fois, la fraude, l'absence de cause et l'abus de majorité : sur ce dernier point l'arrêt estime que : « compte tenu de l'impérieux besoin en fonds propres de la société, il ne pouvait y avoir atteinte à l'intérêt social et que la rupture d'égalité ne se constatait pas puisque tous les actionnaires avaient eu accès aux mêmes conditions aux actions nouvelles ».

Pourtant, comme on a su le relever avec justesse : « il ne faisait aucun doute que si l'on avait procédé en deux temps, le recours à cette méthode indirecte n'avait d'autre but que de permettre aux actionnaires majoritaires de le demeurer »⁶⁸⁷.

Il faut souligner aussi, que même dans l'hypothèse où le juge retient l'intérêt commun des associés, il se montre prudent dans la caractérisation de l'abus de majorité. Ainsi à propos de la technique connue sous le nom de « coup d'accordéon », il a été jugé que la réduction temporaire à zéro du capital, accompagnée d'une prime d'émission élevée n'était pas constitutive d'un abus de majorité alors même que l'opération permettait à l'associé (devenu) majoritaire d'échapper à la promesse d'achat qu'il avait faite et qui portait sur des actions annulées du fait du « coup d'accordéon »⁶⁸⁸.

⁶⁸⁶ Bull. Joly.2001.1003, note H. Le Nabasque, Banque et droit n°82, mars-avril 2002, p.47 ; obs. I. Riassetto.

⁶⁸⁷ SORTAIS J.P, art.précit.p. 7.

⁶⁸⁸ Cass.com. 10 octobre 2000, aff. Demenois c/ SEDEC, inédit , arrêt n°1642 sur pourvoi n°98-10-2326.

Selon cet arrêt, la réduction de capital litigieuse « sanctionnerait une obligation essentielle des associés consistant à contribuer aux pertes sociales », la Cour de cassation relevant au passage que la cour d'appel a, à bon droit, énoncé que « l'intérêt commun est le même pour chaque associé et permet à chacun d'eux de retirer un bénéfice personnel à proportion du bénéfice collectif ».

Au regard de ce qui précède, il est permis de conclure que les juridictions pour qualifier l'abus de majorité tiennent compte de l'intérêt social, vu sous l'angle de la conception institutionnelle de la société. Ainsi, ne peuvent constituer un abus de majorité que les décisions prises sans égard à l'intérêt social, dans l'intérêt exclusif des majoritaires au détriment de l'intérêt des minoritaires. Il en résulte aussi que, l'abus de majorité n'est pas retenu même dans les hypothèses où, derrière l'intérêt social vient se faufiler l'intérêt des majoritaires.

Cela dit, il convient d'analyser les hypothèses d'abus de majorité mettant l'accent sur la rupture d'égalité entre les associés (B).

B- Les hypothèses d'abus de majorité accentuées sur la rupture d'égalité

Pour caractériser l'abus de majorité, certaines décisions mettent l'accent sur la rupture d'égalité entre associés. En effet, dans tous les cas où l'égalité entre les associés est éprouvée dans l'exercice du droit des votes, les tribunaux sont enclins à retenir l'existence d'un abus de majorité.

1- Les hypothèses retenues

En l'absence d'une jurisprudence fournie en droit OHADA, il serait de bonne méthode de recourir au droit comparé en vue d'illustrer nos propos. Du reste, ce recours se justifie amplement en ce que : le contenu de l'article 130 de l'AUSCGIE est à quelques nuances près, identique à celui de la jurisprudence française qui considérait 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 »⁶⁸⁹.

Ainsi, en matière de conventions règlementées, l'abus de majorité n'est caractérisé que si l'approbation de la dite convention est contraire à l'intérêt social ou réalisée dans l'intérêt unique des ou du mis en cause. Comme cela a été relevé par les commentateurs, « l'abus naît dès lors que les actionnaires majoritaires usent avec malice de la liberté qu'offre le droit des sociétés ».

Dans d'autres hypothèses⁶⁹⁰, l'abus de majorité a été retenu du fait de « la transformation d'une société anonyme en société en commandite simple principalement justifiée par les avantages fiscaux offerts au principal actionnaire »⁶⁹¹. Il en va de même de « l'attribution de rémunérations exagérées aux dirigeants de la société⁶⁹², en particulier l'octroi d'une prime largement supérieure aux bénéfices sociaux d'ailleurs mis en réserve sans investissement consécutif pendant plusieurs années »⁶⁹³.

Dans le même ordre d'idées, l'abus de majorité a été retenu dans l'hypothèse de « la révocation d'un administrateur, principal acteur d'une société anonyme exploitant une maison

⁶⁸⁹ Com. 18 avril 1961 : D.1962, p.661.

⁶⁹⁰ Arrêts consultables sur <http://www.institut-idef.org/Article-130.2039.html>.

⁶⁹¹ T. com. Paris 29-6 1981 : Gaz. Pal. 1981 p. 687.

⁶⁹² CA Grenoble 6-5- 1964 : Gaz. Pal. 1964. 2 . p. 208.

⁶⁹³ Cass. com. 1-7- 2003 n° 1077 : RJDA 11/03 n° 1074.

de mode, votée par l'actionnaire majoritaire récemment révoqué de son mandat de président directeur général dans le seul dessein d'exercer seul la direction de fait de la société au détriment de cet administrateur, son conjoint »⁶⁹⁴. Il en est ainsi de « la prise en charge pour une société de l'intégralité du passif de sa filiale, alors que la mesure avait été décidée au détriment des intérêts de la société mère et en vue de masquer la gestion d'un actionnaire, gérant de la filiale et membre du groupe majoritaire »⁶⁹⁵ ou encore de « l'autorisation de cautionnement hypothécaire en garantie d'un emprunt contracté par l'associé majoritaire »⁶⁹⁶.

Aussi, l'abus a-t-il été retenu dans un cas où « le gérant majoritaire d'une société la dirige vers des opérations de courtage profitant à une autre société dont il était majoritaire »⁶⁹⁷. Il en va de même, ainsi que nous l'avons dit : de « l'affectation systématique de l'intégralité des bénéfices à la réserve extraordinaire pendant vingt ans et le refus de toute distribution de dividendes sans aucun investissement des sommes portées uniquement au crédit des comptes bancaires de la société »⁶⁹⁸.

2- Les hypothèses exclues

L'abus de majorité n'est pas caractérisé dans le cas : « d'une assemblée ayant voté la conversion des parts de fondateur en actions »⁶⁹⁹ ; « d'une assemblée ayant décidé un apport fusion, même si cette opération conduit à exclure un actionnaire »⁷⁰⁰ ou enfin « d'une assemblée ayant voté une émission d'actions nouvelles réservées à certains salariés de l'entreprise réalisée sans prime d'émission et ayant sensiblement amoindri la valeur des droits des anciens actionnaires »⁷⁰¹.

Dans l'hypothèse de la mise en réserve des bénéfices aussi, n'a pas été jugée abusive, « une mise en réserves des bénéfices sociaux sur plusieurs années ayant permis de réaliser des

⁶⁹⁴ CA Paris 2- 7- 2002 n° 01- 19901 : RJDA1/03 n° 35.

⁶⁹⁵ Cass. com. 29- 5- 1972 : Bull. civ. I n° 164.

⁶⁹⁶ Cass. 3è civ. 25-3- 1998 : RJDA 6/98 n° 722 relatif à une société civile immobilière mais transposable aux sociétés commerciales.

⁶⁹⁷ CA Paris 4-2- 1980, inédit.

⁶⁹⁸ Cass. com. 22-4- 1976 : D. 1977 p. 4 note Bousquet.

⁶⁹⁹ CA Paris 7-11- 1972 : JCP 1973 II n° 17448 note Y. Guyon.

⁷⁰⁰ Cass. com. 7-7- 1980 : Rev sociétés 1981 p. 315 et CA Rouen 6-7-2004 n° 02- 3307 : RJDA 2/05 n° 146.

⁷⁰¹ CA Paris 15-10- 1986 : D. 1987 p. 136 note Honorat.

investissements notoires à la société »⁷⁰² ou encore « de reconstituer sa trésorerie sans augmentation consécutive de la rémunération des majoritaires »⁷⁰³.

L'abus de majorité n'a pas été retenu dans l'hypothèse « de la mise en location- gérance de fonds de commerce de quatre sociétés au profit d'une autre société du groupe, constituant une opération courante dans la branche d'activité en cause et conforme à l'intérêt social »⁷⁰⁴.

Il en est ainsi « de la cession à une entreprise tiers d'un contrat de distribution essentiel incluant la cession des stocks et une partie du personnel et permettant d'éviter le dépôt de bilan de la société, alors que la cession n'a pas été approuvée par le demandeur en sa qualité d'administrateur qui s'était opposé au projet durant l'assemblée sans avancer d'autre solution »⁷⁰⁵. Dans le même ordre d'idées, n'est pas abusive « l'autorisation de cession de l'intégralité des actifs de la société (droits au bail, matériels informatiques...) à des tiers, justifiée par la situation financière alarmante de la société »⁷⁰⁶.

Aussi, n'est pas abusive la décision en vue « du déménagement de l'activité de la société dans de nouveaux immeubles édifiés en crédit- bail par les actionnaires majoritaires le louant à la société n'ayant pas porté atteinte à sa situation financière »⁷⁰⁷.

Enfin, il convient de faire cas de cette décision de la Cour de révision judiciaire⁷⁰⁸, qui a apporté des précisions sur la constitution de l'abus de majorité en se fondant sur la conception contractuelle de la société.

Selon la Cour : « Attendu qu'il résulte des articles 25 et 26 du Code de commerce que la société, fût elle anonyme, est un "contrat" obéissant au droit civil, aux lois particulières au commerce et aux conventions des parties et de l'article 1711 du Code civil, consacré aux sociétés de commerce ; que les règles qu'il pose ne s'appliquent à ces sociétés "que dans les points qui n'ont rien de contraire aux lois et usages du commerce" ; qu'à moins de soutenir que les règles de l'article 989 du Code civil ou des articles 1671 alinéa 1, 1691 alinéa 1, 1693

⁷⁰² Cass. com. 3-6-2003 : RJDA 11/03 n° 1074.

⁷⁰³ CA Versailles 29-4- 2004 n° 02- 803 : RJDA 12/04 n° 1328.

⁷⁰⁴ CA Paris 26-5- 1987 : Bull. Joly 1987 p. 790.

⁷⁰⁵ Cass. com. 26-4- 1994 : RJDA 8-9/ 94 n° 940.

⁷⁰⁶ Cass. com. 28-4- 2004 n° 695 : RJDA 8-9/ 04 n° 982.

⁷⁰⁷ Cass. com. 4-10-1994 : RJDA 12/94 n° 1296.

⁷⁰⁸ Cour de révision judiciaire, 6 octobre 2005, n° de l'arrêt : 2005-25.

du même code soient contraires aux usages du commerce, elles dominent inévitablement toutes réglementations particulières à cette matière ; que l'ordonnance du 5 mars 1895 fixant les règles de fonctionnement des sociétés anonymes se situe dans ce cadre de principe, qui écarte, par hypothèse, tout débordement de pouvoir de la part des organismes qui les gèrent ; que c'est de l'ensemble de ces règles que naît la notion jurisprudentielle "d'abus de majorité" que la Cour d'appel n'a fait qu'appliquer en se conformant aux critères résultant des textes susvisés, à savoir la contrariété à l'intérêt social et le dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de la minorité en éludant une équitable distribution des bénéfices ; Attendu que ces règles s'appliquent aussi nécessairement à la nomination des administrateurs qui, lorsque la désignation jugée résulte d'un abus de majorité, est annulée ; que toutes les décisions ultérieures, y compris la convocation des assemblées générales et, a fortiori, les décisions des dites assemblées, notamment les quitus qu'elles peuvent avoir donnés, se trouvent invalidées par voie de conséquence ».

Il en résulte donc que, selon les cas et les situations, les juridictions peuvent se baser sur l'une ou l'autre des théories pour constater l'abus de majorité. Selon l'angle choisi, et ainsi que nous l'avions démontré, une même décision peut être constitutive d'abus de majorité ou non.

Ainsi détaillés, les abus de droit de vote nécessitent que soient précisées, les sanctions qui leur sont applicables en vue d'assurer une protection efficace à l'intérêt social (Section II).

Section II : Un interventionnisme visant à sanctionner des décisions constitutives d'abus

Qu'il s'agisse d'abus de majorité ou de minorité ou même d'égalité, le législateur a prévu des sanctions afin d'assurer une protection efficace à l'intérêt social. Les sanctions varient selon que l'on est en présence d'abus de majorité ou d'abus de minorité et d'égalité.

Ainsi, aux termes de l'article 130 : « les décisions constitutives d'abus de majorité sont nulles ». Et l'alinéa 3 d'en rajouter 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 ». Il en résulte donc que : la sanction naturelle d'abus de majorité est l'annulation de la décision abusive. Exceptionnellement, la responsabilité des associés majoritaires peut être engagée, lorsque du fait de la décision abusive, il en est résulté un préjudice pour les associés minoritaires.

Quant aux abus de minorité et d'égalité, ils sont soumis ainsi que nous l'avions dit, au même régime juridique. Aux termes de l'alinéa 1^{er} de l'article 131 : « les associés minoritaires ou égalitaires peuvent engager leur responsabilité en cas d'abus de minorité ou d'égalité ». Et l'alinéa 3 de préciser 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 ». On en déduit que, la sanction des abus de minorité et d'égalité est double : d'une part, la responsabilité des auteurs et d'autre part, la désignation d'un mandataire ad hoc afin de les représenter pour la prise de la décision bloquée.

De ce que l'abus de majorité s'apprécie au regard de la décision prise, alors que l'abus de minorité ou d'égalité suppose un blocage dans la prise d'une décision dans l'intérêt social, il en résulte cette conséquence que les différents régimes doivent être traités séparément.

Il en résulte donc que, l'appréciation de l'intérêt social pour sanctionner ces abus s'opérera de manière différente. A cet effet, il est de bonne méthode d'examiner d'une part, la sanction d'abus de majorité (Paragraphe I). Et d'autre part, la sanction d'abus de minorité et d'égalité (Paragraphe II).

Paragraphe I : Les sanctions d'abus de majorité pouvant être prononcées par le juge

Il convient de rappeler, ainsi que cela a été précisé, que l'abus du droit de vote consistant pour un associé à user de façon discrétionnaire est établi lorsque, d'une part, le vote est exercé par une catégorie d'associés, majoritaires ou minoritaires, dans l'intention de nuire aux intérêts de l'autre catégorie et, d'autre part, contraire non pas l'intérêt personnel de l'associé, minoritaire ou majoritaire mais l'intérêt social⁷⁰⁹.

Dans l'hypothèse d'abus de majorité, si l'alinéa 1^{er} l'article 130 pose la première branche de sanction qui est la nullité de la décision abusive ; l'alinéa 3 prévoit la possibilité pour les associés minoritaires d'engager la responsabilité des associés minoritaires.

Dés lors qu'il est établi, l'abus de majorité permet d'annuler la décision de l'assemblée concernée. L'abus de majorité peut en outre entraîner la responsabilité des majoritaires, s'il est établi un préjudice subi par les minoritaires.

Pour se faire, nous verrons l'annulation comme sanction principale d'abus de majorité (A), avant de voir la possibilité offerte aux minoritaires de pouvoir engager la responsabilité des majoritaires en guise de sanction éventuelle (B).

⁷⁰⁹ Cass. 3^{ème} civ. 18/6/1997 RJDA 11/97 n°1860.

A- L'annulation de la décision, sanction principale

La sanction principale d'abus de majorité est l'annulation de la décision abusive tel que précisé à l'alinéa 1^{er} de l'article de l'article 130 de l'AUSCGIE. L'objectif ici, est de permettre au juge de priver d'effets, les décisions prises sans aucune considération de l'intérêt social, dans le but de favoriser les intérêts des majoritaires, au détriment des minoritaires. Cette sanction vise l'acte et non les personnes. La nullité qui sera prononcée permet d'anéantir et cela de façon rétroactive la décision prise abusivement.

1- Le régime de la nullité

La nullité de la décision litigieuse doit être, en principe, demandée par les associés minoritaires. Cela est d'autant plus logique, que l'abus de majorité vise à les protéger contre les manœuvres des majoritaires. Mais aussi, l'abus de majorité vise à protéger l'intérêt social, regardé ici, comme la somme des intérêts des associés.

En jurisprudence, des précisions quant aux personnes ayant pouvoir d'exercer l'action en nullité ont été apportées. Ainsi, il a été jugé que : « la nullité de la résolution litigieuse peut être demandée même par les actionnaires ayant émis un vote favorable à celle-ci en vertu de l'ordre public de la nullité »⁷¹⁰. Toutefois, « la nullité ne peut être demandée par eux et qu'il convient de vérifier si la délibération litigieuse n'a pas été approuvée par le demandeur, les juges du fond devant vérifier si la délibération prétendue abusive avait porté atteinte à la volonté des associés minoritaires au moment de l'acte »⁷¹¹.

Dans le même ordre d'idées, l'action en nullité peut être exercée « par le président de la société au nom de celle-ci »⁷¹² ; ou encore « par les associés et en référé en présence d'une omission de la société à solliciter les mesures nécessaires à la nullité »⁷¹³. Elle peut également être exercée « par le gérant au nom de la société, d'une part, pour abus de majorité de conventions d' « assistance » et « groupe » conclues entre un ancien gérant et un associé majoritaire et, d'autre part, une action en restitution des sommes perçues en exécution de ces accords »⁷¹⁴.

⁷¹⁰ CA Paris, 8/7/1982 : BRDA 21/82 p.12.

⁷¹¹ Cass.com. 4/5/1993: RJDA 8/9/93 n°702 ; CA Versailles, 20/5/1999 : RJDA 2/00 n°166.

⁷¹² Cass.com. 21/1/1997 : RJDA 4/97 n°525.

⁷¹³ CA Paris, 20/3/2002 n°01-22215 : RJDA 7/02 n°762.

⁷¹⁴ Cass.com. 21/1/1997 : RJDA 4/97 n°525.

Il s'y ajoute que : « l'action en nullité exercée contre un établissement public en tant qu'associé majoritaire relève de la compétence des juridictions judiciaires »⁷¹⁵.

Si de façon formelle l'article 130 semble assimilé l'intérêt social à l'intérêt commun des associés, il n'en demeure pas moins qu'en pratique, la jurisprudence peut se montrer pragmatique, en reconnaissant l'exercice de l'action aux personnes ayant émis le vote. De ce point de vue, la sanction de l'abus de majorité prend en compte l'aspect institutionnel de la société dont l'intérêt transcende celui de la communauté des associés.

Dès que l'abus est constaté, les associés auxquels la décision a causé un préjudice peuvent demander la nullité de celle-ci. Il s'agit d'une application particulière en droit des sociétés des dispositions de l'article 1840-10 du code civil relatif à la nullité des contrats. Au regard des risques que peut receler la nullité, la doctrine, notamment française à inviter les juges à explorer d'autres sanctions.

Le premier risque lié à cette sanction est celui d'entraîner des nullités en cascade. En effet, selon un auteur⁷¹⁶, si par hypothèse, des nominations d'administrateurs sont attachées d'abus, à ce titre, nulles, il conviendra d'annuler les décisions prises par le conseil d'administration irrégulièrement composé⁷¹⁷. On comprendra alors qu'une annulation pourrait avoir des répercussions dépassant le simple cadre de la société.

Il s'y ajoute aussi que, si l'acte abusif et la rupture d'égalité qui en est résultée ont leur origine dans un contrat passé avec un tiers, la sanction de l'annulation risque de devenir inadaptée⁷¹⁸ : en effet, sous réserve du cas de fraude, le tiers ayant été de connivence avec les dirigeants ou les associés majoritaires ; il n'y a aucune raison de faire supporter au tiers les conséquences qui relèvent d'une affaire interne de la société⁷¹⁹.

2- L'exploration d'autres sanctions

Au regard de ce qui précède, la doctrine propose d'explorer d'autres sanctions : la dissolution de la société et la désignation d'un administrateur provisoire. Le fondement de la dissolution se trouve dans l'article 1844-5 du code civil. En effet, l'abus de majorité apparaît comme un signe de la mésintelligence entre associés.

⁷¹⁵ T. confl. 3/7/2000 n°3206 : RJDA 2/01 n°178.

⁷¹⁶ JP SORTAIS, art.précit.p.8.

⁷¹⁷ Cass.com. 24 avril 1990.

⁷¹⁸ JP SORTAIS, *ibid*.

⁷¹⁹ Voir à cet égard : cass.com. 4 octobre 1994 à propos d'un contrat de crédit bail.

Toutefois, le souci d'assurer une certaine stabilité à l'actionnariat recommande à ce que la dissolution ne soit pas automatique. En effet, comme l'a fait observer un auteur⁷²⁰, « la mise à mort de la société ne peut être prononcée que si la « situation est devenue irrémédiable »⁷²¹. Il est donc possible, avant cette solution de procéder à la nomination d'un administrateur provisoire, chargée de gérer les affaires sociales.

Les cas dans lesquels la dissolution est prononcée sont exceptionnels. On en retient particulièrement un : la société ne comptait que deux associés et, surtout, ce que l'arrêt a stigmatisé ce n'est pas telle ou telle décision mais « une situation » déclarée « contraire à l'intérêt social », créée et exploitée par un gérant « abusant de ses prérogatives »⁷²². A cet égard, M. PORACCHIA fait observer que : « l'abus se situe dans le caractère purement léonin de la politique suivie en conséquence de la délibération...plus que de la délibération elle-même. Cela montre que l'abus peut aussi être poursuivi lorsque la délibération, sans être initialement abusive, a permis la réalisation d'opérations et plus largement la poursuite d'une politique sociale qui l'ont été »⁷²³.

En tout état de cause, il y avait quelques rares précédents dans lesquels la dissolution avait été évoquée mais rejetée, entre autres motifs parce que la mésestimation n'apparaissait imputable qu'au demandeur⁷²⁴.

On conclura avec cette observation du Professeur SORTAIS⁷²⁵ : en toute hypothèse, la dissolution ne peut être envisagée que si la disparition de l'affectio societatis est avérée et paralyse le fonctionnement de la société. Cela est d'autant plus vrai qu'en droit OHADA, la société commerciale est créée dans l'intérêt commun des associés⁷²⁶. Il s'y ajoute que, l'article 200-5° précise que : « la dissolution anticipée peut être prononcée par la juridiction compétente, à la demande d'un associé pour justes motifs, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé ou de mésestimation entre associés empêchant le fonctionnement normal de la société ».

Ainsi détaillé, il convient de voir la sanction éventuelle d'abus de majorité à savoir la responsabilité des associés auteurs de l'abus vis-à-vis des associés minoritaires (B).

⁷²⁰ FAYE A., art.précit.p.15.

⁷²¹ Le CANNU P., note sous Cass.com. 18 mai 1982, Rev.sociétés.1982, p.804.

⁷²² Le CANNU P., note sous Cass.com. 18 mai 1982, Rev.sociétés.1982, p.804.

⁷²³ Notes Cour d'appel Paris, 19 septembre 2001, Dr. Et patrimoine, n°99, déc.2001, p.100 ; spéc.,p.104.

⁷²⁴ Cass.com., 28 février 1977, D.1977, IR 312 obs. Bousquet, Rév.sociétés 1978.245, note Gastaud ; cass.com. 6 février 1957, Bull. civ. III, n°48 qui, au contraire, approuve la dissolution, motif pris des abus de droit commis par le groupe majoritaire et de l'hostilité profonde entre les deux groupes d'associés rendant impossible la continuation de la société).

⁷²⁵ Art.précit.p. 8.

⁷²⁶ Article 4 alinéa 2 de l'AUSCGIE.

B- L'allocation des dommages-intérêts, sanction éventuelle

A la lecture de l'alinéa 3 de l'article 130, on est en droit de déduire qu'à côté de l'annulation de la décision abusive, les associés minoritaires peuvent en outre, engager la responsabilité des associés auteurs de l'abus de majorité.

1- La détermination des associés responsables

L'alinéa 3 précise de façon péremptoire 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 ».

Cette sanction vise les associés majoritaires responsables de l'abus et, permet aux associés minoritaires, d'obtenir la réparation du préjudice subi du fait de la décision litigieuse. Il s'agit donc d'une sanction éventuelle applicable aux associés majoritaires, et dont la mise en œuvre suppose que les associés apportent la preuve d'un préjudice résultant de l'abus de majorité.

Par définition, l'abus de majorité, en provoquant une rupture d'égalité entre les associés, est préjudiciable aux minoritaires⁷²⁷. De ce fait, les minoritaires qui veulent obtenir des dommages-intérêts doivent assigner non pas la société, mais les majoritaires car seuls ces derniers ont commis la faute qui ouvre droit à réparation⁷²⁸.

En pratique, le problème peut se poser de savoir contre qui la condamnation à indemniser peut être prononcée. A cet égard, il a été proposé de distinguer plusieurs situations amenant à tenir compte et de type de la société et de type de décision ayant donné lieu à l'abus.

Ainsi, lorsque la société ne rassemble que des associés en nombre limité, il est possible d'identifier l'auteur ou les auteurs de l'abus : c'est à son (leur) encontre que la condamnation à dommages-intérêts devra être prononcée et l'on pourra faire reposer cette condamnation sur l'article 1833 du code civil⁷²⁹. On comprendra alors que dans cette hypothèse, la responsabilité des majoritaires a une nature contractuelle et, elle a la faveur des tenants de la théorie contractualiste de la société.

Toutefois, il peut se faire aussi que les associés ou actionnaires soient nombreux et que la décision abusive ait donné lieu à un vote à mains levées : comment alors identifier les auteurs

⁷²⁷ J.P SORTAIS, art.précit.p.8.

⁷²⁸ Cass.com. 6/6/1990 : Bull.civ. IV n°171.

⁷²⁹ Ibidem.

de l'abus ? Une telle situation illustre à quel point le qualificatif « anonyme » est justifié puisqu'il signifie que la société ainsi qualifiée n'expose point ses associés et l'on retrouve l'intérêt de la distinction entre sociétés de personnes et sociétés de capitaux et la place intermédiaire qu'occupe la SARL au regard de cette distinction⁷³⁰. On remarquera alors que : quoiqu'il en soit, si une indemnisation doit être accordée aux victimes de l'abus, ce n'est peut être à la charge de la société elle-même, ce qui revient à dire que les minoritaires subiront parte in qua les conséquences de la condamnation : c'est là la rançon à payer pour l'appartenance à un groupement personnifié⁷³¹.

2- La délicate détermination des responsables en cas de décision prise par un organe de la société

La question de la réparation du préjudice subi par les associés minoritaires se pose avec plus d'acuité lorsque la décision abusive a été prise par un organe de la société, engageant celle-ci. En effet, ici quoique les auteurs de l'abus aient été identifiés, il va se poser la question de savoir la personne à qui imputer les conséquences de l'abus. Sur cette question, la jurisprudence était divisée, notamment en matière de révocation abusive de gérants des SARL. Ainsi deux courants se sont affrontés.

Le premier résulte d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris⁷³², où dans une SARL de trois personnes, la gérante associée avait été révoquée par ses deux coassociés convoqués et réunis dans des conditions irrégulières, leur décision étant selon les constatations de la Cour d'appel, « inspirée par une intention vexatoire et contraire à l'intérêt social ». La Cour avait estimé que : « quelle que soit leur gravité, les reproches adressés aux associés minoritaires concernant la décision de révocation s'adressent à des associés qui, usant de leur liberté de vote, ont pris une décision d'associés engageant la société » et que « les manquements fussent-ils à finalité vexatoire et contraires à l'intérêt social, sont impropres à caractériser une faute personnelle des associés susceptible d'engager leur responsabilité ».

La Cour d'appel ici impute les conséquences dommageables à la société du fait que la décision a été retenue par un organe engageant la société. Toutefois, il convient de relever que

⁷³⁰ Ibidem.

⁷³¹ Cass. 3^{ème} civ, 29 octobre 1974, JCP 1975. II.17929 Notes Guillot : comparaison avec la situation du copropriétaire qui, ayant gagné son procès contre le syndicat de copropriété, doit néanmoins contribuer au paiement des dépens mis à la charge du syndicat.

⁷³² CA Paris, 6 mars 1998 : Rev.sociétés 1998.436, obs. Y. GUYON ; Dr.sociétés 1998, n°106, note VIDAL, RTD. com. 1998.339, obs. CHAMPAUD et DANET.

la Cour n'a pas tiré les conséquences de son argument. En effet, ayant relevé à juste titre, l'irrégularité de la convocation, il lui aurait été logique de retenir la faute personnelle des coassociés pour pouvoir engager leur responsabilité in solidum avec la société.

Cette dernière possibilité a déjà été admise par un arrêt de la Cour de cassation⁷³³ qui avait admis dans un cas où la révocation était régulière mais qui paraissait avoir été décidée « dans un but personnel, sous couvert de divergence avec son frère ». Après avoir relevé que : « la révocation présentait un caractère brutal et vexatoire, a condamné l'associé majoritaire in solidum avec la société au paiement des dommages-intérêts envers le gérant révoqué ».

Quant au second courant, il implique, ainsi que cela a été relevé à juste titre que⁷³⁴ : « la décision de révocation intervenue dans de telles conditions puisse engendrer deux conséquences (l'une n'excluant pas l'autre) : d'une part, la nullité qui sanctionne les conditions irrégulières de convocation et de tenue de l'assemblée et qui, si elle avait été demandée (étant précisé qu'elle est toujours facultative pour le juge) ; et d'autre part, la responsabilité ».

Cela a été illustré par un arrêt de la Cour de cassation⁷³⁵ qui a décidé que : « par leur vote les associés engagent leur responsabilité personnelle ».

A cet égard, il a été relevé que : « en décidant que, par leur vote, les associés engagent leur responsabilité personnelle, l'arrêt revêt une importance exceptionnelle en « ce qu'il prend implicitement le contrepied de certains principes de droit des sociétés »⁷³⁶ ; il va directement à l'encontre de la notion de liberté de vote, le vote exprimant une décision d'associé, prise ès qualité et ne pouvant engager que la société ; il implique que le droit de vote soit conçu comme « un droit fonction » ou mieux, comme un pouvoir susceptible d'abus »⁷³⁷.

En tout état de cause, on remarquera, à propos de la sanction d'abus de majorité, que la Cour entend se tenir à distance des analyses théoriques que sont la conception institutionnelle (elle

⁷³³ Cass.com. 1^{er} février 1994, Rev.sociétés 1995.281, note CHARTIER, JCP 1995.II.21432, note GIBIRILA, Bull. Joly. 1994.413, note R. BAILLOD.

⁷³⁴ JP SORTAIS, art.précit.p.9.

⁷³⁵ 13 mars 2001 : Bull.civ. IV., n°60, D.2001.1175, obs. LIENHARD, Dr. Sociétés.2001, n°101, obs. LUCAS, Rev.sociétés.2001.818, note Dondero, Bull.Joly. 2001.891, note PRIETO, JCP éd.E,2001.953, note VIANDIER, RTD.com.2001.443, note CHAMPAUD et DANET.

⁷³⁶ CHAMPAUD et DANET, obs.précit. n°106.

⁷³⁷ JP SORTAIS, art.précit.p.9.

rejette l'idée d'une responsabilité qui ne serait que fonctionnelle) et la conception contractuelle (puisqu'elle répudie l'idée, in casu, de responsabilité contractuelle).

On comprendra alors pourquoi l'appréciation de l'abus de majorité a été démontrée dans le cadre de cette étude, selon deux points de vue : l'un prenant en compte la conception institutionnelle, et l'autre, basé sur le constat de rupture d'égalité.

Ainsi précisé, il convient à présent d'analyser les sanctions d'abus de minorité et d'égalité (Paragraphe II).

Paragraphe II : Les sanctions d'abus de minorité et d'égalité pouvant être prononcées par le juge

Il résulte des dispositions de l'article 131 de l'AUSCGIE que, les associés minoritaires ou égalitaires, responsables d'abus, peuvent engager leur responsabilité. Outre, cette responsabilité, « 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 ».

Il résulte de cette disposition que, lorsque l'abus est établi, les associés minoritaires ou égalitaires peuvent voir leur responsabilité engagée. Elle va consister en l'octroi des dommages et intérêts, dès lors que l'existence du préjudice est prouvée. Il n'en demeure pas moins que le souci de protection de l'intérêt social, peut amener le juge à désigner un mandataire ad hoc à l'effet de représenter les associés responsables dans la prise de la décision. On remarquera que, l'article 131 précise que : le vote doit se faire dans l'intérêt social y compris celui des différents associés. Cette formule consacre à la fois, les conceptions institutionnelle et contractuelle de la société.

En outre, légitimant l'intrusion du tiers dans le fonctionnement de la société, le législateur OHADA consacre de façon formelle l'interventionnisme judiciaire. Toutefois, en précisant le sens dans lequel doit intervenir le vote du mandataire, le législateur OHADA relativise cet interventionnisme. Il s'y ajoute aussi, que pour éviter un interventionnisme affirmé dans le fonctionnement des sociétés commerciales, le législateur ne consacre pas la possibilité pour le juge de prendre des décisions valant vote.

A cet égard, la protection directe de l'intérêt social à travers la sanction des abus de minorité et d'égalité s'appréciera sous deux angles : d'une part, la condamnation des associés responsables au paiement des dommages-intérêts (A) ; et d'autre part, le rejet des décisions valant vote (B) afin d'éviter un interventionnisme judiciaire excessif.

A- La condamnation au paiement des dommages-intérêts

Si on s'en tient aux dispositions de l'alinéa 1^{er} de l'article 131 de l'AUSCGIE, il est aisé de déduire que dans tous les cas où les associés minoritaires ou égalitaires, en exerçant leur droit de vote ou mettant en œuvre d'autres prérogatives que la loi leur reconnaît, s'opposent à ce qu'une décision nécessitée par l'intérêt de la société alors de surcroît qu'ils ne peuvent justifier d'un intérêt légitime⁷³⁸, ils s'exposent à la condamnation au paiement des dommages-intérêts. Pour cela, encore faut-il que soit prouvée l'existence d'un préjudice financier.

En principe, l'action en responsabilité profite à la fois aux associés majoritaires et à la société dont les intérêts vitaux ont été lésés⁷³⁹. Il est possible, en se fondant sur la jurisprudence de relever que la mise en œuvre de cette responsabilité suppose que soit démontré : d'abord, l'attitude d'une minorité recherchant un avantage personnel, sans égard à l'intérêt social, et constitutif d'une faute. Cela est d'autant plus facile à démontrer que l'article 4 de l'AUSCGIE précise que, la société commerciale est créée dans l'intérêt commun des associés.

Ensuite, il est nécessaire de prouver que la société, et éventuellement chacun des associés majoritaires pris individuellement, ont subi un préjudice dont la consistance a été identifiée avec la plus grande précision.

Enfin, que la faute imputable aux associés minoritaires ou égalitaires soit à l'origine du préjudice souffert par l'entreprise et ou par le ou les associés majoritaires⁷⁴⁰.

Comme cela a été souligné à juste titre⁷⁴¹, cette sanction ne manque pas de vertus.

D'abord, elle a le mérite de déboucher sur une réparation intégrale du dommage subi par la société ou par les associés formant la majorité. En effet, pourront ici être réparés non seulement le préjudice matériel, mais également le préjudice moral que les demandeurs estiment avoir subi. Pour preuve, il a été jugé dans une affaire où l'associé majoritaire évoquait un dommage résultant de la faillite de la société suite au refus des associés minoritaires de consentir à l'augmentation de capital de celle-ci ; et pour amener les juges à prendre cette décision, le demandeur mettait en avant l'argument selon lequel il était le père

⁷³⁸ Sylvain Sorel KUATE TAMEGHE, in « Interrogations sur l'abus de minorité dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », p.13.

⁷³⁹ Voir à cet égard : Ouagadougou, n°40, 2 mai 2003, ohadata J-04.365, www.ohadata.com.

⁷⁴⁰ Paris, 25 octobre 1994, Revue sociétés 1995, p.111, note Y. GUYON.

⁷⁴¹ Sylvain Sorel KUATE TAMEGHE, in « Interrogations sur l'abus de minorité dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », p.13.

fondateur de cette entreprise, qu'il avait consacré une partie importante de son existence à assurer sa prospérité que l'abus des minoritaires avait finalement ruinée⁷⁴².

Ensuite, cette sanction peut avoir une vertu comminatoire, en ce que lorsque la condamnation aux dommages et intérêts est lourde, elle devrait fortement dissuader les participants à une entreprise donnée de s'opposer de manière égoïste à l'intérêt social en faveur de la satisfaction du leur. On peut illustrer cette hypothèse avec l'arrêt de la Cour d'appel de Dijon où le montant de la réparation avait été fixé à un niveau égal à celui des réserves de la société, correspondant à environ quatre fois le bénéfice annuel ou cent vingt fois le montant nominal des parts du poursuivant dans l'entreprise concernée, que d'autres associés puissent adopter des comportements susceptibles d'aboutir à les condamner à acquitter une dette de cette envergure au titre d'un abus de minorité⁷⁴³ ou d'égalité!

Enfin, la condamnation aux paiements des dommages et intérêts a un caractère pondérateur. En effet, si l'on s'en tient aux principes du droit de la responsabilité, et en particulier à la règle de causalité directe et immédiate formulée à l'article 1151 du code civil, il pourra arriver et il arrivera fréquemment d'ailleurs⁷⁴⁴ que la réparation du préjudice subi ne soit que partielle. Il appartiendra donc au juge, d'apprécier le lien de causalité entre l'abus imputé aux minoritaires ou égalitaires et le dommage subi par la société, soit par les associés appartenant à la majorité.

Ce schéma tracé par M. Sorel KUATE quoique beau, mérite d'être pris avec réserve. En effet, si le préjudice subi par la société est établi, celle-ci pourra recevoir des dommages et intérêts⁷⁴⁵ ; mais s'agissant d'une absence de décision collective de la société, les associés de l'auteur de l'abus ne peuvent pas souvent faire eux-mêmes état d'un préjudice propre⁷⁴⁶. Cette exigence ne devrait pas être retenue dans les rapports entre associés. Il s'y ajoute qu'entre eux, les associés sont liés par un contrat, et la responsabilité qui devrait en résulter doit donc être de nature contractuelle et non délictuelle⁷⁴⁷.

Il faut mentionner qu'un arrêt d'appel rendu dans l'affaire VITAMA, avait cru pouvoir affirmer qu'un abus de minorité, fût-il établi, ne pouvait avoir pour conséquence qu'un

⁷⁴² Lyon, 20 décembre 1984.

⁷⁴³ Sylvain Sorel KUATE TAMEGHE, relayant M. BOIZARD, in art.précit.p.14.

⁷⁴⁴ Lyon, 20 décembre 1984 relaté par KUATE TEMEGHE, in art.précit.p.15.

⁷⁴⁵ Cass.com. 5 mai 1998, BJS, 1998, p.755,§245, note L GODON.

⁷⁴⁶ Voir cependant : Cass.com. 18 juin 2002, précit. ; CA Paris, 3^{ème} ch. A 25 mai 1993 D.1994, jur.,p.577, note COURET ; CA Rennes, 4 décembre 2007.

⁷⁴⁷ Cass.com. 13 mars 2001, n°98-16197, BJS 2001, p.891, §192, note C. PRIETO.

éventuel recours aux dommages-intérêts⁷⁴⁸, faisant ainsi des dommages-intérêts une sanction exclusive, ce contre quoi la Cour de cassation se prononcera⁷⁴⁹.

En tout, on remarquera que la sanction d'abus de minorité et d'égalité n'est pas la nullité car il n'y a rien à annuler, même si la société pourrait toutefois faire l'objet d'une dissolution du fait de la mécontente que révèle l'abus de minorité⁷⁵⁰.

En droit OHADA, si la sanction de principe en matière d'abus de minorité et d'égalité est la condamnation des auteurs au paiement des dommages-intérêts, cette sanction n'est pas exclusive. En effet, l'alinéa 3 de l'article 131, tout en écartant la possibilité des décisions valant vote, permet à la juridiction compétente de pouvoir désigner un mandataire ad hoc afin de représenter les associés responsables du blocage et de voter dans le sens de l'intérêt social y compris celui des différents associés.

Nous examinerons ainsi, dans les lignes qui suivront, le refus des décisions valant vote (B).

⁷⁴⁸ CA Paris, 26 janvier 1990, JCP éd. E. 1990.19613, Rev.sociétés 1990.292, obs. Y. GUYON.

⁷⁴⁹ J.P SORTAIS, art.précit.p.13.

⁷⁵⁰ Cass.com. 10 mai 2011, n°10-16323, Dr. Sociétés 2011, comm. n°148, note R. MORTIER.

B- Le refus des décisions valant vote, un palliatif à l'interventionnisme excessif du juge

Le refus des décisions valant vote peut être déduit de l'alinéa 3 de l'article 131 aux termes duquel : « 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 ».

S'il est certain que cet alinéa légitime une intrusion des tiers dans le fonctionnement des sociétés commerciales, il n'en demeure pas moins qu'il interdit au juge de se substituer aux organes sociaux en rendant un jugement valant vote. Cet alinéa consacre ce qui a été déjà décidé en jurisprudence⁷⁵¹.

Cela se comprend aisément en ce que, le juge n'est ni un associé, ni un dirigeant⁷⁵². La possibilité offerte au juge de pouvoir désigner un mandataire ad hoc dans l'hypothèse d'abus de minorité ou d'égalité se justifie davantage par le souci de protéger l'intérêt social. Comme cela a été souligné à juste titre : « lorsque le juge ou les tiers interviennent dans la gestion de la société alors même que celle-ci fonctionne et en l'absence de tout conflit, cette forme d'immixtion, non sanctionnée, voire encouragée, traduit véritablement un bouleversement des frontières de la liberté de gestion. Il faut dire que l'intervention non fautive du juge peut s'apprécier lorsque la société ne fonctionne pas normalement »⁷⁵³.

En droit comparé, il a été jugé que : « les juges ne peuvent pas se substituer aux organes sociaux légalement compétents et décider que leur jugement vaudra adoption de la résolution litigieuse »⁷⁵⁴. Il en résulte que, les juges ne peuvent pas écarter l'action en nullité formée par l'associé minoritaire contre la délibération ayant passé outre son abstention et qui, de ce fait, n'avait pas été prise à la majorité requise⁷⁵⁵.

Le législateur OHADA, en permettant au juge, afin de sanctionner les abus de minorité et d'égalité, de désigner un mandataire ad hoc se désolidarise d'une certaine jurisprudence qui milite en faveur des décisions valant vote. A cet effet, il réduit considérablement les risques

⁷⁵¹ Cass.com. 9/3/1993 :RJDA 4/93 n°323 ; cass.com. 5/5/1998 : RJDA 7/98 n°862.

⁷⁵² BADJI Patrice, opt.cit.p123.

⁷⁵³ LE FUR A. V, « les nouvelles formes d'immixtion, ou l'émergence d'une immixtion non fautive en droit des sociétés », in les concepts émergents du droit des affaires, p.303, n°18.

⁷⁵⁴ Cass.com. 9/3/1993 : RJDA 4/93 n°323 ; cass.com. 31/3/2009 n°08-11.860 : RJDA 6/9 n°548.

⁷⁵⁵ Cass.com. 15/7/1992 : RJDA 8-9/92 n°826.

d'un interventionnisme judiciaire excessif. On notera ainsi que nous l'avons relevé, que le législateur OHADA consacre une conception mixte de l'intérêt social, même si d'autres auteurs⁷⁵⁶ y voient une conception déjà extensive. En tout le cas, le vote des décisions doit se faire dans le sens de l'intérêt social et celui des différents associés.

Mais, il convient de faire cas de la résistance à laquelle cette décision a donné lieu. Les prémisses de cette résistance réside dans un arrêt du 14 janvier 1992 où il a été statué au visa de l'article 1382 du code civil que : « hormis l'allocation d'éventuels dommages-intérêts, il existe d'autres solutions permettant la prise en compte de l'intérêt social »⁷⁵⁷. Ces décisions s'inspirent d'une certaine doctrine favorable aux décisions valant vote défendue par des auteurs⁷⁵⁸ comme J. MESTRE, P. MERLE ou encore BOIZARD et Y. GUYON. C'est en ce sens qu'il a été jugé que : « en présence d'un abus de minorité, il incombait au juge de choisir le mode de réparation le plus adéquat et, le cas échéant, de statuer qu'il serait passé outre l'opposition des minoritaires, « le présent arrêt valant adoption » de la résolution litigieuse »⁷⁵⁹.

C'est dans le même ordre d'idées que la Cour d'appel de Paris a jugé que : « s'il n'appartient pas au juge de se substituer aux organes sociaux pour décider des options fondamentales d'une société, il lui incombe après avoir caractérisé un abus de prendre la mesure propre à y remédier en conformité avec l'intérêt social qui doit prévaloir sur les intérêts contradictoires des groupes d'actionnaires ». Par suite, en présence de minoritaires déterminés à s'opposer à une augmentation de capital vitale pour la société, la réparation la plus adéquate d'un tel abus est la validation par le tribunal de cette augmentation de capital »⁷⁶⁰.

Il s'y ajoute, ainsi que cela a été rapporté⁷⁶¹, que la Cour d'Appel de Toulouse, statuant sur renvoi après cassation opérée par l'arrêt du 9 mars 1993 précité, a jugé que : le minoritaire ne s'opposant plus à la validation judiciaire de la résolution prévoyant l'augmentation de capital et cette augmentation de capital étant conforme à l'intérêt social, il y avait lieu de porter au

⁷⁵⁶ BADJI Patrice, op.cit.p.126.

⁷⁵⁷ D. 1992.337, 1^{re} esp. , notes J.C BOUSQUET ; Voir un catalogue ou une typologie des sanctions possibles : D. TRICOT, art.précit. RTD.com. 1994.617 ; spéc.p-623-625 et E. LEPOUTRE, les sanctions d'abus de minorité et de majorité dans les sociétés commerciales, Dr. Patrimoine, n°33, décembre 1995, p.68.

⁷⁵⁸ Voir à cet égard, JP SORTAIS, art.précit.p.13, n°61.

⁷⁵⁹ CA de Pau, 21 janvier 1991, Rev. Sociétés 1992.46, note Ph. MERLE.

⁷⁶⁰ CA Paris, 25-5-1993 : RJDA 8-9 n°703.

⁷⁶¹ F. LEFEVBRE, op.cit.p.693, n°47751.

rang des procès verbaux d'assemblées générales de la société l'arrêt valant adoption de la résolution critiquée⁷⁶².

Mais comme l'a su remarquer un auteur⁷⁶³: il est nécessaire que le législateur OHADA revoie les conditions de l'abus de minorité ou d'égalité, car on a l'impression que ceux-ci ne s'imaginent que lors de l'exercice du droit de vote. Et que dire de l'associé égalitaire qui, sachant que son absence à une assemblée, constitue un blocage ne s'y présente pas ? Manifestement, il n'y a guère exercice du droit de vote.

Si la sanction des abus dans l'exercice des droits de vote, dans un souci de protection de l'intérêt social, se fait à travers une relative intervention judiciaire, il n'en demeure pas moins que, cette intervention peut s'avérer plus affirmée dans certaines hypothèses (Chapitre II).

⁷⁶² CA de Toulouse, 13/3/1995 : Bull. Joly 1995 p.401, note Le CANNU P.

⁷⁶³ BADJI Patrice, *opt.cit.*p.126.

Chapitre II : La protection de l'intérêt social à travers une intervention judiciaire affirmée

Le législateur OHADA dans le souci d'assurer une protection efficace de l'intérêt social a institué à côté du mandataire ad hoc, l'administrateur provisoire. Ainsi, en reliant bout à bout les dispositions y relatives, on peut se rendre compte que le législateur a entendu protéger la société contre ses propres associés et/ou dirigeants. Les techniques mises en place appellent une intervention plus ou moins affirmée du juge. Cela peut se comprendre, lorsqu'on sait que la société commerciale, entité juridique distincte de la collectivité des associés, a un intérêt propre. Au demeurant, « c'est au nom de cet intérêt social (qui est un compromis entre l'individualisme libéral et la prise en compte de l'intérêt général), et de l'enjeu de ce groupement sur le plan économique que la plupart des règles qui la gouvernent ont été édictées »⁷⁶⁴.

Si l'on scrute de près, les dispositions consacrées à l'administration provisoire et au mandat ad hoc, on pourra sans risque de se tromper affirmer que, le législateur OHADA a opté pour l'intérêt de l'entreprise vu comme l'intérêt social. Comme l'a souligné à juste titre un auteur,⁷⁶⁵ il occupe une place importante dans le mécanisme de la technique sociétaire et particularise le mandat social. C'est l'intérêt propre d'une entité autonome et indépendante.

Jean PAILLUSSEAU estime d'ailleurs que : « c'est dans le sens de cet intérêt social que les dirigeants doivent exercer leurs pouvoirs »⁷⁶⁶. Au vu de ce qui précède, il est à noter que l'intervention du mandataire et/ou de l'administrateur doit s'inscrire également dans la droite ligne de la protection de l'intérêt social. En effet, l'intérêt social « constitue un impératif de gestion sociale par lequel le législateur tente de protéger, non seulement les intérêts individuels des associés, mais aussi ceux de la société elle-même, et les intérêts les plus généraux des tiers, voire de l'économie toute entière »⁷⁶⁷.

D'une manière générale, ces deux techniques prévues par le législateur permettront, lorsqu'elles sont bien utilisées, d'assurer une protection efficace de l'intérêt social par des organes judiciairement désignés.

⁷⁶⁴ MOUTHIEU (M-A.), l'intérêt social en droit des sociétés, Thèse de doctorat d'Etat, Université de Yaoundé II, 2004-2005, n°14, p.19.

⁷⁶⁵ NJOYA NKAMGA Beauclair, l'administration provisoire des sociétés dans l'espace OHADA, préface du Pr Paul-Gérard POUGOUE, Collection Economica, éditions Vetitas, 2012, p.171, n°312.

⁷⁶⁶ In l'efficacité des entreprises et la légitimité du pouvoir, Petites affiches, 19 juin 1996, n°74, pp.157 et sv.

⁷⁶⁷ MOUTHIEU (M-A.), thèse préc. n°472, p.423.

Il convient dans le cadre de ce chapitre de scruter l'interventionnisme judiciaire à travers le mandat ad hoc (section II). Mais avant, il convient de voir l'interventionnisme judiciaire à travers l'administration provisoire (section I).

Section I : L'interventionnisme judiciaire à travers l'administration provisoire

Il convient de rappeler que l'administration provisoire n'est pas une institution méconnue du droit OHADA des sociétés commerciales. En effet, pendant longtemps, cette pratique était utilisée à la faveur de décisions judiciaires fondées sur des textes nationaux, ou encore de textes communautaires relevant de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA), de la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC) ou de la Conférence Interafricaine du Marché des Assurances (CIMA), voire encore à la faveur des principes prétoriens⁷⁶⁸. Mais seulement, l'absence d'un texte spécifique rendait difficile la compréhension du régime juridique de cette institution d'où l'intervention du législateur OHADA suite à la réforme de 2014.

Au vu de ce qui précède, on constatera aisément qu'il existe des dispositions particulières relatives à l'administration provisoire dans d'autres textes communautaires. Ainsi, pour les établissements de crédit, créés sous une forme sociale et dont l'objet est commercial par nature, sont à la fois régis par les dispositions particulières issues de l'UEMOA et de la CEMAC, et des règles de l'Acte Uniforme. Le risque de divergence entre ces deux textes est grand, même si par ailleurs l'article 916 de l'AUSCGIE précise que, l'Acte Uniforme « s'applique aux sociétés soumises à un régime particulier sous réserves des dispositions législatives ou réglementaires auxquelles elles sont assujetties ». A première vue, le problème est réglé, mais c'est à voir de plus près, qu'on se rendra compte que seul le conflit entre les lois nationales et l'Acte uniforme est réglé laissant ainsi subsister le conflit entre les règles communautaires.

D'une manière générale, il convient de souligner que l'administration provisoire est prévue et règlementée au nouveau Titre VI du Livre I de l'AUSCGIE. Plus précisément, ce sont les articles 160-1 à 160-8 qui fixent son régime juridique. Pour le législateur OHADA, l'un des buts de cette réforme est de « consacrer une institution jugée efficace dans différentes juridictions en cas de difficultés graves au sein de l'entreprise et d'encadrer le recours à cette institution par un régime juridique précis permettant d'éviter les dérives et les abus »⁷⁶⁹. Cette nouvelle institution vient donc en renfort à d'autres mécanismes déjà existants permettant aux associés d'assurer à travers le recours à l'administration provisoire, la défense des intérêts sociaux et de garder un contrôle sur la société dans les hypothèses où la gestion de celle-ci

⁷⁶⁸ Alain FENEON, « droit des sociétés en Afrique OHADA », Lextenso éditions, LGDJ, 2015, p.45, n°112,

⁷⁶⁹ Voir Alain FENEON, op.cit, p.45, n°113,

serait devenue extrêmement difficile, voire impossible. L'administration provisoire apparaît donc comme un excellent moyen de protection de l'intérêt social dans le droit des sociétés commerciales OHADA.

Toutefois, il convient de relever que, quoique salubre, cette institution regorge des lacunes, notamment en ce qu'elle risque de conduire à soumettre au juge tous les problèmes de la société et, particulièrement ceux comportant un risque de compromission de l'intérêt social.

Cela se justifie d'une part, par la diversité des cas du recours à l'administration provisoire (paragraphe I), et d'autre part, au regard des pouvoirs de l'administrateur provisoire (paragraphe II).

Paragraphe I : Un interventionnisme affirmé au regard de l'imprécision des cas du recours

Il s'agit dans le cadre de ce paragraphe de démontrer que l'imprécision des cas du recours à l'administration provisoire comporte des risques. En effet, cela pourrait entraîner une judiciarisation excessive du fonctionnement des sociétés commerciales, en ce que tous les cas de dysfonctionnement peuvent être soumis au juge et donner lieu à la nomination d'un administrateur judiciaire.

Il convient à cet égard, de voir le risque d'immixtion judiciaire excessive dans le fonctionnement de la société (A). Ensuite, il sera question de recommander aux juges, dans tous les cas où une demande de nomination d'administrateur provisoire est introduite, de tenir compte, avant d'y donner droit, du risque de compromission de l'intérêt social (B).

A- Le risque d'une immixtion judiciaire excessive dans le fonctionnement de la société

Il convient tout d'abord de dire que, l'administration provisoire trouve son support dans l'article 160-1 de l'Acte uniforme révisé aux termes duquel : « lorsque le fonctionnement normal de la société est rendu impossible, soit du fait des organes sociaux 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 ».

Le risque de l'immixtion judiciaire peut se déduire du fait que le législateur ne précise pas ce qu'il conviendrait d'entendre par dysfonctionnement ou paralysie rendant impossible le fonctionnement normal de la société. Il appartient donc au juge d'apprécier au cas par cas les différentes situations avant de donner suite à la requête en vue de nomination d'un administrateur provisoire.

On pourrait constater que, le recours à l'administration provisoire sera possible en cas de dysfonctionnement et/ou de paralysie de la société du fait des organes de gestion, de direction ou d'administration, ou en cas de dysfonctionnement et/ou paralysie du fait des associés, hypothèse qui couvre classiquement les crises entre associés entravant la prise des délibérations⁷⁷⁰. Il convient de remarquer que l'hypothèse de l'administration provisoire est large et peut couvrir les hypothèses d'abus. En effet, on peut se demander si devant une requête de nomination d'un administrateur provisoire et, dans l'hypothèse d'un abus de minorité ou d'égalité, si le juge doit procéder à la nomination d'un administrateur provisoire ou, s'il constatera que c'est plutôt la nomination d'un mandataire ad hoc qui convient le mieux.

A notre avis, la mission de l'administrateur provisoire consistant en une gestion momentanée des affaires sociales, le juge ne devrait l'y autoriser que dans des cas extrêmes. On comprendra alors que, le risque évoqué doit être réel et non simplement éventuel. Ainsi, dans l'hypothèse d'abus d'égalité, la désignation d'un administrateur provisoire pour une société ayant deux associés égalitaires a été refusée dès lors qu'aucune issue au conflit les opposant n'était possible compte tenu du partage des voix inhérent à la division du capital⁷⁷¹.

⁷⁷⁰ Ibid.p.48, n°117

⁷⁷¹ CA Versailles, 8/10/2008, n°08-5065 : RJDA 3/09 n°223.

Par contre, la nomination de l'administrateur provisoire est justifiée, dès lors que, le conflit persiste et est de nature à paralyser le fonctionnement⁷⁷². Ainsi, « sans paralysie de la société, la mésentente, même caractérisée entre associés, ne saurait justifier la nomination d'un administrateur provisoire »⁷⁷³.

Ensuite, si l'on scrute l'esprit de l'article 160-1 de l'Acte uniforme, la nomination d'un administrateur provisoire nécessite la réunion de deux conditions : d'une part, une paralysie des organes de gérance, de direction et d'administration et d'autre part, un péril imminent et non éventuel de la société. Au demeurant, la désignation de l'administrateur provisoire apparaît comme une mesure difficile à mettre en œuvre dans les sociétés anonymes du fait de l'existence de trois organes indépendants. En effet, ici, il est difficile de prouver que le fonctionnement normal de la société est rendu impossible, si les trois organes fonctionnent normalement⁷⁷⁴.

Il convient donc d'envisager les cas de dysfonctionnement de la société susceptibles de compromettre l'intérêt social et nécessitant la désignation d'un administrateur provisoire. En effet, dès lors que l'intérêt social se trouve compromis du fait, soit des associés, soit des dirigeants sociaux, on peut y voir une cause de nomination d'un administrateur provisoire. Comme on va le voir, ce traitement qui fait intervenir une tierce personne dans la vie de la société entraîne nécessairement une immixtion judiciaire.

D'abord, et c'est la première hypothèse pouvant justifier l'intervention de l'administrateur provisoire, nous étudierons le dysfonctionnement de la société du fait des associés. Ainsi, il peut se faire que des associés possédant des intérêts à parts égales rendent impossible la prise des décisions régulières. C'est notamment le cas, lorsque le conflit est tel qu'il empêche la nomination des organes sociaux ou entraîne l'annulation répétitive de désignation. A cet égard, il a été jugé que : « une mésentente entre actionnaires ayant duré trois (3) années et qui entravait le fonctionnement de la société (non renouvellement des organes sociaux, absence d'états financiers et non convocation de l'AG) nécessite la nomination d'un administrateur provisoire »⁷⁷⁵.

⁷⁷² CA Cotonou, arrêt n° 256/2000 du 17 août 2000 : ohadata J.06-101 ; CA Littoral-Douala, arrêt n°38/REF du 10 février 1999 : Juridis Périodique n°42, p.45, note Y.R KALIEU ELONGO.

⁷⁷³ CA d'Abidjan, arrêt n°258 du 25 février 2000 : ohadata J. 02-132.

⁷⁷⁴ O. SAMBE et ali., op.cit., p.215, n°1599-1-0.

⁷⁷⁵ CA Centre/Yaoundé, arrêt n°223/civ. 03-04 du 23 avr.2004, affaire n°755/RG/02-03.

Par contre, il a été jugé que : « les litiges entre associés n'entraînant pas la paralysie dans le fonctionnement de la société ne peuvent fonder la demande de désignation d'un administrateur provisoire bien qu'une décision du conseil d'administration, à laquelle l'actionnaire qui détenait une partie importante du capital n'a pas été convoqué, ait décidé l'arrêt de l'activité de la société »⁷⁷⁶. Comme cela a été relevé par un auteur,⁷⁷⁷ « la Cour d'appel a appliqué de manière particulièrement stricte la condition du dysfonctionnement de la société sans prendre en compte le critère du péril imminent menaçant la survie de la société ».

Ensuite, et c'est la seconde hypothèse, il faut protéger la société contre la défaillance des organes sociaux. Il en est ainsi, lorsque par exemple, en cas de démission ou de révocation dans une société anonyme de l'ensemble des membres du conseil d'administration, doublée d'une mésentente entre associés sur la nomination des nouveaux administrateurs en raison de certaines conditions statutaires⁷⁷⁸, le juge nomme un administrateur provisoire. Ainsi, dès lors qu'une paralysie est provoquée par les organes sociaux, celle-ci peut conduire le juge à nommer un administrateur provisoire.

Par organes sociaux, il faut entendre et c'est l'esprit de l'article 160-1, les organes de gestion, de direction et d'administration. Sont donc visés les gérants (SARL, SNC et SCS), les conseils d'administration des sociétés anonymes, leur président ou président directeur général, les administrateurs généraux et administrateurs généraux adjoints des sociétés anonymes à trois actionnaires ou moins et ceux des sociétés par actions simplifiées, les directeurs de tous types de société et les directeurs adjoints.

Il faut éviter, autant que faire se peut, que du fait des dirigeants, la société soit dissoute. En effet, il a été jugé que : « le gérant d'une SARL qui aurait provoqué et entretenu une mésintelligence entre les associés en vue d'en tirer des avantages à son propre profit, est mal venu pour invoquer à l'appui de sa demande en dissolution de la société, alors qu'il n'apporte aucun juste motif à cette demande, encore moins la preuve d'un mauvais fonctionnement »⁷⁷⁹.

Les juridictions sont attentives quant au motif avancé pour solliciter la nomination d'un administrateur. Il faut donc éviter, que les requêtes en vue de la nomination d'un

⁷⁷⁶ CA d'Abidjan, arrêt n°258 du 25 février.2000, NACI, Bulletin Juris Ohada n°1/2002.

⁷⁷⁷ Alain FENEON, op.cit ;p.50.

⁷⁷⁸ Alain FENEON, droit des sociétés en Afrique OHADA, Lextenso édition, LGDJ, 2015, p.52, n°122.

⁷⁷⁹ Cour d'Appel de Ouagadougou, chambre civile et commerciale, Arrêt n°40 du 02 mai 2003, Jacques Firmin TRUCHET c/ Jean Pascal KINDA. Ohadata J-04-365.

administrateur provisoire, ne soient introduites sans juste motif, toute chose qui entraînerait une judiciarisation excessive du fonctionnement de la société. En l'état, ce risque est grand.

Il convient pour le minimiser, de donner au juge une boussole lui permettant de faire une bonne appréciation de la situation avant de procéder à la nomination d'un administrateur provisoire. Ainsi, afin d'éviter une immixtion judiciaire excessive dans le fonctionnement de la société, il sera question pour le juge d'exiger le risque de compromission de l'intérêt social avant de procéder à la nomination demandée (B).

B- La nécessaire exigence du risque de compromission de l'intérêt social comme condition de nomination de l'administrateur

Comme cela été souligné, la nomination d'un administrateur provisoire suppose que le fonctionnement normal de la société soit entravé, soit du fait des organes de gestion, d'administration ou de direction, soit du fait des associés ou encore des deux à la fois. A cet effet, pour éviter une immixtion judiciaire excessive dans les affaires sociales, il est nécessaire que l'entrave pouvant entraîner la nomination d'un administrateur provisoire soit de nature telle qu'elle empêche réellement le fonctionnement régulier de la société et compromet les intérêts sociaux.

Il est donc nécessaire pour le juge, de vérifier si l'entrave met en péril l'intérêt social avant de procéder à la nomination de l'administrateur provisoire. C'est d'ailleurs à juste raison, qu'il avait été jugé que : « la nomination d'un administrateur provisoire constitue une mesure exceptionnelle destinée à remédier à une situation de crise aigüe rendant impossible le fonctionnement normal de la société et menaçant celle-ci d'un péril imminent »⁷⁸⁰. On comprendra alors que, le risque de mise en péril de l'intérêt social est érigé en condition essentielle de désignation de l'administrateur provisoire.

C'est dans ce sens, que la Cour d'Appel du Littoral du Cameroun a estimé 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 »⁷⁸¹. Aussi, la nomination d'un administrateur provisoire peut-elle être demandée par des associés minoritaires contestant la politique commerciale suivie par les majoritaires, alors même que la société fonctionne normalement.

Dans cette hypothèse, les juridictions n'acceptent de désigner l'administrateur provisoire que « si des faits précis conduisent à craindre un abus de droit ou un détournement de pouvoir des majoritaires susceptible de mettre en péril, dans un bref délai, les intérêts de la société »⁷⁸². A cet égard, il est aisé de relever que la nomination d'un administrateur provisoire n'est pas subordonnée à la preuve d'une faute de gestion comme semble l'exiger le tribunal de Niamey,

⁷⁸⁰ Jurisprudence constante : Cass. 3^{ème} civ. 21/11/2000 : RJDA 3/01, n°321 ; cass.com., 6/2/2007, n°05-19.008 : RJDA 7/07 n°732 ; cass.com., 18/05/2010 n°09-14.838 : RJDA 10/10 n°959.

⁷⁸¹ CA Littoral du Cameroun, 10 février 1999, reemtsma c/Sitabac.

⁷⁸² A cet égard, voir : Cass.com., 17/10/1989 : Bull. civ. IV n°250 ; cass.com., 17/01/1989 : Bull.civ. IV n°28 ; CA Versailles, 01/10/1998 : RJDA 12/98 n°1364.

en jugeant que : « la nomination d'un administrateur provisoire n'est pas nécessaire tant qu'aucune preuve relative à une faute de gestion du dirigeant social n'est pas apportée »⁷⁸³.

Il convient de constater que, cette décision semble limiter les cas du recours à l'administration provisoire, en faisant de la preuve d'une faute de gestion une condition essentielle. N'est-il pas vrai que toute paralysie dans le fonctionnement de la société et pouvant conduire celle-ci à un péril imminent peut justifier la nomination d'un administrateur provisoire ?⁷⁸⁴ Cela est d'autant plus vrai, qu'il a été jugé que : « l'impossibilité pour un des organes sociaux d'exercer ses fonctions essentielles en raison de mésententes entre ses membres, aboutissant à sa paralysie permanente »⁷⁸⁵ justifie la nomination d'un administrateur provisoire.

Aussi, a-t-on jugé en droit comparé que : « la dissension permanente entre les associés entraînant une annulation prévisible de la désignation des dirigeants sociaux nécessite la nomination d'un administrateur provisoire »⁷⁸⁶ ou encore celle « entraînant un défaut d'approbation des comptes sociaux pendant plusieurs années »⁷⁸⁷. De même, un administrateur provisoire pourra être nommé lorsqu'une procédure pénale portant sur les circonstances de la cession des parts sociales est ouverte à la demande de certains associés⁷⁸⁸. De ce fait, la désignation d'un administrateur est de droit chaque fois qu'il existe un risque de mise en péril de l'intérêt social.

On pourra remarquer que, l'intervention de l'administrateur provisoire vise à assurer la protection de l'intérêt social, lorsque les associés, mus par leurs intérêts égoïstes, n'y pourvoient pas eux-mêmes. Il faut, autant que faire se peut, éviter la dissolution des sociétés commerciales considérées comme des entités économiques porteuses d'emplois. Cela est d'autant vrai, que sous l'ancien Acte uniforme, la dissolution d'une société de fait a été prononcée du fait que : les « associés ne pouvant s'entendre sur les modalités de gestion de la

⁷⁸³ Tribunal régional de Niamey, ordonnance de référé n°245 du 22 oct.2002, Abbas Hammoud c/Jacques Claude Lacour et Dame Evelyne Dorothee Flambard.

⁷⁸⁴ Jurisprudence constante en droit comparé (cass.3^{ème} civ.21-11-2000 : RJDA 3/01, n°321 ; Cass. Com. 6-2-2007, n°05-19.008 :RJDA 7/07 n°732 ; cass. Com. 18-5-2010 n°09-14.838 :RJDA 10/10 n°959.

⁷⁸⁵ Cass.com., 26 avr.1982, n°81-10514, Bull.civ.I, n°136, p.121.

⁷⁸⁶ Cass.com.,17 janv.1989, n°87-10966.

⁷⁸⁷ Bull.CNCC 1982, n°48, p.432.

⁷⁸⁸ CA Paris, 1^{ère} ch.,8 juill.1980 et cass.com., 19 janvier. 1981, n°79-15231.

société entre eux et que le fonctionnement de la société se trouvant entraver par les agissements de l'un d'eux, il n'y a plus d'affectio societatis »⁷⁸⁹.

L'Acte uniforme révisé à travers l'institution de l'administration provisoire s'oriente vers la préservation de l'intérêt social et n'autorise la dissolution de la société que dans des cas exceptionnels. A cet effet, un administrateur provisoire a été nommé, pour éviter la dissolution de la société dans un cas où, il y a impossibilité de réaliser l'objet social compte tenu du désaccord entre les associés et position antagoniste des deux gérants égalitaires rendant impossible la gestion de la société⁷⁹⁰.

Afin d'éviter une immixtion excessive du judiciaire dans les affaires sociales, il est suggéré que la nomination de l'administrateur provisoire soit subordonnée à l'existence d'un risque de péril imminent de l'intérêt social. Au cas contraire, le juge peut, s'il le juge nécessaire, désigner un mandataire ad hoc. En effet, lorsque les conditions requises ne sont pas remplies, il arrive parfois que le juge confie au mandataire qu'il désigne la mission de rechercher une solution aux conflits qui subsistent entre les associés⁷⁹¹.

Cela dit, il convient de scruter les pouvoirs de l'administrateur provisoire afin de relativiser l'interventionnisme judiciaire (Paragraphe II).

⁷⁸⁹ Tribunal de commerce de Bamako, jugement n°281 du 3 novembre 1999, Amadou Koita c/Boubacar Tapo. Ohadata J-02-41.

⁷⁹⁰ Cass. 3ème civ. 01/12/2009 n°08-19.719: RJDA 6/10 n°625 som.

⁷⁹¹ F. LEFEBVRE, op.cit., p.186, n°9803; CA Paris, 12/10/1989: Bull. Joly 1989 p.965; CA Paris, 7/6/1990: Bull. Joly 1990 p.760 note P. Le CANNU.

Paragraphe II : Un interventionnisme affirmé mais encadré au regard des pouvoirs de l'administrateur

Il convient de préciser ici, que même s'il est évident que l'administration provisoire suppose un interventionnisme judiciaire dans les affaires sociales, il n'en demeure pas moins que celui-ci se trouve relativiser au regard des pouvoirs de l'administrateur.

Il appartient en effet, au juge de déterminer dans la décision de nomination les pouvoirs de l'administrateur (A). Ensuite, chargé d'une mission de gestion momentanée, l'administrateur semble-t-il, peut se voir confier l'entière gestion de la société ou au contraire une partie de cette gestion, d'où la nécessité de préciser les pouvoirs résiduels des organes de gestion (B).

A- La détermination des pouvoirs de l'administrateur par le juge

Il s'agit de voir dans cette partie l'étendue des pouvoirs de l'administrateur provisoire et la limitation qui en est apportée. En effet, l'article 160-2, alinéa 3-1° nous renseigne que, l'étendue des pouvoirs de l'administrateur provisoire est déterminée par le juge. Cette disposition protège à la fois l'intérêt de la société et celui des associés, en ce que l'administrateur ne dispose pas des pouvoirs les plus étendus dans la mission qui lui est confiée comme le serait un dirigeant social.

Malheureusement, les dispositions combinées de l'article 160-2 et de l'article 160-6 ne permettent pas une telle interprétation. En effet, « le caractère général de ces dispositions implique un travail pédagogique de la part des juges des Etats membres qui, pour éviter les contentieux d'abus de pouvoirs et les contentieux en responsabilité, devront nécessairement détailler les pouvoirs qu'ils souhaitent accorder à l'administrateur selon les circonstances de l'affaire »⁷⁹². Cela est d'autant vrai, qu'il a été jugé et indiqué en droit comparé que : « la mission de l'administrateur provisoire était de gérer et administrer la société avec les pouvoirs les plus étendus selon les lois et usages de commerce »⁷⁹³. Des telles interprétations, du reste extensives, sont à éviter en ce qu'elles induisent en erreur tant les organes sociaux classiques que les administrateurs provisoires eux-mêmes.

Il ne faut donc pas perdre de vue que : « ...la décision de nomination de l'administrateur provisoire détermine l'étendue de sa mission et ses pouvoirs et indique le cas échéant, ceux des organes de gestion, de direction ou d'administration qui restent en fonction et précise les pouvoirs et compétences qui leur sont maintenus »⁷⁹⁴. Ainsi, dans l'hypothèse spécifique de dysfonctionnement du fait des organes de gestion, l'administrateur provisoire aura pour mission la protection de l'intérêt social, en se substituant aux organes initiaux. Mais l'esprit du texte, ne rimant toujours pas avec la pratique, force est de constater que certaines décisions⁷⁹⁵ et voire certains auteurs⁷⁹⁶ affirment que, la désignation de l'administrateur provisoire entraîne le dessaisissement des organes sociaux. Il faut cependant relativiser ces

⁷⁹² Alain FENEON, op.cit ; p.60, n°134 ;

⁷⁹³ Cass.com., 23 mars 1971, en droit OHADA, voir : CA centre Yaoundé, ordonnance de référé du 28 septembre 2001 : inédit.

⁷⁹⁴ Article 160-2 in fine de l'AUSCGIE révisé.

⁷⁹⁵ Cass.2^{ème} civ. 12 juillet 1976 : Bull.civ.II, n°251, cass.com. 15 mai 1990 :Bull. civ.IV, n°148 ; CA Paris, 7 juin 1990-Courrèges.

⁷⁹⁶ KALIEU (Y), Le contrôle bancaire dans la zone de l'Union monétaire de l'Afrique Centrale, Penant 841, p.53, et Mountaga DIOUF, Réflexions sur l'administration provisoire de société en droit sénégalais, Union des Magistrats Sénégalais, UMS, Première partie ; p.4.

prises des positions, et les placer dans leur contexte. En effet, ces positions ont été défendues à une époque où l'administration provisoire n'était pas réglementée dans l'Acte Uniforme. Il est de jurisprudence constante que : « l'ordonnance qui nomme l'administrateur provisoire fixe ses pouvoirs »⁷⁹⁷. Ces pouvoirs sont dépendants de la nature et de l'étendue de sa mission.

Ainsi, si le juge décide de désigner un administrateur provisoire, encore faut-il qu'il définisse la mission de ce dernier en termes précis et restrictifs⁷⁹⁸. C'est dans ce sens qu'une ordonnance en appel a été réformée du fait de la définition floue de la mission de l'administrateur provisoire⁷⁹⁹.

Dans le même ordre d'idées, en confiant une mission d'administration à un administrateur provisoire, le juge ne peut donner aucune instruction concrète concernant la manière dont celui-ci doit s'acquitter de sa tâche⁸⁰⁰. C'est ce qui ressort de manière évidente dans l'affaire FRUEHAUF où l'ordonnance du premier juge a été réformée sur ce point. Dans ce dossier, une filiale française avait reçu de la société-mère américaine interdiction d'honorer un contrat de livraison en matière de défense. Les dommages et intérêts et la perte de réputation résultant de cette rupture de contrat auraient sans le moindre doute entraîné la fin de la filiale française. Le juge a admis qu'il y avait abus de majorité et a nommé un administrateur provisoire. Celui-ci se vit enjoindre d'exécuter les contrats en cours. En appel, la décision a été réformée sur ce point. C'est à raison que l'avocat général a souligné dans ses conclusions : « Autant le juge est en mesure d'apprécier les conséquences fâcheuses d'une situation déterminée, dans le cadre général de l'administration à un moment donné, autant il me semble dénué d'appréciation technique et économique en ce qui concerne l'exécution d'un contrat, à une époque ultérieure à sa décision »⁸⁰¹.

Il convient de noter que la mission de l'administrateur provisoire doit être limitée à la défense de l'intérêt de la société. Sa mission est de faire en sorte que l'intérêt de la société ne soit pas compromis du fait des associés ou des organes sociaux qui, mûs par un mobile personnel, se désintéressent peu ou prou de l'intérêt de la société.

⁷⁹⁷ A cet égard, voir: Cass.com. 23/3/1971 : Bull. civ. IV n°90 ; cass.com., 5/11/1971 Bull. civ IV n°261 ; CA Versailles, 1/10/1998 : RJDA 12/98 n°1364.

⁷⁹⁸ FORIERS, P.A, I.c., 4, 7, 7.

⁷⁹⁹ Référé, com. Bruxelles, 9 mars 1984 et 3 avril 1984, en cause La petite Ferme en Bozanic contre Balta et Van der Haegen, inédit, cité dans HORMANS, G, « Le rôle du juge dans la vie des sociétés », op.cit, 429.

⁸⁰⁰ Rép. Dalloz, V° Administrateur provisoire, n°45.

⁸⁰¹ Paris, 22 mai 1965, JCP, 1965, II, 14272 bis, Conclusions de l'avocat général NEPVEU.

Dans le souci de préserver l'intérêt social, et d'éviter la dissolution de la société, « la nature de l'administration provisoire est principalement conservatoire et vise à rétablir le fonctionnement normal de la société et annihiler le péril imminent qui la menace »⁸⁰².

Du reste, le caractère judiciaire de cette administration empêche toute confusion analogique avec la mission du dirigeant de fait ou de droit. En effet, il a été jugé que : « un administrateur provisoire chargé d'administrer et de gérer une société immobilière et de réviser les situations locatives en prenant toutes décisions utiles à la société peut seulement accomplir les actes de conservation et d'administration impliqués par la gestion courante de la société, ce qui lui interdit d'autoriser le renouvellement d'un bail commercial consenti par la société »⁸⁰³.

Cela dit, il convient de scruter les pouvoirs résiduels des organes de gestion, lorsque la mission de l'administrateur provisoire ne correspond pas à un mandat général de gestion de la société (B).

⁸⁰² Alain FENEON, op.cit, p.60, n°134.

⁸⁰³ Cass. 3^{ème} civ. 3/5/2007 n°05-18.486 : RJDA 10/07 n°942.

B- Les pouvoirs résiduels des organes de gestion

Il est vrai que l'administrateur provisoire peut être chargé d'un mandat général de gestion de la société ; dans un tel cas, le dirigeant se trouve dessaisi de ses pouvoirs⁸⁰⁴. Dans tous les cas, la mission et les pouvoirs de l'administrateur provisoire sont déterminés par le juge⁸⁰⁵. Il lui appartient également de préciser le cas échéant, les pouvoirs restants aux organes de gestion, direction et d'administration⁸⁰⁶.

Il en découle d'une part, le principe selon lequel les organes sociaux sont d'office dessaisis de leurs pouvoirs dès la nomination d'un administrateur provisoire, à moins que la décision de nomination judiciaire ne leur en réserve certains. Et d'autre part, la consécration par le législateur OHADA du dessaisissement partiel des organes sociaux, qui traditionnellement est exclusivement possible dans le cadre de nomination d'un administrateur ad hoc⁸⁰⁷. Du point de vue logique, lorsque le dysfonctionnement ayant conduit à la nomination de l'administrateur est le fait des organes sociaux, ces derniers doivent être dessaisis de tous leurs pouvoirs, ceux-ci passant entre les mains de l'administrateur.

Il est également possible au juge de procéder au fractionnement des pouvoirs entre administrateur provisoire et dirigeants sociaux selon les faits qui lui sont soumis. D'ailleurs, l'article 160-4 semble ouvrir cette branche, lui qui préconise l'octroi des pouvoirs de gestion courante de la société à l'administrateur et le pouvoir de conclure les actes graves aux organes de gestion, lorsque la procédure n'est pas ouverte de leur fait mais du fait des associés. Au demeurant, il a été jugé que : « le dessaisissement par une décision judiciaire des pouvoirs des dirigeants sociaux, ne les retire pas le pouvoir de faire appel de la décision dans l'objectif de la contester »⁸⁰⁸. Cependant, si l'Acte uniforme offre la possibilité aux associés de demander la révocation⁸⁰⁹ de l'administrateur, il n'est pas évident que la possibilité de faire appel leur soit également offerte.

En tout état de cause, l'interventionnisme judiciaire dans le cadre de protection de l'intérêt social, à travers la nomination d'un administrateur provisoire quoique affirmé, se trouve atténué par la limitation de ses pouvoirs. Du reste, le déroulement de la mission de

⁸⁰⁴ Cass. 2^{ème} civ. 17/7/1976 : Bull. civ. II n°251; cass.com. 7/11/2006 n°1192 : RJDA 4/07 n°360.

⁸⁰⁵ Article 160-2, al.3-1° de l'AUSCGIE.

⁸⁰⁶ Article 160-2 de l'AUSCGIE.

⁸⁰⁷ Alain FENEON, op.cit, p.61, n°135.

⁸⁰⁸ CA Abidjan, 4^{ème} ch. civile et commerciale, arrêt n°641 du 17 juin 2005, Mme F. épouse B. et un autre c/ Mme P., ayant jugé la demande de la gérante recevable.

⁸⁰⁹ Article 160-7 de l'AUSCGIE.

l'administrateur est contrôlé par le juge à qui il doit rendre des comptes. En effet, l'article 160-5 dispose que : « l'administrateur provisoire doit présenter à la juridiction compétente au moins une (1) fois tous les trois (3) mois, un rapport sur les opérations qu'il a accomplies ainsi que sur l'évolution de sa mission ».

Il faut mentionner que : « lorsque l'administrateur provisoire a été chargé seulement de gérer la société et de convoquer dès que possible une assemblée d'actionnaires pour procéder à la nomination des administrateurs, il n'a pas le pouvoir de se substituer au conseil d'administration pour se prononcer sur l'agrément prévu par les statuts en cas de cession d'actions à des tiers étrangers à la société »⁸¹⁰. Ensuite, en cas de nécessité de faire modifier les pouvoirs initiaux, par exemple en raison d'un prolongement anormal de ses fonctions, l'administrateur provisoire peut s'adresser à l'autorité qui l'a nommé⁸¹¹ ; il en va logiquement ainsi, s'il a un doute sur l'étendue de ses pouvoirs.

En attendant, une jurisprudence OHADA sur le nouvel Acte uniforme, il convient d'attirer l'attention des juges sur la nécessité de faire une bonne application de ces dispositions, du reste claires⁸¹².

Il convient de convoquer quelques décisions antérieures afin d'en saisir la substance. Ainsi, il a été jugé que : « la désignation d'un administrateur provisoire n'est admise qu'en cas de mésintelligence paralysant le fonctionnement des organes sociaux, il n'y a pas lieu d'y procéder dès lors que les organes de la société fonctionnent, se réunissent régulièrement et délibèrent conformément aux statuts de la dite société »⁸¹³.

Dans le même ordre d'idées, la preuve d'une paralysie est nécessaire pour la recevabilité de la demande. En effet, « les conditions de nomination d'un administrateur ne sont pas réunies,

⁸¹⁰ Cass.com. 27/10/1969 : Bull.civ. IV n°314.

⁸¹¹ T.com. Seine 22/3/1949 : JCP 1949 II n°4980 note D.B.

⁸¹² Le fait est que le plus souvent la clarté des dispositions de l'Acte Uniforme ne conduit toujours pas à une bonne application par le juge. Nous en voulons pour preuve l'article 8 de l'AUPC qui autorise l'octroi de la suspension des poursuites individuelles pour une période de 3 mois. Mais dans une ordonnance du Tribunal de Première Instance de Première classe de Lomé a accordé une ordonnance de suspension de 2 ans (ordonnance n°0409 du 27 mai 2008, ohadata J 0-10-160, www.ohada.com, voir plus de développement sur la violation de l'esprit des textes OHADA, notre mémoire, « La problématique de la protection des intérêts des créanciers en droit OHADA des procédures collectives », UCAD, 2012-2013, p.22 et suivants) .

⁸¹³ Cour suprême de Côte d'Ivoire, chambre judiciaire, arrêt n°123/07 du 9 mars 2007, la société YARA WEST AFRICA, la Société YARA France c/la Société de financement et de participation de Côte d'Ivoire dite SFPI.Actualités juridique n°57,p.150. Ohadata J-09-296.

dés lors que le demandeur ne rapporte pas la preuve des faits paralysant le fonctionnement de la société »⁸¹⁴.

Il appartient donc aux juridictions nationales saisies d'une demande de nomination d'administrateur provisoire, d'apprécier au cas par cas, les circonstances de la cause. La Cour d'Appel de Daloa a, dans une décision discutable décidé que : « la mésentente ou conflit entre associés ne saurait justifier la nomination d'un administrateur provisoire, dès lors qu'elle n'est pas de nature à paralyser le fonctionnement actuel de la société »⁸¹⁵. La Cour d'Appel dans cette décision n'a pas tiré les conséquences de son propre raisonnement. En effet, dès lors que le conflit est établi, le risque de péril imminent aurait conduit la Cour a procédé à la nomination de l'administrateur.

Au demeurant, dans l'hypothèse de conflit d'intérêts, la tâche première de l'administrateur provisoire va être de concilier les antagonistes présents au sein de la société et qui influent négativement sur son fonctionnement normal. Un auteur⁸¹⁶ a souligné à juste titre que : « les moyens qu'il peut utiliser pour mener à bien cette mission relèvent principalement de la médiation. Il pourrait, si cela semble opportun, décider la convocation d'une assemblée au cours de la laquelle chaque protagoniste de la société pourra être entendu ». On voit donc que la mission de l'administrateur provisoire, consiste à protéger l'intérêt de la société. Dans l'hypothèse de conflit d'intérêts, il va s'agir pour l'administrateur de concilier ou même de discriminer les intérêts égoïstes au profit de l'intérêt social.

La protection directe de l'intérêt social peut également se faire par la nomination d'un mandataire ad hoc (Section II).

⁸¹⁴ Cour d'Appel d'Abidjan, 4^{ème} chambre civile et commerciale, arrêt n°641 du 17 juin 2005, Affaire : Mme F. épouse B. et un autre c/ Mme P.-Le Juris Ohada n°2/2007,p.34. Ohadata J-08-79.

⁸¹⁵ 2^{ème} chambre civile et commerciale, Arrêt n°85 du 29 mars 2006, Affaire : E. c/ SOCIETE CIVILE D'EXPLOITATION FORESTIERE DE L'OUEST DITE SCEFO-SARL-Le Juris Ohada n°4/2007,P.40. Obs., Joseph ISSA-SAYEGH.Ohadata J-08-87.

⁸¹⁶ Alain FENEON, op.cit., p.63, n°40.

Section II : L'interventionnisme judiciaire à travers le mandat ad hoc

La protection de l'intérêt social en droit OHADA des sociétés commerciales s'analyse également à travers le mandat ad hoc. Le mandat ad hoc suppose nécessairement l'intervention du juge.

Il s'agit pour nous de démontrer que même si l'interventionnisme judiciaire est évident dans le mandat ad hoc, il n'en demeure pas moins que, cet interventionnisme se trouve contenu lorsqu'on scrute les cas du recours (Paragraphe I). Il s'y ajoute, sur le plan de la protection de l'intérêt social, que la mission confiée au mandataire ad hoc est une mission ponctuelle.

Paragraphe I : Un interventionnisme limité au regard des cas du recours

Il convient de préciser que le mandat ad hoc, contrairement à l'administration provisoire ne bénéficie pas d'un régime juridique homogène. Son fondement, ainsi que les règles qui lui sont applicables sont déduites de certains articles de l'Acte uniforme.

Le mandat ad hoc apparaît comme un excellent instrument de protection de l'intérêt social. En effet, le risque d'un interventionnisme judiciaire excessif se trouve atténuer si l'on scrute les cas du recours (A). Ensuite, il sera de bonne méthode de faire une illustration jurisprudentielle en matière de mandat ad hoc (B).

A- La limitation des cas du recours

L'Acte Uniforme énumère de façon limitative les situations dans lesquelles on peut recourir au mandataire ad hoc. Il s'agira de présenter les cas qui s'inscrivent dans la droite ligne de la protection de l'intérêt social. L'objectif ainsi poursuivi, est d'éviter d'aboutir à un fonctionnement anormal de la société et, à une mise en péril permanente de ses intérêts. Dans d'autres cas, il consiste à sauvegarder la masse des obligataires, de finaliser le processus de liquidation de la société, ou encore de représenter la société dans le cadre d'une action sociale⁸¹⁷.

Parmi les cas qui peuvent nécessiter l'intervention d'un mandataire ad hoc, on peut citer d'abord, la convocation d'une assemblée générale au sein d'une SARL⁸¹⁸ ou au sein d'une SA⁸¹⁹. En effet, aux termes de l'alinéa 2 de l'article 337 de l'AUSCGIE, « ...tout associé peut demander en justice la désignation d'un mandataire ad hoc chargé de convoquer l'assemblée et de fixer son ordre du jour ». Il s'agit à travers cette disposition de permettre à un associé de pouvoir demander au juge la convocation d'une assemblée générale et de mettre fin à l'inertie du gérant ou des associés qualifiés.

Il convient de préciser, ainsi que cela a été jugé que : « le juge des référés a compétence pour désigner un mandataire pour convoquer une assemblée générale ordinaire afin de pallier la carence du gérant statutaire »⁸²⁰.

Dans les sociétés anonymes, c'est l'alinéa 2, 2° qui autorise la juridiction statuant à bref délai, à désigner un mandataire à la demande soit de tout intéressé en cas d'urgence, soit d'un ou plusieurs actionnaires représentant au moins le dixième du capital social s'il s'agit d'une assemblée générale, ou le dixième des actions de la catégorie intéressée s'il s'agit d'une assemblée spéciale. On comprendra donc, qu'il s'agisse de la SARL ou de la SA, la compétence est reconnue au juge des référés⁸²¹ sous cette réserve que : « cette compétence exceptionnelle du juge de référé pour désigner un mandataire chargé de convoquer

⁸¹⁷ Ibid. p.71, n°154.

⁸¹⁸ Articles 337 et suivants de l'AUSCGIE.

⁸¹⁹ Articles 516 et suivants de l'AUSCGIE.

⁸²⁰ TRHC Dakar, jugement n°1364 du 28 octobre 2002 : ohadata J-05-39 ; CA Ouagadougou, ordonnance de référé n°68/2003 du 4 septembre 2003 : ohadata J-08-08.

⁸²¹ Cour suprême du Niger, arrêt n°01-158/C du 16 août 2001 : ohadata J-02-28.

l'assemblée ne saurait aller au-delà, notamment dans l'hypothèse d'une demande d'annulation des délibérations »⁸²².

Ensuite, le mandataire ad hoc peut être désigné dans le cadre de vote pour pallier un abus de minorité ou d'égalité⁸²³. En effet, dans ces deux hypothèses, l'alinéa 3 de l'article 131 précise que : « la juridiction compétente peut désigner un mandataire ad hoc aux fins de représenter à la 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 ». Il est évident, que la désignation d'un mandataire ad hoc, quoique empreinte d'interventionnisme judiciaire poussé, constitue un palliatif indispensable aux situations de blocage. Le mandataire ainsi désigné remplacera les responsables d'abus afin de voter dans l'intérêt de la société.

Mais le mandataire ad hoc peut également intervenir dans le cadre de consultation des associés en vue de la prorogation de la vie de la société,⁸²⁴ ou encore dans le cadre de la convocation de l'assemblée générale des obligataires⁸²⁵. Plus pragmatique est son intervention dans le cadre de l'exercice de l'action sociale⁸²⁶ où, il s'agit d'éviter un conflit d'intérêts évident. En effet, en reliant bout à bout les dispositions des articles 166 et 167, on se rendra compte que l'action sociale est exercée par les dirigeants sociaux.

Mais, l'action sociale étant 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, il n'est pas évident que ces derniers en prennent l'initiative de leur mise en cause. C'est pourquoi, il a été précisé que : « 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. Les requérants sont habilités à demander réparation du préjudice subi par la société. En cas de condamnation, les dommages et intérêts sont alloués à la société et non aux requérants ». La recevabilité de cette demande est subordonnée à la mise en cause régulière de la société par l'intermédiaire de ses représentants légaux. En effet, la jurisprudence rejette

⁸²² CA d'Abidjan, 5^{ème} ch. Civ. Et com., arrêt n°32 du 13 janvier 2004 : juris Ohada 2004, n°4, p.59 ; ohadata J-05-180.

⁸²³ Article 131 de l'AUSCGIE.

⁸²⁴ Articles 35 et suivants de l'AUSCGIE.

⁸²⁵ Articles 796 et 802 alinéa 2 de l'AUSCGIE.

⁸²⁶ Article 167 de l'AUSCGIE.

systématiquement toute action introduite sans mise en demeure préalable⁸²⁷. A ce propos, il a été jugé que : « bien qu'un associé détenant 50% du capital social puisse valablement exercer l'action sociale en vertu de l'article 332 de l'AUSCGIE, l'action est mal fondée si elle n'est précédée de la mise en demeure »⁸²⁸. Il apparaît clairement que l'exercice de l'action sociale par les associés constitue à la fois un moyen de protection de l'intérêt social et un remède contre l'inaction des dirigeants.

Il peut se faire aussi et surtout, qu'un conflit d'intérêts entre la société et les dirigeants freine l'exercice de l'action sociale. C'est dans cette hypothèse que l'importance de l'intervention d'un mandataire ad hoc apparaît plus clairement. En effet, l'alinéa 3 de l'article 167 dispose que : « la société ou tout associé peut également demander à la juridiction compétente de désigner un mandataire ad hoc pour la représenter dans l'instance, lorsqu'il existe un conflit d'intérêts entre la société et ses représentants légaux ». Dans cette hypothèse, « l'action sociale doit être rejetée à défaut de mise en demeure sans qu'il n'y ait ni violation, ni fausse application des articles 162, 166 et 167 »⁸²⁹.

En tout état de cause, « tout associé a qualité pour agir en justice toutes les fois que cela se situe dans l'intérêt légitime de la société »⁸³⁰. Il faut enfin, signaler que, le mandataire ad hoc peut intervenir dans le cadre de la liquidation de la société⁸³¹ ou de l'accomplissement des formalités obligatoires⁸³².

Au regard de ce qui précède, l'interventionnisme judiciaire dans les affaires sociales à travers le mandat ad hoc apparaît comme nécessité par la protection de l'intérêt social. Ainsi que nous l'avons relevé, les cas du recours sont limitativement énumérés. Il convient à présent de faire une illustration jurisprudentielle de l'application de ces dispositions éparses (B).

⁸²⁷ MONTHIEU, « la responsabilité du dirigeant social à l'égard des tiers à la lumière des droits français et OHADA » ; OUSMANOU, « l'action sociale ut singuli ou l'apport éthique de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique ».

⁸²⁸ CA Ouagadougou, arrêt n°40 du 2 mai 2003 : ohadata J-04-365.

⁸²⁹ CCJA arrêt n°096/2013 du 22 novembre 2003.

⁸³⁰ CA de Cotonou, arrêt n°65/99 du 29 avril 1999 : ohadata J-06-140 ; CA d'Abidjan, arrêt n°826 du 20 juin 2003 : ohadata J-03-240.

⁸³¹ Articles 271 et suivants de l'AUSCGIE.

⁸³² Articles 250 et 259 de l'AUSCGIE ;

B- Les illustrations jurisprudentielles

Les dispositions sus évoquées ont reçu une application constante en droit des sociétés commerciales OHADA. Ainsi, il a été jugé à propos d'une SARL, que : « le refus d'actualiser les statuts de la société à la suite d'une cession des parts et d'en publier les modifications, le refus de convoquer le coassocié à l'AG et de lui rendre compte de la gestion constituent des éléments caractérisant la mésintelligence entre associés et justifiant la nomination d'un mandataire ad hoc »⁸³³.

Dans le même ordre d'idées, il a été jugé en application de l'article 517 de l'AUSGIE que : « l'associé en faveur de qui une décision de justice a ordonné le transfert des actions irrégulièrement acquises, ce qui augmenterait sa participation à 48% , ne peut valablement saisir le juge des référés pour désigner un mandataire à l'effet de convoquer une assemblée générale si au jour de l'introduction de sa demande il ne réunit pas encore le 1/10^{ème} du capital social requis du moment où le transfert et le paiement de ces actions ne sont pas encore réalisés »⁸³⁴.

Déjà en 2008, la Cour d'Appel de Bobo Dioulasso au Burkina, avait précisé que : « tout associé peut, à la fin de chaque exercice, saisir la juridiction compétente aux fins de désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée générale et de fixer son ordre du jour à défaut de convocation de ladite assemblée par le gérant. Par conséquent, un associé ne peut, après plusieurs exercices, solliciter la reddition des comptes de la société à défaut de saisine de la juridiction compétente aux fins de désignation d'un mandataire à la fin de chaque exercice »⁸³⁵.

Des précisions sur la compétence juridictionnelle ont également été apportées. Le juge des référés reçoit ainsi compétence pour la désignation d'un mandataire ad hoc. C'est d'ailleurs, la solution donnée par le Tribunal de commerce d'Abidjan qui a jugé à bon droit que : « en cas de dissension entre associés suite à une crise interne non contestée par le gérant statutaire, le juge des référés, saisi par les associés, désigne un mandataire judiciaire à l'effet de

⁸³³ CCJA, Ass.plén., Arr. n°117/2014, 04 nov.2014, Aff. Michel ZOUHAIR FADOUL EL ACHKAR c/ OMAIS KASSIM Sélecta SARL).

⁸³⁴ Tribunal de commerce d'Abidjan, ord. réf. n°303/13, 23 avr. 2013, Aff. La Société Africaine pour la Promotion Héviéicole et l'Industrialisation du Caoutchouc dite SAPHIC c/ La Société Tropical Rubber Côte d'Ivoire dite TRCI,-La Société GMG INVESTMENT(PTE) Ltd, - Etat de Côte d'Ivoire.

⁸³⁵ CA de BOBO- DIOULASSO, ch.com, Arr. n° 11 du 25 juin 2008, aff. KORBEOGO Barthélemy c/ OUEDRAOGO R. Fulbert.

révoquer et de remplacer le gérant statutaire »⁸³⁶. Par contre, « le juge des référés n'est plus compétent pour désigner un mandataire judiciaire à l'effet de convoquer une assemblée générale extraordinaire des associés lorsqu'une expertise de gestion précédemment ordonnée par le juge du fond est en cours au sein de la dite société »⁸³⁷.

Il s'y ajoute que : « la convocation d'une assemblée générale faite par un mandataire judiciaire et les résolutions prises au cours de cette réunion sont régulières, dès lors que les demandeurs de la nullité ont été déboutés de leur demande en rétractation de l'ordonnance de désignation du mandataire judiciaire »⁸³⁸. La jurisprudence précise aussi que : « en cas de désignation d'un mandataire par la juridiction compétente à la demande d'un ou plusieurs actionnaires représentant un dixième du capital ou des actions, la convocation et les délibérations de l'assemblée sont nulles si lesdites actions étaient sous séquestre et donc dépourvues du droit de vote au moment de la convocation »⁸³⁹.

Ainsi, dans l'hypothèse d'un abus de minorité, s'il est possible pour le juge « de 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 »⁸⁴⁰ ; il n'en demeure pas moins, qu'« il ne peut pas fixer le sens du vote du mandataire qu'il désigne »⁸⁴¹. A fortiori, « les juges ne peuvent pas non plus se substituer aux organes sociaux légalement compétents et décider que leur jugement vaudra adoption de la résolution litigieuse »⁸⁴².

D'une manière générale, on peut constater au regard de ce qui précède, que le législateur OHADA a entendu limiter les cas du recours au mandataire ad hoc en prévoyant les situations particulières pouvant justifier sa nomination. En tout état de cause, la jurisprudence exige, avant de faire droit à la demande que celle-ci « tende bien à des fins légitimes conformes à l'intérêt social et non à la satisfaction de fins propres aux demandeurs »⁸⁴³.

⁸³⁶ TC Abidjan (Côte d'Ivoire), Ord. réf. RG n°983/2013, 24 juil. 2013, Aff. M. DIABY et un autre c/ M. TOURE KLOHIRI LAZARE).

⁸³⁷ Tribunal Régional de Niamey (NIGER), Ord. réf. n° 296, 31 déc.2002, Aff. ABASS HAMMOUD c/ JACQUES CLAUDE LECOUR).

⁸³⁸ CA d'Abidjan, ch.civ. et com., 3^{ème} ch. B, arrêt n°07 du 19 janvier 2007 : ohadata J-08-27.

⁸³⁹ CA d'Abidjan, arrêt n°1121 du 8 août 2003 : ohadata J-04-99.

⁸⁴⁰ Cass.com., 9/3/1993: RJDA 4/93 n°323; CA de Saint-Denis, 19/9/2008, n°07-2027: RJDA 7/09 n°646.

⁸⁴¹ Cass. 3^{ème} civ., 16/12/2009, n°09-10.209: RJDA 3/10 n°247.

⁸⁴² Cass.com., 9/3/1993: RJDA 4/93, n°323; cass.com., 31/3/2009 n°8-11.860 : RJDA 6/09 n°548.

⁸⁴³ CA Colmar 24/9/1975: D.1976 p.348 note Y. GUYON ; CA Paris, 15/3/1990: Dr. sociétés 1990, n°131 ; voir aussi : Cass.com., 19/6/1990 : Bull. civ. IV n°186.

Il s'y ajoute que, la mission du mandataire ad hoc est toujours une mission ponctuelle. Pour la commodité de notre travail, nous démontrerons dans un second temps, le caractère ponctuel de cet interventionnisme judiciaire et son apport dans la protection de l'intérêt social (Paragraphe II).

Paragraphe II : Un interventionnisme ponctuel au regard de la mission confiée

Il convient tout de suite de préciser que, même si les cas dans lesquels le recours au mandataire ad hoc est autorisé sont analysés, il n'en demeure pas moins que les missions, a lui confiées ne sont pas explicitées.

Il s'agira donc dans ce paragraphe, sans courir le risque d'une répétition-quoique pédagogique-, de relativiser l'interventionnisme judiciaire dans les affaires sociales à travers le mandat ad hoc. En effet, il a été démontré que cet interventionnisme se justifie davantage par un souci de protection de l'intérêt social que par un désir d'immixtion.

Il convient à cet effet, de ne souligner que les aspects qui intéressent la protection de l'intérêt social. Ainsi, l'interventionnisme judiciaire à travers le mandat ad hoc est atténué, en ce que la mission confiée au mandataire a un caractère ponctuel. Elle peut consister soit, en une représentation des associés pour surmonter un blocage dans l'exercice du droit de vote (A), soit, en une représentation de la société dans une instance impliquant un conflit d'intérêts entre la société et les représentants légaux (B).

A- Une mission de représentation des associés, un palliatif à la situation de blocage

Il sera question de démontrer ici, que la mission qui est confiée au mandataire ad hoc qui s'inscrit dans la droite ligne de la protection de l'intérêt social est ponctuelle. A cet effet, la désignation du mandataire peut intervenir afin de pallier une situation de blocage dans l'exercice du droit de vote.

Ainsi, l'article 131 de l'AUSCGIE nous renseigne que : « les associés minoritaires ou égalitaires peuvent engager leur responsabilité en cas d'abus de minorité ou d'égalité. Il y a abus de minorité ou d'égalité lorsque, en exerçant leur vote, les associés minoritaires ou égalitaires 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. 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 ».

Il apparaît donc clairement que la mission confiée au mandataire est de pourvoir à la situation de blocage, préjudiciable à la société, en votant au nom des associés responsables dans un sens conformes à l'intérêt social. L'objectif de son intervention est de permettre la prise de la décision nécessitée par l'intérêt social. Sa mission s'arrête une fois que la décision a été prise, elle n'a pas vocation à perdurer au-delà.

La jurisprudence est prudente quant à la notion d'abus pouvant entraîner la désignation d'un mandataire ad hoc. Ainsi, elle a jugé que : « ne constitue pas un abus de minorité, les actes légitimement posés après le vote d'une résolution au cours d'une assemblée générale mixte par un associé minoritaire qui n'avait pourtant pas empêché que la dite résolution soit adoptée à l'unanimité »⁸⁴⁴.

Il apparaît à la lumière de la jurisprudence, que la mission de représentation des associés confiée au mandataire ad hoc, est une mission ponctuelle. Il intervient souvent pour représenter un associé défaillant et voter à sa place⁸⁴⁵ ou encore pour représenter au sein de l'assemblée générale des actions démembrées et assurer leurs droits de vote⁸⁴⁶. En outre, il

⁸⁴⁴ TGI Mfoundi (Cameroun), jug. Civ. n° 205, du 12 janvier 2004, Aff. SNAC c/ MOUICHE.

⁸⁴⁵ Com. 9 mars 1993, Bull. Joly 1993.537, note P. Le CANNU ; Dr.sociétés 1993, n°95, obs. H. Le Nabasque ; civ. 3^{ème}, 1^{er} décembre 2009, n°08-19.719.

⁸⁴⁶ Com. 10 novembre 2009, n°08-19.356.

peut assister le conseil d'administration pour mettre fin à un conflit⁸⁴⁷, ou racheter les parts de l'associé retrayant⁸⁴⁸.

Pour revenir aux hypothèses d'abus, il est évident que la nomination d'un mandataire ad hoc vise à lui permettre de prendre part au vote et de voter dans l'intérêt social où l'absence de vote entraînerait un blocage de la vie sociale. Ainsi, la désignation d'un mandataire ad hoc a été admise 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 aux intérêts légitimes des minoritaires⁸⁴⁹.

Il convient aussi, toujours pour démontrer le caractère ponctuel de la représentation de faire cas de cet arrêt de la troisième chambre civile de la cour de cassation. En l'espèce, « les parts d'une SCI étaient détenues à 50% par un époux, M. D, à 40% par l'épouse et à 10% par le père de cette dernière ; l'objet de la société était l'acquisition d'immeubles « en vue de leur administration, soit bail ou autrement, soit par leur attribution en jouissance gratuite aux associés » ; les époux divorcent et M.D convoque une assemblée générale pour proposer que l'immeuble social soit loué ; l'ex-épouse et son père s'y opposent, si bien que la résolution présentée n'est pas adoptée ; M.D, assigne alors ses coassociés afin de faire constater un abus d'égalité et de faire nommer un mandataire ad hoc, chargé de voter en leur lieu et place et de se prononcer en faveur de la location de l'immeuble avec paiement d'un loyer »⁸⁵⁰. Il reste entendu, que le juge qui nomme un mandataire ad hoc avec mission de voter au lieu et place des associés ayant abusé de leur minorité ou égalité ne peut fixer le sens de vote de celui-ci⁸⁵¹.

Au vu de ce qui précède, le mandataire ad hoc apparaît comme le sauveur de l'intérêt social, lorsque, du fait des minoritaires ou égalitaires, une décision nécessaire à la société n'a pas pu être prise. La mission du mandataire ad hoc, ainsi que nous l'avons dit, consiste à voter la décision bloquée, au nom des minoritaires ou d'égalitaires dans l'intérêt social et non nécessairement dans le sens des majoritaires. Cependant, comme l'a souligné à juste titre un auteur⁸⁵², « dans la pratique, le jumelage des alinéas 2 et 3 laisse à penser que dès lors que le juge caractérise l'abus de minorité ou d'égalité, les décisions bloquées seront votées grâce à

⁸⁴⁷ CA de Paris, 7 juin 1990, D.1990. IR 194 ; Bull. Joly. 1990.760, note P. Le CANNU.

⁸⁴⁸ Civ. 1^{ère}, 14 décembre 2004, Bull. Joly 2005, p.525, note J. J. Daigre.

⁸⁴⁹ Com. 9 mars 1993, arrêt FLANDIN, Rev.sociétés 1993.403, note P. MERLE.

⁸⁵⁰ Civ. 3^{ème}, 16 décembre 2009, n°09-10.209, Bull.Joly.2009.93, RTD.com 2010.136, obs. CHAMPAUD et DANET.

⁸⁵¹ Civ. 3^{ème}, 16 décembre 2009, précit.

⁸⁵² Alain FENEON, droit des sociétés en Afrique OHADA, Lextenso éditions, LGDJ, 2015, p.74, n°158.

l'intervention du mandataire ad hoc. D'ailleurs, si le mandataire ad hoc ne vote pas dans le sens voulu par les associés majoritaires, ces derniers ne pourront engager sa responsabilité sur ce simple constat. Au demeurant, il peut, à l'instar de l'administrateur provisoire, tenter de concilier les antagonismes entre les associés et pousser au vote d'une décision amendée de manière à sauvegarder l'intérêt social »⁸⁵³.

Il apparaît clairement que la mission de représentation des associés confiée au mandataire ad hoc est indéniablement protectrice de l'intérêt social.

Ensuite, la mission du mandataire peut consister en une représentation de la société (B).

⁸⁵³ R. VATINET, « administration provisoire », Juris-Classeur commercial, 1^{ère} sept. 2007.

B- Une mission de représentation de la société, un palliatif au conflit d'intérêts

En ce qui est de la mission de représentation de la société, c'est l'article 167 de l'AUSCGIE qui introduit la possibilité pour la société ou tout associé, quelle que soit la valeur des parts ou actions qu'il possède, de faire la demande de nomination d'un mandataire ad hoc chargé de représenter la société lors d'une instance. Par cet article, le mandataire ad hoc sera chargé de représenter la société suite à l'exercice d'une action sociale.

Il a déjà été jugé que : « l'action sociale peut être engagée par un associé agissant individuellement sans rechercher l'accord de ses coassociés »⁸⁵⁴. Il s'agit d'une demande qui intervient nécessairement dans le contexte particulier d'un conflit d'intérêts caractérisé entre la société et ses représentants légaux, ces derniers ne pouvant donc la représenter à l'instance alors que la société doit à peine d'irrecevabilité être mise en cause par leur intermédiaire⁸⁵⁵. En effet, il a été rappelé que : « l'action sociale en responsabilité contre le gérant intentée par un associé qui remplit les conditions exigées par l'article 331 de l'AUSCGIE est bien recevable. Encore faut-il pour qu'elle aboutisse pleinement, qu'elle respecte les prescriptions de l'article 167 de l'AUSCGIE selon lesquelles l'action sociale ne peut être intentée qu'après « une mise en demeure des organes compétents non suivie d'effets dans le délai de trente jours »⁸⁵⁶.

Du reste, « si un associé pouvait pour justes motifs, demander à la juridiction compétente de prononcer la dissolution anticipée de la société, il ne pouvait cependant agir en justice au nom et pour le compte de ladite société. Ce pouvoir appartenant au gérant, seule habilité à représenter la société. Et seule la société a un intérêt direct à agir à l'exclusion des associés qui la composent »⁸⁵⁷. Au vu de ce qui suit, on peut s'en féliciter du fait que la réforme de l'AUSCGIE à travers l'article 167 permet la désignation d'un mandataire ad hoc pour pallier cette insuffisance.

Il faut mentionner en matière de convocation d'une assemblée générale que : « la désignation d'un mandataire ad hoc n'est pas une mesure exceptionnelle et ne suppose pas qu'il soit rapportée la preuve des circonstances rendant impossible le fonctionnement de la société : il

⁸⁵⁴ Cour d'appel d'Abidjan, arrêt n°826 du 20 juin 2003, (AIE JEAN – MARIE c/ Société INTERBAT). Ohadata J-03-240.

⁸⁵⁵ Article 167 alinéa. 3 AUSCGIE.

⁸⁵⁶ Cour d'appel de Ouagadougou (Burkina Faso), chambre civile et commerciale, arrêt n°40 du 02 mai 2003, Jacques Firmin TRUCHET c/ Jean Pascal KINDO), ohadata J-04-365.

⁸⁵⁷ Tribunal de Grande Instance de Ouagadougou (Burkina Faso), jugement n°631 du 12 juin 2002, KINDA Jean Pascal c/ TRUCHER Firmin). Ohadata J-04-18.

suffit que le demandeur justifie d'un juste motif »⁸⁵⁸. Aussi faut-il dire que si le mandataire ad hoc doit convoquer une assemblée générale, en principe, l'ordre du jour à fixer est déjà délimité dans la décision le commettant⁸⁵⁹. En effet, il a été précisé que : « dès lors que l'assemblée générale est convoquée par un mandataire ad hoc, l'ordre du jour de la dite assemblée est fixé par l'ordonnance de référé »⁸⁶⁰. Mais, il peut se faire aussi que l'ordre du jour soit déterminé de manière générale. Dans cette hypothèse, il a été admis que dès lors que cet ordre du jour est respecté, rien ne s'oppose à ce que d'autres résolutions soient mises à l'ordre du jour par le mandataire judiciaire si elles n'ont pas pour effet de limiter directement ou indirectement les points établis par le tribunal⁸⁶¹.

La question a été posée de savoir : lorsque le mandataire ad hoc ne respecte pas l'ordre du jour fixé par l'ordonnance du président du tribunal, la convocation est-elle nulle ? La chambre commerciale dans une décision critiquée⁸⁶², a estimé que : la nullité serait envisageable, sauf si compte tenu des circonstances, il y a lieu de l'écarter. Dans cette affaire, la convocation différait de l'ordonnance sur des points importants ; notamment, elle prévoyait, contrairement à l'ordonnance, la révocation des administrateurs. Pourtant, l'ordre du jour fixé par l'ordonnance était relativement imprécis en se contentant de prescrire la nomination d' « administrateurs aptes », si bien que les tribunaux ont estimé que la révocation des administrateurs était le préalable nécessaire à la nomination d'autres administrateurs.

De l'affaire des associés, la société est devenue l'affaire de tous. L'interventionnisme judiciaire qui caractérise certains mécanismes de protection de l'intérêt social et de traitement des conflits d'intérêts en droit OHADA est évident. En effet, il suffit d'un blocage dans la société pour que le juge se voit autoriser à intervenir. Si cette intervention se justifie dans certains cas, il n'en est pas pareil dans d'autres, où le mandataire judiciaire se verrait attribuer des pouvoirs les plus étendus. On peut atténuer cette affirmation en ce que dans certains cas, l'intervention judiciaire est limitée voire encadrée. En tout état de cause, la mission du mandataire ad hoc ne doit pas être confondue à celle de l'administrateur provisoire. En effet, le premier n'assume qu'une mission ponctuelle, alors que le second peut se voir confier la gestion momentanée de la société. Alors même que le premier exerce une mission de représentation, le second exerce une mission de substitution totale ou partielle.

⁸⁵⁸ CA d'Aix-Provence, 2 avril 2009, RJDA 2010, n°641.

⁸⁵⁹ Voir en droit français, Code de commerce, article 225-65.

⁸⁶⁰ Com. 20 février 2007, Bull. Joly.2007.752, note J-CI. Houillon.

⁸⁶¹ Com. 19 avril 2005, RJDA, n°1109 ; CA Nancy, 8 juin 2005, JCP E 2006.1253.

⁸⁶² Com. 20 février 2007, Bull. Joly. 2007 §200, p.752, note J-CI. Houillon.

Comme on peut le constater, le mandataire ad hoc ne dessaisit pas les dirigeants sociaux qui continuent d'exercer toutes leurs attributions⁸⁶³. De même, les juges rappellent le caractère subsidiaire et exceptionnel de la mission⁸⁶⁴ et sa nature provisoire.

Il convient à cet égard de conclure avec le Professeur MESTRE que : « le juge a su devenir peu à peu, l'indispensable garant des équilibres sociaux. Simplement, il ne faut pas abuser des bonnes choses...et le juge doit donc savoir s'impartir certaines limites sans lesquelles les associés auraient le sentiment que la société n'est plus du tout leur affaire »⁸⁶⁵. Il est heureux qu'en droit OHADA, c'est le législateur lui-même qui en a fixé au juge les limites de son intervention.

Ainsi, détaillée la protection directe de l'intérêt social mérite que soient présentés les mécanismes de sanction institués par le législateur OHADA. En effet, au-delà d'un simple interventionnisme pour assurer la protection de l'intérêt social, il arrive souvent que le juge intervienne pour en sanctionner la violation. A cet effet, le législateur érige en délits certains comportements portant atteinte à l'intérêt de la société.

Il convient cependant, de constater que ces mécanismes de protection directe regorgent des insuffisances en ce qu'ils enlèvent toute initiative aux dirigeants sociaux et canalisent leurs actions. Pour mieux scruter ces mécanismes et relever leurs insuffisances, il convient de les étudier en les classant dans la rubrique consacrée à l'insuffisance de la protection directe de l'intérêt social, notamment : une protection de l'intérêt social peu satisfaisante (Titre II).

⁸⁶³ Com. 14 février 1989, JCP 1989.IV.143 ; Rev.sociétés 1989.633 note D.Randoux.

⁸⁶⁴ CA de Paris, 3 avril 1998, Juris-Data, n°020715.

⁸⁶⁵ MESTRE Jacques, cité par Mounetaga DIOUF, in « l'intervention du juge dans la vie des sociétés commerciales », thèse UCAD 2007, p.320.

Titre II : Une protection de l'intérêt social peu satisfaisante

Il s'agit à travers ce titre, de mettre en évidence les insuffisances de la protection directe de l'intérêt social. En effet, l'examen des dispositions de l'Acte uniforme, mais aussi celles des autres organisations d'intégration, révèle l'existence des mécanismes sanctionnant les comportements contraires à l'intérêt social. Il s'agit pour la plupart des mécanismes dont la mise en œuvre suppose l'intervention du juge ou le cas échéant, celle de l'organe de contrôle.

Il convient donc dans le cadre de ce titre, d'examiner les mécanismes sanctionnant la violation de l'intérêt social tout en relevant leurs insuffisances (chapitre I). Ensuite, de ce que les mécanismes ainsi institués sont peu satisfaisants, il en résulte que : la protection de l'intérêt social est difficilement atteinte (chapitre II).

Chapitre I : L'efficacité relative de certains mécanismes sanctionnant la violation de l'intérêt social

Il sera question dans ce chapitre d'étudier les mécanismes les plus pertinents en matière de protection directe de l'intérêt social. Il convient tout de suite de préciser, que l'existence de ces mécanismes est déduite à la fois des dispositions de l'Acte uniforme et de celles des autres instruments juridiques régionaux, mais aussi des droits nationaux des Etats parties.

Pour se faire, il convient d'étudier dans un premier temps, le délit d'initié comme mécanisme de protection directe de l'intérêt social (section I). Le délit d'initié est essentiellement applicable en matière de conflit d'intérêts. On comprendra que son essence est de discriminer les intérêts égoïstes, au profit de l'intérêt général, ici l'intérêt social.

Ensuite, la protection directe de l'intérêt social est envisageable à travers la responsabilité des dirigeants sociaux. En effet, la responsabilité du dirigeant social s'est forgée à partir des « outils traditionnels du droit dur, faits d'obligations et de contraintes »⁸⁶⁶ et impliquant une judiciarisation *a posteriori* de la violation de la norme⁸⁶⁷. Cette responsabilité prévue le plus souvent par des textes spécifiques, dérogatoires au droit commun et contenus dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, est la contrepartie des pouvoirs reconnus au dirigeant dans la conduite des affaires sociales⁸⁶⁸.

Nous examinerons en second temps de ce chapitre, les aspects de cette responsabilité qui entrent dans le cadre de la protection directe de l'intérêt social (section II).

⁸⁶⁶ La formule empruntée à P. Deumier, « la responsabilité sociétale de l'entreprise et les droits fondamentaux, D. 2013, p 1564

⁸⁶⁷ Ndiaw DIOUF, art.précit. p.3.

⁸⁶⁸ Ibidem.

Section I : La sanction de la violation de l'intérêt social à travers le délit d'initié, un mécanisme peu satisfaisant

Le délit d'initié est défini par le code pénal nigérien comme étant : « le fait pour le président d'une société, les directeurs généraux, les membres du directoire d'une société, les personnes physiques ou morales, exerçant dans cette société, les fonctions d'administrateur ou de membre de conseil de surveillance, ainsi que les représentants permanents des personnes morales qui exercent ces fonctions, et pour les personnes disposant, à l'occasion de l'exercice de leur profession ou de leurs fonctions, d'informations privilégiées sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé, de réaliser ou de permettre de réaliser, soit directement, soit par personne interposée, une ou plusieurs opérations avant que le public ait connaissance de ces informations »⁸⁶⁹.

Comme l'a fait constater un auteur⁸⁷⁰, contrairement au droit français des marchés financiers, le délit d'initié semble se confondre avec celui de la communication d'informations privilégiées dans certaines législations. De ce fait, le délit d'initié apparaît comme un élément constitutif du délit de communication d'information privilégiée.

Toutefois, en droit positif nigérien, le législateur semble faire la distinction entre le délit d'initié et le délit de communication d'informations privilégiées sans la nommer. En effet, même si les articles 338.4 et 338.5 du code pénal se trouvent dans le chapitre intitulé « abus de confiance et délit d'initié », il n'en demeure pas moins, qu'en sanctionnant « le fait pour toute personne disposant dans l'exercice de sa profession ou de ses fonctions, d'une information privilégiée sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont

⁸⁶⁹Article 338.2 du code pénal. Le code punit les auteurs du délit d'initié d'une peine d'emprisonnement de un (1) an à trois (3) ans et d'une amende de 25.000.000 de francs à 250.000.000 de francs. Le montant de l'amende peut être porté au-delà de ce chiffre, jusqu'au double du montant du profit éventuellement réalisé, sans que l'amende puisse être inférieure à ce même profit.

⁸⁷⁰ GATCHOUP TCHINDA Désiré, in « le délit d'initié dans les marchés boursiers de l'espace OHADA », Revue ERSUMAN° 4 - [Septembre 2014](#) > [Doctrine](#), faisant allusion au droit national camerounais qui définit le délit d'initié comme étant le fait « pour des dirigeants sociaux d'une société commerciale ou industrielle et pour les personnes disposant, à l'occasion de l'exercice de leur profession ou de leurs fonctions, d'informations privilégiées sur la situation ou les perspectives d'un émetteur dont les valeurs mobilières sont négociées sur le marché, de réaliser ou de permettre sciemment de réaliser, directement ou par personne interposée, une ou plusieurs opérations avant que le public ait connaissance de ces informations et avec pour but de réaliser un profit indu ; pour toute personne disposant à l'occasion de l'exercice de sa profession ou de ses fonctions, d'informations privilégiées sur la situation ou les perspectives d'un émetteur dont les valeurs mobilières sont négociées sur un marché, de les communiquer à un tiers en dehors du cadre normal de sa profession ou de ses fonctions et avec pour but de réaliser un profit indu », définition qui rejoint celle du droit nigérien.

négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé, de la communiquer à un tiers en dehors du cadre normal de sa profession ou de ses fonctions », l'article 338.4 consacre de façon expresse le délit de communication d'informations privilégiées.

Cela est d'autant plus vrai, que l'alinéa 2 de l'article L.465-1 du code monétaire et financier français, définit le délit de communication d'informations privilégiées en des termes identiques à ceux contenus dans l'article 338.4 du code pénal nigérien⁸⁷¹.

Sous cette réserve, on parlera de délit d'initié, toutes les fois qu'une personne qui, ayant accès à des informations susceptibles d'avoir une incidence sur le prix de titres et inaccessibles au public, les exploite pour son propre compte, directement ou par personne interposée, en réalisant des opérations sur ces titres.

Au regard de ce qui précède, il convient de se demander si le délit d'initié tel que défini et réprimé par le législateur nigérien, prend véritablement en compte tous les contours de cette infraction. Cette interrogation est d'autant plus intéressante que la réponse qui sera apportée permettra de juger de l'efficacité de cette infraction à constituer un mécanisme de protection de l'intérêt social.

Aussi, le particularisme de cette infraction laisse-il entrevoir d'une part, l'existence des sanctions de nature pénale et d'autre part, celles de nature pécuniaire, administrative ou disciplinaire. Ce particularisme conduit à se demander si une personne ayant déjà fait l'objet d'une condamnation par le CREPMF (au plan communautaire) peut, par la suite, être poursuivie par le juge pénal (au plan national).

Il serait de bonne démarche d'examiner dans un premier temps, les contours incertains du délit d'initié (Paragraphe I), avant de voir dans un second temps, le système de répression dual du délit d'initié (Paragraphe II).

⁸⁷¹ Cet article (alinéa 2 de l'article L.465 du Code monétaire et financier) définit le délit de communication d'informations privilégiées comme étant : « le fait pour toute personne disposant dans l'exercice de sa profession ou de ses fonctions d'une information privilégiée sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives de l'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé, de communiquer à un tiers en dehors du cadre normal de sa profession ou de ses fonctions ».

Paragraphe I : Le délit d'initié, une infraction aux contours incertains

Le délit d'initié mérite que soit précisé ses contours à la lumière du droit communautaire UMOA et de la jurisprudence pour mieux apprécier son aptitude à assurer la protection de l'intérêt social. En effet, si le délit d'initié est une infraction récente au Niger, il n'en est pas le cas en France, où il existait depuis la loi n°70-1208 du 23 décembre 1970⁸⁷².

Le délit d'initié est une infraction particulièrement complexe dans sa constitution. Cela est d'autant plus vrai que la liste d'initiés peut s'étendre au-delà de la lecture littérale du texte (A). Ensuite, la notion centrale qui caractérise cette infraction à savoir l'« information privilégiée » est une notion subtile (B).

⁸⁷² Le délit d'initié est institué par la Loi n°70-1208 du 23 décembre 1970 qui avait pour objectif de moraliser la spéculation boursière en garantissant l'égalité des investisseurs par la sanction de l'utilisation illicite d'informations privilégiées par les personnes qui en disposent à titre professionnel : code monétaire et financier commenté 2011, p.718.

A- L'extension possible de la liste d'initiés

Au regard des dispositions du code pénal nigérien, deux catégories de personnes sont principalement visées par le délit d'initié. Il s'agit d'une part, des personnes internes à la société et, que l'on peut appeler « les initiés primaires internes », et d'autre part, « les initiés primaires externes ».

1- La relative certitude de détermination des initiés primaires internes

La catégorie des initiés primaires internes catégorie englobe les personnes disposant d'une information privilégiée à raison de leur qualité ou de leur fonction au sein de la société émettrice. Le code pénal vise : le président d'une société, les directeurs généraux, les membres du directoire d'une société, les personnes physiques ou morales, exerçant dans cette société, les fonctions d'administrateur ou de membre de conseil de surveillance, ainsi que les représentants permanents des personnes morales qui exercent ces fonctions.

Même si le code pénal vise expressément les membres du directoire et les membres du conseil de surveillance, il n'en demeure pas moins que l'Acte uniforme ne consacre pas la société à directoire et conseil de surveillance. En effet, l'article 414 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (ci-après l'AUDSCGIE)⁸⁷³ précise que : « le mode d'administration de chaque société anonyme est déterminée de manière non équivoque par les statuts qui choisissent entre : - la société anonyme avec conseil d'administration ; - la société anonyme avec administrateur général... ». Il s'y ajoute que, la société anonyme avec conseil d'administration est dirigée soit par un président-directeur général, soit par un président du conseil d'administration et un directeur général⁸⁷⁴. En plus, même si l'Acte uniforme autorise le conseil d'administration à créer des comités d'études, ceux-ci sont composés de membres du conseil qui exercent leur activité sous sa responsabilité⁸⁷⁵.

En outre, il est vrai que l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives⁸⁷⁶ institue le conseil de surveillance, qui est l'organe de contrôle de la société coopérative avec conseil

⁸⁷³Publié au JO OHADA numéro 23 du 15 février 2011, p. 1 et s. et entré en vigueur le 15 mai 2011.

⁸⁷⁴ Article 415 de l'AUDSCGIE.

⁸⁷⁵ Aux termes de l'article 437 alinéa 2 de l'AUDSCGIE, « Il (le conseil d'administration) peut décider la création de comités composés d'administrateurs chargés d'étudier les questions que lui-même ou son président soumet, pour avis, à leur examen. Il fixe la composition et les attributions des comités qui exercent leur activité sous sa responsabilité ».

⁸⁷⁶ Publié au JO OHADA numéro 23 du 15 février 2011, p. 1 et s. et entré en vigueur le 15 mai 2011.

d'administration et qui agit dans le seul intérêt des membres de celle-ci⁸⁷⁷. Mais les membres de ce conseil ne peuvent être poursuivis pour délit d'initié du fait que, le droit OHADA ne consacre pas la possibilité pour les sociétés coopératives de faire appel public à l'épargne.

En droit français cependant, les notions de directoire et conseil de surveillance sont consacrées. En effet, le directoire et le conseil de surveillance ont été créés par la loi 66-537 du 24 juillet 1966 (art. 118 à 150), pour offrir aux sociétés anonymes une alternative au seul mode de gestion de la société anonyme connu jusqu'alors, bâti autour du conseil d'administration. La formule, souvent dite « dualiste » en raison de la dualité des organes sociaux, repose sur la distinction entre la gestion, qui incombe au directoire, et le contrôle de la gestion, qui est assumé par le conseil de surveillance⁸⁷⁸. Cette organisation « dualiste » est aujourd'hui régie par les articles L. 225-57 à L. 225-93 du code de commerce issu de l'ordonnance 2000-912 du 18 septembre 2000.

Tout au moins, le texte pourrait viser les membres du comité d'audit dont la création est obligatoire dans les sociétés faisant appel public à l'épargne⁸⁷⁹. En effet, contrairement aux comités de l'article 437, le comité d'audit n'est pas un comité soumis aux humeurs du conseil d'administration ; il s'agit d'un organe aux fonctions bien définies. Le comité d'audit a pour missions essentielles de : procéder à l'examen des comptes et s'assurer de la pertinence et de la permanence des méthodes comptables adoptées pour l'établissement des comptes consolidés et sociaux de l'entreprise ; assurer le suivi du processus d'élaboration d'information financière ; assurer le suivi de l'efficacité des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques ; émettre un avis sur les commissaires aux comptes proposés à la désignation par l'assemblée générale⁸⁸⁰.

D'une manière générale, on remarquera dans ce premier cas, qu'il s'agit principalement des personnes exerçant une fonction centrale dans la société et qui, du reste, sont soumises à un devoir absolu d'abstention.

S'il a paru aisé de déterminer cette première catégorie d'initiés, le problème pourra se compliquer, lorsque la question se posera de savoir si l'administrateur qui prend connaissance

⁸⁷⁷ Articles 334 et s. de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives.

⁸⁷⁸ Paul LE CANNU, « Directoire et conseil de surveillance », Dalloz, mars 2003, p.2.

⁸⁷⁹ Article 829-1 alinéa 1^{er} de l'AUDSCGIE : « le conseil d'administration des sociétés visées aux articles 828 à 853 du présent acte uniforme est obligatoirement doté d'un comité d'audit ».

⁸⁸⁰ Article 829-1 dernier alinéa ; V. pour une étude approfondie : R. Nemedeu, « le contrôle des dirigeants de la société anonyme », Thèse, Université Robert Schuman, 2000, p.440 et s.

de l'information privilégiée hors du cadre du conseil d'administration peut être poursuivi. A notre avis, cet administrateur peut être poursuivi pour délit d'initié sans qu'il soit nécessaire de rechercher, si l'information en question est obtenue dans le cadre ou non du conseil d'administration. Il faut et il suffit que, cet administrateur sache que l'information détenue est une information privilégiée. En attendant, une réponse à cette question en droit nigérien, soulignons qu'en droit français, une décision de la Cour d'Appel de Paris a élargi le délit d'initié à cet administrateur⁸⁸¹.

De même, le code pénal nigérien, n'envisage pas l'hypothèse où l'utilisation de ces informations privilégiées est le fait des conjoints, ascendants ou descendants de ces derniers. Au bénéfice du législateur nigérien, on peut estimer que la formule « ...par personne interposée » englobe cette hypothèse, mais si on n'en est pas sûr. En effet, pour se faire, il faut établir qu'ils ont agi comme personnes interposées, sinon le délit ne sera pas constitué. En droit français, il a été ajouté à la liste d'initiés présumés, le conjoint non séparé⁸⁸². En droit nigérien, le recours à l'article 338.5 du code pénal⁸⁸³ permettra de vaincre cette difficulté mais au titre du délit de communication d'informations privilégiées.

Il s'y ajoute aussi, que depuis la jurisprudence « Péchiney »⁸⁸⁴, le conjoint bénéficiaire « sur l'oreiller » d'une information privilégiée, pourrait être poursuivi, tout comme tout autre bénéficiaire d'une information privilégiée venue d'un initié, au titre de recel, encore que la preuve de la communication sur l'oreiller soit particulièrement délicate à rapporter⁸⁸⁵. En effet, dans l'affaire précitée, le scandale était dû, pour une bonne part, au fait que les initiés n'avaient pas, pour la plupart, opéré eux-mêmes sur le marché de New York et que, en

⁸⁸¹ Paris, 1^{ère} ch., 26 mai 1993, Picciotto.

⁸⁸² Loi n°83-1 du 3 janvier 1983 sur le développement des investissements et la protection de l'épargne (JO, 4 janvier 1983, p.162).

⁸⁸³ Cet article dispose que : « est puni de la peine de six (6) mois à un (1) an d'emprisonnement et d'une amende de 25.000.000 de francs à 100.000.000 de francs le fait pour **toute personne autre que celles visées aux articles 338.2 et 338.4 ci-dessus**, possédant en connaissance de cause des informations privilégiées sur la situation ou les perspectives d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé, de réaliser ou de permettre de réaliser, directement ou indirectement, une opération ou de communiquer à un tiers ces informations, avant que le public en ait connaissance ».

⁸⁸⁴ Cass.crim., 26 octobre 1995, n°94-83.780, Bull.crim.,n°324, LPA 1995, n°141,p.19, note Ducouloux-Favard C.(Dans cet arrêt on a sanctionné d'une part les initiés, qui en communiquant les informations privilégiées avaient permis le jeu illicite, et d'autre part, ceux qui avaient pu de la sorte effectuer des profits anormaux. Les premiers sur la base de délit d'initié par communication en connaissance de cause des informations réservées et les seconds sur la base du recel.

⁸⁸⁵ Lamy droit pénal des affaires, édition 2009,p.577, n°1358, 2.

revanche, les bénéficiaires avaient pu, grâce à l'absence de réserve des initiés, effectuer des profits illicites très considérables⁸⁸⁶.

Aussi faut-il relever que, le code pénal parle de société sans aucune autre précision. Sous cette formule, seront concernées aussi bien, les sociétés commerciales faisant publiquement appel à l'épargne, que celles préparant leur entrée sur le marché financier. Depuis la réforme de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique de 2014⁸⁸⁷, le régime juridique de l'appel public à l'épargne a été redéfini. Comme l'a si bien relevé un auteur⁸⁸⁸, désormais, l'on connaît la signification d'une offre au public de valeurs mobilières⁸⁸⁹, ce qu'elle est et ce qu'elle n'est pas⁸⁹⁰ et ce qu'un investisseur qualifié⁸⁹¹.

Ainsi, aux termes de l'article 81 de l'AUDSCGIE, « sont réputés faire publiquement appel à l'épargne : - les sociétés dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur la bourse des valeurs d'un Etat partie, à dater de l'admission de ces titres ; - les sociétés ou toute personne qui offrent au public d'un Etat partie des valeurs mobilières dans les conditions énoncées à l'article 83 ci-après. Lorsqu'un marché financier couvre plusieurs Etats parties, ceux-ci sont considérés comme constituant un seul Etat partie pour les besoins du présent titre ». Alors que l'article 83 de l'AUDSCGIE précise les modalités de présentation au public des offres des valeurs mobilières⁸⁹², l'article 81-1 quant à lui, donne une définition négative de l'offre au public. En effet, ce dernier fixe le capital minimum de la société anonyme faisant appel public à l'épargne à cinquante millions (50 000 000 F CFA). En dessous de ce montant, une société ne peut être réputée faire appel public à l'épargne. Il en est ainsi de celle dont

⁸⁸⁶ Cf. Rapp. COB, publié exceptionnellement sous autorisation ministérielle dans la grande presse ; le Monde du 2 février 1989, qui fit ressortir plus de 15 millions de francs de profits illicites, soit 2 286 735, 26 euros.

⁸⁸⁷ Publié au JO OHADA numéro spécial du 4 février 2014, p.1 et s., entré en vigueur le 5 mai 2014.

⁸⁸⁸ BADJI S.A Patrice, « l'évolution des règles du droit des sociétés à la faveur de la révision de l'Acte Uniforme sur les sociétés commerciales », in Bulletin de droit économique, BDE (2017) 1, Université LAVAL, p5.

⁸⁸⁹ Aux termes de l'article 83 de l'AUDSCGIE, « l'offre public de valeurs mobilières est constituée par l'une des opérations suivantes : - une communication adressée sous quelque forme et par quelque moyen que ce soit à des personnes et présentant une information suffisante sur les conditions de l'offre et sur les valeurs mobilières à offrir, de manière à mettre une personne en mesure d'envisager d'acheter ou de souscrire ces valeurs ; - un placement de valeurs mobilières par des intermédiaires financiers dans le cadre soit d'une émission soit d'une cession ».

⁸⁹⁰ Article 81-1 de l'AUDSCGIE.

⁸⁹¹ Au sens de l'article 81-2 de l'AUDSCGIE, il s'agit d'une personne ou d'une entité disposant des compétences et des moyens nécessaires pour appréhender les risques inhérents aux opérations sur les instruments financiers.

⁸⁹² Il s'agit d'une part, du recours à des procédés de publicité en vue d'une information suffisante sur les conditions de l'offre et sur les valeurs mobilières à offrir, d'autre part, du recours aux établissements financiers ou de change pour le placement des titres dans le cadre soit d'une émission, soit d'une cession.

l'offre de souscription est adressée à un cercle restreint des personnes précises à l'instar des investisseurs qualifiés, ou s'il ne s'agit pas de personnes précises, lorsqu'elle est adressée à moins de cent personnes, physiques ou morales.

2- L'incertaine détermination des initiés primaires externes

Quant à la seconde catégorie d'initiés, celles des initiés primaires externes, elle englobe les personnes disposant d'informations privilégiées à l'occasion de leur profession ou de leurs fonctions, et que l'on peut appeler les « initiés primaires externes ». A première vue, ne font partie de cette catégorie que les personnes ayant un lien professionnel avec la société. En effet, telle a été la position de la jurisprudence française dans des nombreuses décisions⁸⁹³. Ainsi, ont été considérés comme « initiés » un cadre de banque⁸⁹⁴, un avocat ou un conseil intervenant dans la négociation ou la rédaction d'un acte⁸⁹⁵, un journaliste financier chargé de suivre la marche technique, commerciale et financière de plusieurs entreprises et d'en rencontrer les dirigeants⁸⁹⁶, un liquidateur amiable⁸⁹⁷, un secrétaire général de société⁸⁹⁸, des employés de sociétés de bourse ou de compagnies d'assurance⁸⁹⁹ ou même un haut responsable du ministère⁹⁰⁰. De façon spectaculaire, la jurisprudence a considéré comme initié, le directeur d'une société d'architecture qui, ayant vu sortir de son bureau le président-directeur général d'une société accompagné du président-directeur général d'une autre société, s'est rappelé avoir lu dans un journal qu'un accord se préparait entre les deux sociétés⁹⁰¹.

Au demeurant, la formule utilisée par le législateur est vague et imprécise, en ce qu'elle vise tout lien professionnel sans aucune distinction. Cette porte ouverte au juge, conduit à faire entrer dans cette catégorie toutes les personnes ayant accès à des informations privilégiées à l'occasion de l'exercice de leur profession ou de leurs missions. Dans cette perspective, le commissaire aux comptes peut être poursuivi pour délit d'initié, car on estime en raison du

⁸⁹³ Décisions illustrées par Haritini MATSOPOULOU, in délit d'initié : la présumée « mauvaise foi » d'un investisseur, revue des sociétés 2012, p.180, note sous Cour européenne des droits de l'homme, 5^{ème} sect., 6 octobre 2011, n°50425/06, S.c /France.

⁸⁹⁴ TGI Paris, 13 janvier 1978, Bull. COB. Février 1978, n° 101, p.4.

⁸⁹⁵ Paris, 27 décembre 1970, Gaz.Pal.1991.1.157.

⁸⁹⁶ TGI Paris, 12 mai 1976, JCP 1976. II. 18496, note A. TUNC.

⁸⁹⁷ TGI Paris, 30 mars 1979, JCP G 1980.II.19306, note A. TUNC.

⁸⁹⁸ TGI Paris, 17 mars 1976, JCP 1976.II.18496, note TUNC.

⁸⁹⁹ Crim.18 février 1991, n°90-82.288, Bull.crim., n°81

⁹⁰⁰ TGI Paris, 13 mai 1986, Gaz.Pal.1986.2.459, note J.P.Marchi.

⁹⁰¹ TGI Paris, 15 octobre 1976, JCP G 1977, .I.18543, note A. TUNC ; Rev. Sociétés 1977.123. obs. B.Boulloc.

droit d'accès à certains documents de la société qui lui est reconnu⁹⁰², il pèse sur ce dernier une obligation de loyauté d'origine déontologique qui lui interdit l'exploitation dans un intérêt personnel d'informations obtenues dans le cadre professionnel⁹⁰³.

Enfin, et toujours dans le sens de l'extension de la liste des initiés, il convient de mentionner cette décision de la Cour européenne des droits de l'homme qui a étendu la qualité d'initié à des personnes n'ayant aucun lien professionnel ou contractuel avec la société⁹⁰⁴.

Il s'agit en l'espèce d'un ressortissant américain qui avait été condamné en France pour délit d'initié. Selon les faits, le requérant qui avait fondé en 1988 un important fonds d'investissement intervenant sur plusieurs marchés financiers, avait tenu une réunion à New York avec des investisseurs, à l'issue de laquelle un banquier suisse lui avait proposé de le mettre en contact avec une personne qui envisageait d'acquérir des titres d'une grande banque française afin d'en prendre le contrôle. Le requérant avait mandaté l'un de ses conseillers en vue d'étudier cette proposition. Ce dernier avait alors rencontré l'initiateur du projet qui lui avait présenté l'« opération projetée » sous ses différentes branches et les objectifs poursuivis à savoir l'acquisition de 35% des parts de la banque, et qui lui avait en outre dit, que cette opération avait reçu le soutien du gouvernement.

Mais alors qu'il avait refusé l'offre du projet, le requérant avait fait acquérir par sa société un bouquet d'actions de quatre sociétés françaises récemment privatisées dont la banque concernée par l'opération projetée. Quelques jours après l'acquisition de ces actions, la société du requérant avait décidé de vendre une partie des actions de la banque française, tandis que les actions restantes devaient être cédées un mois plus tard. Ainsi, la société a réalisé un profit approximatif de 2,28 millions de dollars en achetant et en revendant rapidement ces actions, dont 1,1 million de dollars sur le marché français.

Pour se défendre, le requérant soutient que, le délit d'initié ne pouvait être accompli que par des professionnels ayant des liens avec la société cible. Or, tel n'était pas son cas, car il n'avait jamais entretenu des relations professionnelles avec la banque française dont les titres ont fait l'objet des cessions litigieuses.

⁹⁰² Voir par exemple les articles 711, 712, 713 et 720 de l'AUDSCGIE.

⁹⁰³ Ainsi par exemple, aux termes de l'article 9 alinéa 1^{er} du Code de déontologie de la profession de commissaire aux comptes français, « le commissaire aux comptes respecte le secret professionnel auquel la loi le soumet. Il ne communique les informations qu'il détient qu'aux personnes légalement qualifiées pour en connaître » (Annexe 8-1 du Livre VIII du code de commerce, partie réglementaire, en vigueur à compter du 25 mars 2020).

⁹⁰⁴ Cour européenne des droits de l'homme, 5^{ème} sect., 6 octobre 2011, n°50425/06, S.c /France.

La Cour européenne des droits de l'homme a estimé que : « le requérant qui était un « investisseur institutionnel », familier du monde des affaires et habitué à être contacté pour participer à des projets financiers de grande envergure », ne pouvait ignorer, « compte tenu de son expérience et de son statut » que sa décision d'investir dans les titres de la banque française pouvait le faire tomber sous le coup de délit d'initié⁹⁰⁵.

D'une manière générale, on peut retenir à la lumière de la jurisprudence française que, le délit d'initié peut être constitué dès lors qu'une personne détient une information privilégiée, peu important le moyen par lequel cette information est obtenue. Il faut et il suffit que, cette personne sache ou aurait dû savoir qu'il s'agit d'une information privilégiée.

Les personnes pouvant être poursuivies pour délit d'initié étant déterminées, il convient de préciser la notion d' « information privilégiée » (B).

⁹⁰⁵Haritini MATSOPOULOU, in « délit d'initié : la présumée « mauvaise foi » d'un investisseur », revue des sociétés 2012, p.180, note sous Cour européenne des droits de l'homme, 5^{ème} sect., 6 octobre 2011, n°50425/06, S.c /France.

B- La subtilité de la notion d' « information privilégiée » :

Pour que le délit d'initié soit constitué, il faut que les personnes punissables aient profité d'informations privilégiées sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé, de réaliser ou de permettre de réaliser, soit directement, soit par personne interposée, une ou plusieurs opérations avant que le public ait connaissance de ces informations. Au sens de l'alinéa 1^{er} de l'article 37 de l'Annexe portant composition, organisation, fonctionnement et attribution du CREPMF de l'UMOA, l'infraction consiste en la communication ou l'utilisation d'une information privilégiée à des fins autres que celles à raison desquelles elle est détenue.

1- La définition de la notion d'information privilégiée

Par information privilégiée, il faut entendre une information précise qui n'est pas connue du public et qui, si elle l'était, aurait une incidence sur le cours du titre de la société concernée⁹⁰⁶. Il s'agit d'une information non publique, particulière et précise qui, si elle était rendue publique, pourrait avoir une incidence sur la valeur d'un actif ou le cours d'un produit coté⁹⁰⁷. Le délit d'initié consiste en l'exploitation d'informations privilégiées. Ainsi, n'est pas infractionnel, l'achat ou la vente sur le fondement d'une rumeur, car l'information dans ce cas n'est pas assez précise et qu'en outre, s'il s'agit vraiment d'une rumeur, elle est connue de beaucoup de monde. Cependant, comme cela a été dit⁹⁰⁸, pour les juges européens, dès lors que l'intéressé savait « qu'il n'existait aucun précédent comparable, il aurait dû faire preuve d'une prudence accrue ». Notons qu'en 1999, il a été jugé par la Cour de cassation qu'« il n'est pas nécessaire que l'information ait un caractère certain ou particulier pour constituer un délit d'initié »⁹⁰⁹.

Ainsi définie, l'information privilégiée mérite que soient précisées ses caractéristiques.

⁹⁰⁶ Voir à cet égard, l'article L465-1 du code monétaire et financier, modifié par la Loi n°201-819 du 21 juin 2016, et les 1 à 4 de l'article 7 du Règlement UE n°596/2014 du Parlement Européen ; l'article 621-1 du Règlement général de l'AMF.

⁹⁰⁷ Article 37 alinéa 2 de l'Annexe portant composition, organisation, fonctionnement et attribution du CREPMF.

⁹⁰⁸ Cour européenne des droits de l'homme, décision précitée, n°25, p.7.

⁹⁰⁹ Cass.com, 5 octobre 1999, Dr. Sociétés 2000 Comm.N°14.

2- Les caractéristiques de l'information privilégiée

L'information privilégiée est celle qui n'est pas publique, donc confidentielle (a), précise (b) et déterminante (c).

a- L'information non publique

Elle doit donc être confidentielle, c'est-à-dire qui n'est pas connue du marché. La question s'est alors posée de savoir si l'évolution brutale des titres cotés était de nature à faire présumer le caractère non public de l'information. La cour d'appel de Paris, dans l'affaire *Grand Vision* a jugé que : « le caractère non public de l'information ne pouvait s'inférer de simples présomptions »⁹¹⁰. Toutefois, il faut souligner que, le déclenchement d'une procédure d'alerte a été considéré comme une information privilégiée⁹¹¹. Dans une espèce, la Cour de cassation, censurant une décision de la Cour d'appel⁹¹² a estimé que : « ne tire pas les conséquences légales de ses constatations la Cour d'appel qui, pour relaxer les prévenus poursuivis pour avoir acheté des obligations, en utilisant les instructions des émetteurs désireux de les racheter sur le marché obligataire afin de bénéficier d'un cours inférieur au prix de remboursement, énonce que les prévenus n'ont joué que sur l'évolution du marché obligataire pour réaliser à leur profit une marge bénéficiaire et qu'ils n'ont pas tiré avantage des informations sur la marche d'une société, alors qu'il résulte de ses propres énonciations que les prévenus, lorsqu'ils ont spéculé sur le marché obligataire, connaissaient les conditions de rachat des titres par les sociétés émettrices, et donc les décisions prises pour la marche financière de ces sociétés »⁹¹³. Ensuite, il doit s'agir d'une information précise.

b- L'information précise

Cette exigence a suscité en jurisprudence une question cruciale, de savoir si l'information « incertaine » pouvait néanmoins constituée une information précise⁹¹⁴. Tandis que les juridictions pénales du fond avaient répondu par la négative⁹¹⁵, la chambre criminelle de la

⁹¹⁰ Paris, 1^{ère} Ch., 24 Février 2004, *Grand Vision* ; dans le même sens, voir : crim. 15 mai 1997, pourvoi n°96-80.399, D.1997.somm.75, obs., Y. Reinhard ; Rev.sociétés 1998.135, obs., B. Boulloc.

⁹¹¹ Cass.com, 23 mars 2010, n°09-65827.

⁹¹² Gaz. Pal. 15 juillet 1989, p.3, note J.P Marchi.

⁹¹³ Arrêt du 18 février 1991 de la chambre criminelle, D.1991 IR, p.112.

⁹¹⁴ Voir à cet égard, François-Luc SIMON, Réflexions sur le délit et le manquement d'initié, in mélanges dédiés à Bernard Boulloc, éd. Dalloz, www.dalloz.fr.

⁹¹⁵ Paris, 9^{ème} ch., 15 mars 1993, *La ruche méridionale* ; Paris, 9^{ème} ch., 30 mars 1977, JCP 1978.II.12728.

Cour de cassation répondit finalement par l'affirmative⁹¹⁶, provoquant après quelques hésitations, le ralliement de la Chambre commerciale⁹¹⁷. Il faut noter donc que, si l'information doit être précise, « il n'est pas nécessaire qu'elle soit complète, elle doit concerner un projet suffisamment élaboré pour être mené à son terme même si des aléas sont toujours possibles, avoir un caractère confidentiel inconnu du public, son utilisation doit être susceptible d'influer sur le cours de l'action, des rumeurs ne constituant pas une information privilégiée »⁹¹⁸. Enfin, l'information doit être déterminante⁹¹⁹.

c- L'information déterminante

A cet égard, il n'est pas nécessaire de faire un long développement, cette dernière condition étant la conséquence des deux autres. Il faut tout simplement retenir qu'il a été jugé que : « le caractère privilégié ne saurait résulter de l'analyse que peut faire celui qui les reçoit (les informations) et les utilise, mais doit s'apprécier de manière objective, excluant tout arbitraire, et en fonction de leur seul contenu »⁹²⁰.

Ainsi détaillé, le délit d'initié mérite que soit précisé le système de répression dual qui lui est applicable (Paragraphe II).

⁹¹⁶Crim. 26 juin 1995, la ruche méridionale (cassation) : visant désormais les seules informations « précises, confidentielles, de nature à influencer sur le cours de la valeur et déterminantes des opérations réalisées », sans référence à leur caractère « certain ».

⁹¹⁷ Com. 9 avril 1996, Haddad (cassation) : alors que le ministère public considérait par principe que le caractère certain de l'information n'était pas requis, la Haute juridiction avait pris soin de ne pas préciser sa position sur cette question, l'arrêt étant censuré sur un autre moyen, D.1988.somm.65.obs. I. Bon-Garcin.

⁹¹⁸Crim. 14 juin 2006, n°05-82453 Bull.crim.2006, n°178.

⁹¹⁹Crim. 26-06-1995, D.96 IR 185 et Somm. 203 ; JCP II 22-599, note Viandier et Crim. 26-10-95 B n°324 p.908 (AffaireBoublil et Traboulsi).

⁹²⁰Cass. Crim., 26 juin 1995, n°93-81646, Bull. crim. 95 n°233, Dr. Pénal 95 Comm.225.

Paragraphe II : Le délit d'initié : une infraction à système de répression dual

Au niveau communautaire, la réglementation des marchés financiers fait partie des prérogatives de l'UMOA⁹²¹. En effet, l'Annexe à la Convention portant création du Conseil Régional de l'Epargne Publique et des Marchés Financiers (CREPMF) en date du 3 juillet 1996, traite des infractions relatives à la bourse. Au sens de l'article 37 de l'Annexe, le délit d'initié consiste en la communication ou l'utilisation d'une information privilégiée à des fins autres que celles à raison desquelles elle est détenue.

Il faut relever que, si le législateur communautaire incrimine le délit d'initié, il ne prévoit pas cependant une sanction pénale applicable à celui-ci, laissant ainsi le soin aux Etats de l'Union de le faire. La loi nigérienne s'inscrit dans cette logique en prévoyant les sanctions pénales applicables au délit d'initié. Mais ce partage de compétences entre l'UMOA et les Etats de l'Union ne doit pas laisser occulter le fait que, l'Union dispose d'un organe chargé de réguler le marché, et qui se voit attribuer une compétence en matière de sanctions pécuniaire, administrative et disciplinaire⁹²². En effet, le marché financier régional est placé sous la surveillance du Conseil Régional qui est l'organe de contrôle et de régulation. Ainsi, aux termes de l'article 18 de l'Annexe, le CREPMF est chargé d'une part, d'organiser et de contrôler l'appel public à l'épargne et d'autre part, d'habiliter et de contrôler les intervenants sur le marché régional. Il s'y ajoute que, l'article 2 du Règlement Général CREPMF, lui attribue en outre, une mission de contrôle et de la régularité des opérations de bourse.

Le système de répression dual en matière de délit d'initié s'entend par le fait, qu'il existe deux types de sanctions pour sa répression. Il y'a d'une part, les sanctions pénales qui peuvent être prononcées par le juge national (A), et d'autre part, les sanctions pécuniaire, disciplinaire ou administrative pouvant être prononcées par le régulateur au niveau communautaire (B).

⁹²¹ L'Union Monétaire Ouest Africain, constituée par un Traité, adopté à Dakar, le 12 mai 1962, entre six Etats : la Côte d'Ivoire, Dahomey (Bénin), Haute Volta (Burkina Faso), Niger, Sénégal et le Togo. Par la suite, ce Traité constitutif a été remplacé par un autre, adopté le 14 novembre 1973 et l'UMOA s'est élargi à sept Etats membres avec l'adhésion du Mali le 17 février 1984 puis à huit avec l'adhésion de la Guinée Bissau le 19 janvier 1997.

⁹²² Article 30 de l'Annexe CREPMF.

A- Les sanctions pénales au plan national

Lorsqu'il est constitué, le délit d'initié appelle des sanctions pénales. On constatera pour le déplorer, que la peine d'emprisonnement est omniprésente. En effet, aux termes de l'article 338.3 du code pénal, « le délit d'initié est puni de la peine de un (1) an à trois (3) ans d'emprisonnement et d'une amende de 25.000.000 de francs à 250.000.000 de francs. Le montant de l'amende peut être porté au-delà de ce chiffre, jusqu'au double du montant du profit éventuellement réalisé, sans que l'amende puisse être inférieure à ce même profit ».

La peine d'emprisonnement revient également dans les articles 338.4 et 338.5⁹²³ qui traitent respectivement des personnes « disposant dans l'exercice de leur profession ou de leur fonction, d'une information privilégiée sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé, de la communiquer à un tiers en dehors du cadre normal de sa profession ou de ses fonctions » et de celles « ...possédant en connaissance de cause des informations privilégiées sur la situation ou les perspectives d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé, de réaliser ou de permettre de réaliser, directement ou indirectement, une opération ou de communiquer à un tiers ces informations, avant que le public en ait connaissance ».

Le code pénal nigérien a ainsi opté pour une peine privative de liberté, ce qui pose le problème de son efficacité, toute chose recherchée par le législateur. En effet, le monde s'inscrit de plus en plus dans une logique de dépenalisation de la vie des affaires. Si les peines d'amende peuvent se justifier, il n'en est pas toujours le cas des peines privatives de liberté. C'est d'ailleurs pourquoi certains spécialistes du droit des affaires⁹²⁴, partant de l'idée qu'il faut préférer « la tolérance d'une habile immoralité à l'inquiétude de la suspicion »⁹²⁵ appelaient de leur vœu la possibilité pour chacun de se défendre avec « les armes civiles et commerciales sans faire intervenir l'appareil toujours effrayant du droit pénal »⁹²⁶. A notre avis, les peines privatives de liberté ne doivent être utilisées que comme ultime recours pour sanctionner les actes les plus graves.

⁹²³Six (6) mois à un (1) an d'emprisonnement dans les deux (2) autres cas.

⁹²⁴ Cités par Ndiaw DIOUF, in Leçon inaugurale au Colloque de Daouala du 19 au 20 mars 2015, inédit.

⁹²⁵ G. Ripert le déclin du droit, L GDJ 1249 n°56 P 175

⁹²⁶J. Hamel, Préface à l'ouvrage collectif, « Le droit pénal des sociétés anonymes », Dalloz 1255.

Il apert également, que le droit pénal nigérien consacre la responsabilité pénale des personnes morales en matière de délit d'initié. En effet, c'est que nous renseigne l'article 338.2 in fine du code pénal, lorsqu'il dispose que : « le délit d'initié est le fait, pour... les personnes physiques ou morales... de réaliser ou de permettre de réaliser, soit directement, soit par personne interposée, une ou plusieurs opérations avant que le public ait connaissance de ces informations ». Une telle consécration, quoique pragmatique, pourrait conduire à un cumul de responsabilité. En effet, il est indiscutable que les personnes morales peuvent être pénalement responsables du délit d'initié lorsqu'il est commis par leurs organes ou représentants et que cette responsabilité n'exclut pas celles des personnes physiques coauteurs ou complices des mêmes faits ; or ces personnes physiques sont le plus souvent les dirigeants⁹²⁷. Il est vrai, le fait que l'infraction puisse être commise par une personne morale ne suppose pas que la personne morale soit nécessairement sanctionnée. Mais l'existence des peines d'amende permet de l'affirmer.

Il s'y ajoute aussi que, le code pénal n'a pas envisagé la question de la tentative du délit d'initié. Une telle tentative est-elle punissable ? En attendant une réponse de la jurisprudence, on peut pousser un peu plus loin l'interrogation, en se demandant si le fait de donner une information privilégiée par imprudence ou par négligence serait lui-même punissable.

Cela dit, il convient aussi de scruter les sanctions d'ordre communautaire (B).

⁹²⁷Ndiaw DIOUF, in leçon inaugurale, Colloque de DOUALA du 19 au 20 mars 2015 sur la responsabilité du dirigeant social (il y'a une petite adaptation des propos au contexte de notre sujet).

B- Les sanctions administratives au plan communautaire

Il convient de rappeler, comme cela a été dit, que le délit d'initié avant d'être une infraction interne, est déjà consacré au niveau communautaire, notamment par les textes de l'UMOA.

La question ici est celle de savoir si le même fait, peut à la fois être sanctionné au niveau communautaire notamment par le régulateur et par le juge pénal au niveau national. C'est la délicate question de l'application du principe « non bis in idem »⁹²⁸. Cette question est importante en ce que le droit des marchés financiers de l'UMOA connaît un système de répression dual, qui offre la possibilité de cumul de sanctions : un même comportement peut faire l'objet d'une sanction par le régulateur et par le juge pénal. Un tel dispositif met à mal le principe non bis in idem et le vide de son sens.

Le principe non bis in idem est un principe général en droit pénal consacré par la plupart des législations nationales des Etats de l'Union. Ainsi, en droit sénégalais, c'est l'article 342 du Code de procédure pénale qui est le siège de ce principe. Aux termes de cet article : « Aucune personne acquittée légalement ne peut plus être reprise ou accusée à raison des mêmes faits, même sous une qualification différente ». Au Niger, c'est l'article 343 du code de procédure pénale qui dispose : « aucune personne acquittée légalement ne peut plus être reprise ou accusée à raison des mêmes faits, même sous une qualification différente ».

En droit français, ce principe est expressément énoncé à l'article 359 du code d'instruction criminelle. Cet article interdit d'engager l'action publique à l'occasion de faits ayant déjà été l'objet d'une décision de condamnation ou de relaxe devenue définitive. Ainsi, il a été jugé par la Cour de cassation que : « un seul fait ne peut donner lieu à deux actions pénales distinctes »⁹²⁹. Il en résulte donc, qu'un seul et même fait ne peut être poursuivi ni dans deux procédures ni sous deux qualifications différentes. La Cour va jusqu'à conférer un caractère d'ordre public à la règle en affirmant dans un arrêt que : « la nullité de la poursuite engagée en violation de la règle non bis in idem intéresse l'ordre public et peut être invoquée à tout moment »⁹³⁰.

Il s'agit d'un principe d'application constante en droit français ainsi que nous renseigne cet arrêt de la Cour de cassation dans lequel il a été jugé que : « des faits qui procèdent de

⁹²⁸ Le principe non bis in idem signifie qu'une personne déjà condamnée pour un fait, ne peut plus être poursuivie en raison du même fait.

⁹²⁹ Cass.crim. 8 octobre 1959 Gaz.Pal. 1959 II 323, M....

⁹³⁰ Cass.crim. 9 mai 1961, bull.crim. n°241 p.464, Dame P....

manière indissociable d'une action unique caractérisée par une seule intention coupable ne peuvent donner lieu, contre le même prévenu, à deux déclarations de culpabilité de nature pénale, fussent-elles concomitantes »⁹³¹.

On peut cependant rétorquer, à juste titre, pour écarter l'application du principe, que les deux sanctions ne sont pas de même nature, l'une pénale, l'autre disciplinaire, administrative ou pécuniaire. Un tel argument a d'ailleurs été entériné par un arrêt de la Cour de cassation en date du 6 février 2014. La Cour a dit pour droit que : « le principe général du droit non bis in idem et l'article 14, alinéa 7, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne sont pas pertinents lorsque, du chef d'un même fait, une personne fait l'objet, d'une part, d'une procédure disciplinaire et, d'autre part, de poursuites pénales ». Au demeurant, dans le cadre de l'UMOA, l'article 35 de l'Annexe qui donne le pouvoir au régulateur de prononcer des sanctions disciplinaires a pris soin de préciser que : ces sanctions sont prononcées « ... sans préjudice des sanctions pénales ou autres encourues ».

Cependant, dans le cas particulier du délit d'initié, il faut avoir à l'esprit cette décision du Conseil constitutionnel français⁹³² qui a déclaré « inconstitutionnel » le système de la double répression existant en matière boursière et en a ordonné sa réorganisation.

Cela est d'autant plus pertinent qu'en droit britannique, la Financial Services and Market⁹³³ avait précisé que pour la poursuite des comportements susceptibles d'être sanctionnés tant sur le terrain administratif que sur le terrain pénal, il ne peut y avoir cumul des procédures et qu'elle fait un choix, au cas par cas, entre l'engagement des poursuites au pénal et la répression administrative selon un faisceau d'indices, parmi lesquels figurent notamment l'ampleur des effets du comportement prohibé sur le marché et les chances d'aboutissement des poursuites pénales⁹³⁴.

Il convient toutefois de signaler, en ce qui concerne les sanctions pécuniaires, que le rapport final provisoire en date du 10 octobre 2011 du Conseil Régional de l'Epargne Publique et des Marchés Financiers (CREPMF) a envisagé une solution à ce problème. C'est ainsi que l'article 4 du projet de texte permet au juge pénal, lors du prononcé de la sanction applicable à

⁹³¹Cass.crim., 25 octobre 2016, n°15-84.552.

⁹³²Décision n°2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC du 18 mars 2015.

⁹³³ FSA Act, Section 123.

⁹³⁴ The Enforcement Guide, <http://fsahandbook.info/FSA/extra/4755.pdf>.

une infraction boursière, d'imputer le montant de la sanction pécuniaire préalablement prononcée par le régulateur sur le montant de l'amende prononcée pour réprimer le délit.

Pour les rapporteurs, ce mécanisme permet de renforcer le principe de la proportionnalité des peines et dès lors de limiter les effets du cumul de sanctions.

En tout, il convient tout simplement de retenir, que le délit d'initié est une infraction qui appelle à la fois des sanctions pénales et administratives, disciplinaires ou pécuniaires. Les dispositions qui le définissent quoique claires, n'empêchent pas au juge lorsqu'il est saisi d'un cas, tantôt d'étendre, tantôt de restreindre la liste d'initiés. Il s'y ajoute que, la notion d'« information privilégiée », élément essentiel de cette infraction, est d'une appréciation malaisée.

Aussi, s'ajoute-t-il la question du choix des peines privatives de liberté plutôt que les peines pécuniaires, ainsi que la question de l'application du principe non bis in idem.

Il convient à présent de scruter la protection de l'intérêt social à travers la responsabilité des dirigeants sociaux (section II).

Section II : La sanction de la violation de l'intérêt social à travers la responsabilité des dirigeants sociaux, un mécanisme perfectible

Il convient de souligner que conformément aux dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, la notion de dirigeant social au sens des textes sur la responsabilité civile, renvoie aux personnes qui sont chargées de gérer, d'administrer et de diriger la société⁹³⁵. Il s'agit selon le type de société, du gérant⁹³⁶, du Président Directeur Général⁹³⁷, du Directeur Général⁹³⁸, de l'Administrateur Général⁹³⁹ ou du Président⁹⁴⁰.

La responsabilité des dirigeants sociaux fait écho aux pouvoirs les plus étendus dont ils disposent dans la conduite des affaires sociales. En effet, à l'égard des tiers, l'article 121 de l'AUSCGIE précise que : « les organes de gestion, de direction et d'administration ont, dans les limites fixées par le présent Acte uniforme pour chaque type de société, tout pouvoir pour engager la société, sans avoir à justifier d'un mandat spécial. Toute limitation de leurs pouvoirs légaux par les statuts est inopposable aux tiers de bonne foi ».

On comprendra que l'application de l'article est de droit, même si l'acte du dirigeant n'entre pas dans le cadre de l'objet social, sauf à démontrer que le tiers était de mauvaise foi. Au demeurant, l'article 122 précise que : « la société est engagée par les actes des organes de gestion, de direction et d'administration qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet social ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, sans que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve ».

A cet égard, les actes posés par les dirigeants engagent la société, même si ces derniers n'entrent pas dans l'objet social, à charge pour la société pour dégager sa responsabilité, de démontrer que le tiers savait ou aurait du savoir que l'acte dépassait cet objet social. Cette preuve ne saurait consister en la simple publication des statuts.

Cependant, il convient pour ne pas généraliser, avoir à l'esprit l'alinéa 2 de l'article 277 sur les SNC aux termes duquel : « dans les rapports avec les tiers, le gérant engage la société par

⁹³⁵ N.DIOUF, art.précit.p.10.

⁹³⁶ Société en nom collectif

⁹³⁷ Société anonyme avec conseil d'administration

⁹³⁸ Société anonyme conseil d'administration

⁹³⁹ Société anonyme avec Administrateur général

⁹⁴⁰ Société par actions simplifiées

les actes entrant dans l'objet social ». Il en résulte cette conséquence que, les actes n'entrant pas dans l'objet social n'engagent pas la société.

Ensuite, dans les rapports entre associés, il est possible de limiter par les statuts les pouvoirs des dirigeants sociaux⁹⁴¹. Toutefois, ces limitations ne sont pas opposables aux tiers de bonne foi⁹⁴².

Pour encadrer ses pouvoirs le législateur met à la charge du dirigeant des obligations qui ne cessent de se multiplier et de se diversifier et l'inobservation de ces obligations l'expose à des sanctions civiles et pénales qui sont telles qu'au risque pénal permanent qui pèse sur le dirigeant font écho des sanctions civiles omniprésentes⁹⁴³.

A cet égard, il convient de scruter la responsabilité des dirigeants sociaux, en relevant son apport dans la protection de l'intérêt social. Pour se faire, il convient de souligner que, l'examen des dispositions de l'Acte uniforme et des textes nationaux, permet de relever l'existence des règles consacrant d'une part, la responsabilité civile des dirigeants sociaux, et d'autre part, la responsabilité pénale des dirigeants sociaux.

Mais s'agissant de la protection de l'intérêt social, ce mécanisme peut apparaître peu satisfaisant. En effet, la permanence de la responsabilité civile (paragraphe I) d'une part, et l'excessive pénalisation de cette responsabilité, fait apparaître une responsabilité pénale handicapante (paragraphe II), toute chose qui pourrait conduire au résultat inverse.

⁹⁴¹ Article 123 de l'AUSCGIE.

⁹⁴² Alinéa 2 de l'article 123 de l'AUSCGIE.

⁹⁴³ Ndiaw DIOUF, « Leçon inaugurale », colloque de Douala du 19 au 20 mars 2015, p.3 inédit.

Paragraphe I : Une responsabilité civile permanente

Il est indéniable que la responsabilité civile des dirigeants sociaux entre dans le cadre de la protection de la société commerciale, de son patrimoine, de son intérêt. Ce sont les articles 161 et suivants de l'Acte uniforme qui posent à titre principal, le principe de la responsabilité civile des dirigeants sociaux. En effet, ces textes qui prévoient la responsabilité des dirigeants à l'égard des associés, des tiers et de la société sont conçus en termes généraux et visent toutes fautes commises dans l'exercice des fonctions⁹⁴⁴. Il existe aussi, des articles qui prévoient des cas spécifiques de responsabilité civile.

Il convient dans le cadre de ce paragraphe, de ne retenir que les cas de responsabilité qui entrent dans le cadre de la protection de l'intérêt social. Cette protection de l'intérêt social à travers la responsabilité civile des dirigeants sociaux est perfectible, en ce que les cas de responsabilité civile sont nombreux (A), toute chose qui entraîne facilement et pour peu, la mise en œuvre de cette responsabilité (B).

⁹⁴⁴ Ndiaw DIOUF, leçon précitée, p. 9.

A- La multiplicité des cas de responsabilité

La multiplicité des cas de la responsabilité civile des dirigeants sociaux rend omniprésente cette responsabilité ce qui peut impacter sur son efficacité à assurer une protection adéquate à l'intérêt social. Il convient à cet effet, de présenter quelques cas de responsabilité civile des dirigeants sociaux, afin de s'en rendre compte. Il est important de procéder à une classification ; pour cela il est possible d'isoler un critère tiré de leur champ d'application. La mise en œuvre de ce critère permet de distinguer les dispositions qui ont vocation à s'appliquer à toutes les sociétés commerciales et celles qui ont un champ d'application limité⁹⁴⁵.

1- Les dispositions à vocation générale

Parmi les dispositions à vocation générale, il convient de relever celles qui s'appliquent à la faute commise lors de la procédure de constitution de la société ; celles là n'ont pas véritablement pour objectif la protection de l'intérêt social du fait que la société n'est qu'au stade de formation. D'abord, il y'a l'article 78 de l'AUSCGIE, aux termes duquel : « les fondateurs, ainsi que les premiers membres des organes de gestion, de direction ou d'administration, sont solidairement responsables du préjudice causé soit par le défaut d'une mention obligatoire dans les statuts, soit par l'omission ou l'accomplissement irrégulier d'une formalité prescrite pour la constitution de la société ».

Ensuite, vient l'article 256 qui dispose que : « les associés et les dirigeants sociaux auxquels la nullité est imputable peuvent être déclarés solidairement responsables du dommage résultant pour les tiers de l'annulation de la société ». Il s'y ajoute que : « 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 ou la délibération était entachée ».

Il convient de constater que ces dispositions visent davantage la protection des tiers que celle de l'intérêt social. Il s'y ajoute, comme cela a été relevé à juste titre par Monsieur le professeur Ndiaw DIOUF que : « ces dispositions se trouvent dans une partie qui n'avait pas principalement pour objet de prévoir les sanctions applicables aux dirigeants sociaux. C'est au détour d'une détermination du régime des sanctions de l'inobservation des conditions et

⁹⁴⁵ Ndiaw DIOUF, art.précit.p.8.

formalités de constitution des sociétés que le législateur a prévu la responsabilité des dirigeants »⁹⁴⁶.

En tout état de cause, la responsabilité des dirigeants sociaux à l'égard des tiers pose un problème. En effet, étant donné que le dirigeant agit au nom et pour le compte de la société, en application de la théorie de la représentation, c'est normalement celle-ci et à elle seule que les tiers devraient demander réparations du préjudice causé par les agissements du dirigeant⁹⁴⁷ ; dans ces conditions, il est difficile, d'envisager la responsabilité personnelle du dirigeant à l'égard des tiers⁹⁴⁸.

Toutefois, cette responsabilité est envisageable dans deux hypothèses. Il en est ainsi, « lorsque le dirigeant n'a pas fait état de sa qualité ou a laissé un doute sur cette dernière, en particulier parce qu'il exerce à titre personnel une activité identique à celle de la société et que les circonstances de fait n'ont pas permis aux tiers de savoir s'il avait agi en son nom personnel ou en celui de la société »⁹⁴⁹.

Ensuite, et c'est la dernière hypothèse, cette responsabilité peut être engagée, lorsque le dirigeant a commis une faute séparable des fonctions. En effet, en droit français, la Cour de cassation a admis la possibilité de retenir la responsabilité du dirigeant à l'égard des tiers s'il est établi la preuve d'une faute personnelle extérieure à l'activité de représentation⁹⁵⁰.

Il s'agit d'une application en droit des sociétés de la théorie de la faute détachable consacrée par la jurisprudence administrative. Ainsi, ont été considérés comme ayant commis une faute séparable de leurs fonctions : le gérant d'une SARL de prestations de service en matière immobilière qui a obtenu pour un client de celle-ci une transformation de locaux d'habitation en locaux commerciaux en corrompant un fonctionnaire⁹⁵¹ ; le dirigeant qui lors d'une altercation, a blessé un participant à un bal alors que sa société était chargée d'assurer le service d'ordre⁹⁵² ; le dirigeant qui, ayant connaissance de l'existence d'un litige à venir entre

⁹⁴⁶ Ibidem, p.9.

⁹⁴⁷ Y. Guyon, Note sous : Cass.com. 8 mars 1982, Rev.Doc.1983, p. 573.

⁹⁴⁸ Ndiaw DIOUF, art.précit. p.9.

⁹⁴⁹ J. Mestre, D. Velardocchio et A.-S. Mestre, Lamy Sociétés commerciales, précit. N° 728 , cité par DIOUF N, in art.précit.9.

⁹⁵⁰ Cass. 8 mars 1982 Rev. Soc. 1983, p. 573, ibidem.

⁹⁵¹ Cass.civ. 1^{ère}, 6/10/1998 n°1463 : RJDA 12/98 n°1362.

⁹⁵² CA Nancy, 24/6/2004 n°01-3062 : RJDA 2/06 n°155.

la société et un tiers, effectue des prélèvements par anticipation sur les bénéfices afin de faire échapper cette somme au gage des créanciers⁹⁵³.

Dans l'hypothèse où une infraction pénale a été commise, la cour de cassation a estimé que : « les actes de contrefaçon de marques commis par un dirigeant constituaient des fautes séparables dès lors qu'il avait agi de façon active et personnelle »⁹⁵⁴ ou « de manière délibérée et persistante »⁹⁵⁵.

Quoiqu'il en soit, la responsabilité des dirigeants sociaux à l'égard des tiers et des associés contribue, ne serait-ce qu'indirectement, à la protection de l'intérêt social, en ce qu'elle permet d'éviter de faire supporter à la société, les conséquences des actes dommageables des dirigeants.

Mais le siège du principe général de la responsabilité civile des dirigeants sociaux se trouve aux articles 161 et suivants de l'AUSCGIE. En effet, aux termes de l'article 161, « 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. Si plusieurs dirigeants sociaux ont participé aux mêmes faits, leur responsabilité est solidaire à l'égard des tiers. Toutefois, dans les rapports entre eux, la juridiction compétente détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage ».

Si cet article pose le principe de la responsabilité civile des dirigeants sociaux envers les tiers, l'article 162 quant à lui, consacre à la fois le principe de responsabilité à l'égard des tiers et des associés. En effet, il dispose que : « l'action individuelle est l'action en réparation du préjudice subi par un tiers ou par un associé, lorsque celui-ci subit un préjudice distinct du préjudice que subit la société du fait de la faute commise individuellement ou collectivement par les dirigeants sociaux dans l'exercice de leurs fonctions Cette action est intentée par celui qui subit le préjudice ». Il apparaît, à la lumière de cette disposition que, l'action individuelle est une action qui permet à un associé ou à un tiers, de demander en justice, la réparation d'un préjudice subi du fait de la faute commise par le dirigeant, à condition que ce préjudice soit distinct de celui subi par la société elle-même. Au cas contraire, seule l'action sociale peut être exercée.

⁹⁵³ Cass.com. 6/11/2007 n°05-13.402 : RJDA 2/08 n°157.

⁹⁵⁴ Cass.com. 7/7/2004 n°1158 : RJDA 11/04 n°1223.

⁹⁵⁵ Cass.com. 25/1/2005 n°138 : RJDA 5/05 n°576.

Parmi tous les cas évoqués, seule l'action sociale peut être véritablement considérée comme un mécanisme de protection directe de l'intérêt social. Elle a pour but, la réparation des dommages subis par la société du fait des dirigeants. En effet, « 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 »⁹⁵⁶. Elle trouve son fondement dans l'article 165 aux termes duquel : « chaque dirigeant social est responsable individuellement envers la société, des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions... ».

Il convient de préciser que la responsabilité des dirigeants n'est engagée à l'égard de la société que si la faute qu'ils ont commise est génératrice d'un préjudice actuel, ce qui n'est pas le cas d'un risque fiscal encouru par la société⁹⁵⁷. Il faut en outre, qu'il existe un lien de causalité entre cette faute et le préjudice. La charge de la preuve du préjudice incombe à la société⁹⁵⁸.

2- Les dispositions particulières

Certaines dispositions de l'Acte uniforme prévoient des régimes spéciaux de responsabilité civile des dirigeants sociaux. Ainsi, dans les sociétés à responsabilité limitée, l'article 330 dispose que : « les gérants sont responsables, individuellement ou solidairement, selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés à responsabilité limitée, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion ». Et l'article 331 d'en rajouter : « outre l'action en réparation du préjudice subi personnellement, les associés représentant le quart des associés et le quart des parts sociales peuvent, soit individuellement, soit en se groupant, intenter l'action sociale en responsabilité contre le gérant ».

Dans les sociétés anonymes, ce sont les articles 740 et 741 qui, reprenant les formules respectives des articles 330 et 331, consacrent la responsabilité des administrateurs.

S'il est indéniable que la responsabilité civile des dirigeants sociaux, tant à l'égard des tiers, qu'à l'égard de la société ou même des associés, contribue à la protection de l'intérêt social ; il n'en demeure pas moins que, la diversité des cas de cette responsabilité entraîne une mise en œuvre trop facile de cette dernière (B), et permet légitimement à s'interroger sur son efficacité.

⁹⁵⁶ Article 166 de l'AUDSCGIE.

⁹⁵⁷ CA Paris, 3/12/2009 n°08-23716: RJDA 6/10 n°638.

⁹⁵⁸ CA Paris, 22/6/2001 n°00-21262, 3^{ème} ch. C, Space Energy.

B- Une responsabilité à la mise en œuvre facile

Dire que la responsabilité civile des dirigeants sociaux est facile à mettre en œuvre, suppose qu'au-delà de la faute de gestion, ces derniers peuvent engager leur responsabilité pour avoir enfreint des dispositions légales ou réglementaires ou pour avoir violé les statuts.

1- L'éventail des fautes pouvant être reprochées aux dirigeants

L'éventail des fautes reprochées aux dirigeants est très vaste, ce qui conduit un nombre croissant d'entre eux à souscrire une assurance de responsabilité civile⁹⁵⁹. La faute de gestion peut consister soit, en une simple négligence ou imprudence, soit, en des manœuvres frauduleuses caractérisées. En pratique, les juges n'exigent pas un acte positif.

A cet effet, il a été jugé que : « relève d'une passivité fautive, le fait de ne pas avoir souscrit d'assurance pour les dommages causés à des tiers par l'utilisation d'un véhicule de la société »⁹⁶⁰. Il en est ainsi du fait « pour un cogérant d'avoir laissé les fonds sociaux sans surveillance à la disposition de l'autre cogérant, chargé de la gestion financière, lequel les a détournés au profit de sa propre entreprise, la répartition des fonctions entre les deux gérants ne dispensant pas l'intéressé d'exercer sa surveillance sur la situation de l'entreprise »⁹⁶¹. La faute de gestion peut également être retenue en cas du défaut de consultation des associés⁹⁶².

Au surplus, le mauvais résultat de gestion, lorsqu'il est accompagné d'un désintérêt du dirigeant pour les affaires sociales, peut entraîner cette responsabilité du dirigeant social. Ainsi, « a commis une faute le gérant d'une société en difficulté qui n'a fait aucun effort sérieux pour redresser la situation et, malgré l'important déficit de la société, n'a pas convoqué une assemblée générale pour informer les associés de la gravité de la situation et leur demander de prendre une décision couvrant sa responsabilité »⁹⁶³.

Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que le dirigeant n'engage pas sa responsabilité du simple fait, qu'il n'a pas réalisé le chiffre d'affaires qu'il s'est fixé lors de sa prise de fonction⁹⁶⁴. Dans le même ordre d'idées, la responsabilité civile du dirigeant peut être

⁹⁵⁹ F. LEFEBVRE, op.cit., p.240, n°13950.

⁹⁶⁰ T.com., Seine 8/1/1952 : D.1952 p.192.

⁹⁶¹ Cass.com., 9/12/1957 : Bull.civ. III n°338.

⁹⁶² Cass.com. 12/3/1974 : Gaz. Pal. 1974 p.662 ; Cass.com. 3/4/1979 : Bull.civ IV n°127 ; CA Paris, 21/3/1984, 3^{ème} ch. A, SARL Concept cuisine.

⁹⁶³ Cass.com. 5/6/1961 : Bull. civ. III n°254.

⁹⁶⁴ Voir en ce sens : CA Paris, 21/3/1984, 3^{ème} ch. ; CA Paris, 22/06/2001 n°00-21262, 3^{ème} ch. C, Space Energy.

engagée en cas de choix d'une politique commerciale ou financière contestable, et qui apparaît contraire à l'intérêt social à l'époque où elle a été mise en œuvre⁹⁶⁵.

En tout état de cause, la société ou l'associé invoquant une faute de gestion doit démontrer concrètement en quoi le comportement du dirigeant est contraire à l'intérêt social, c'est-à-dire en quoi il affecte la situation ou le développement économique de la société.

Aussi, le caractère abusif des rémunérations versées aux dirigeants sociaux peut être retenu, lorsque la preuve est apportée, qu'elles dépassent ce qui est justement dû pour rétribuer chacun des intéressés compte tenu des fonctions qu'il occupe. Ainsi, un dirigeant a été reconnu fautif d'avoir perçu des salaires excessifs dès lors que l'activité de la société se dégradait et que le salaire annuel de l'intéressé apparaissait disproportionné par rapport aux tâches réduites qui lui incombait⁹⁶⁶.

Toutefois, « n'apportent pas cette preuve, les actionnaires qui se bornent à soutenir que la multiplicité des fonctions exercées par les dirigeants rend leur exercice concrètement impossible et prive ainsi de véritable contrepartie les rémunérations octroyées à ceux-ci »⁹⁶⁷. Dans le même ordre d'idées, les engagements contractuels de la société⁹⁶⁸, la concentration des pouvoirs peuvent être retenus pour engager la responsabilité du dirigeant social⁹⁶⁹.

En outre, constituent des fautes de gestion : « le fait d'avoir différé le remboursement de sommes dont la société s'était reconnue débitrice »⁹⁷⁰, ainsi que, « le fait de passer outre les instructions formelles précises, réitérées de l'associé majoritaire de la société en laissant prendre le contrôle d'une filiale à l'occasion d'une augmentation de capital »⁹⁷¹.

2- L'exercice de l'action en responsabilité dans les sociétés in bonis

Si l'on s'en tient aux dispositions des articles 161 et suivants de l'Acte uniforme, on se rend compte qu'il existe deux types d'actions par lesquelles la responsabilité civile des dirigeants est mise en œuvre.

⁹⁶⁵ Voir en sens contraire : CA Paris, 17/1/1981, 25^{ème} ch. A, sté des établissements Marlaud ; CA Paris, 21/3/1984, 3^{ème} ch. A, SARL Concept cuisine ; Cass.com. 21/9/2004 n°1243 RJDA 1/05 n°47.

⁹⁶⁶ CA Paris, 17/1/1981, 25^{ème} ch. A, Sté des établissements Marlaud ; CA Bordeaux 23/4/2007 n°05-4032 : RJDA 3/08 n°288.

⁹⁶⁷ Cass.com. 21/9/2004 n°1243 : RJDA 1/05 n°47.

⁹⁶⁸ Cass.com. 8/6/1963 : Bull.civ III n°283 ; cass.com. 20/1/1987 n°66 : BRDA 5/87, p.8.

⁹⁶⁹ CA Paris 3/5/2002 n°00-17603 : RJDA 3/03 n°270 et, sur pourvoi, cass.com. 21/9/2004 n°1243 : RJDA 1/05 n°47.

⁹⁷⁰ Cass.com. 12/1/1993 n°3 : RJDA 10/93 n°800.

⁹⁷¹ CA Lyon, 27/5/2004 n°02-6151 : RJDA 7/05 n°829.

Il y'a d'une part l'action individuelle, et d'autre part l'action sociale proprement dite.

a- L'action individuelle

En ce qui est de l'action individuelle, celle-ci ne vise pas directement la protection de l'intérêt social. Elle peut cependant y participer, lorsqu'on sait que la possibilité offerte au tiers et aux associés d'engager la responsabilité des dirigeants sociaux, permet à coup sûr, d'éviter que la société supporte les conséquences dommageables de ces derniers. Ainsi que le précise l'article 162, l'action individuelle permet aux tiers ou aux associés, d'obtenir la réparation des dommages subis du fait de la faute commise par les dirigeants sociaux dans l'exercice de leurs fonctions, lorsque ce préjudice est distinct de celui subi par la société. L'action est intentée par celui qui subit le préjudice. A cet effet, il a été jugé que : « l'action individuelle doit être exclue en l'absence de préjudice distinct de celui de la société »⁹⁷².

S'agissant de la détermination de la juridiction territorialement compétente, l'article 164, alinéa 1^{er} renvoie au tribunal dans le ressort duquel est situé le siège social. Cela constitue une dérogation aux règles de droit commun qui donnent compétence, en matière d'actions personnelles, à la juridiction du domicile du défendeur⁹⁷³. L'exercice de cette action ne s'oppose pas à ce qu'un associé ou plusieurs associés exercent l'action sociale en réparation du préjudice subi par la société⁹⁷⁴.

Quant au délai de prescription de l'action individuelle, l'article 164 précise que : « l'action individuelle se prescrit par trois ans à compter du fait dommageable ou, s'il a été dissimulé, de sa révélation. L'action se prescrit par dix ans pour les crimes ».

b- L'action sociale

S'agissant de l'action sociale, elle vise à réparer un dommage subi par la société du fait de la faute commise par le dirigeant dans l'exercice de ses fonctions⁹⁷⁵. Les règles applicables en la matière sont presque toutes dérogatoires au droit commun, car il faut éviter l'impunité du dirigeant fautif qui peut être tenté, s'il est resté en fonction, de tirer profit de sa situation pour sacrifier les intérêts de la société⁹⁷⁶.

⁹⁷² CCJA arrêt n°096/2013 du 22 novembre 2013.

⁹⁷³ N.DIOUF, art.précit., p.11.

⁹⁷⁴ Article 163 de l'AUSCGIE.

⁹⁷⁵ Article 166 de l'AUSCGIE.

⁹⁷⁶ Ndiaw DIOUF, art.précit. p. 12.

L'action sociale apparaît donc comme un moyen essentiel de protection de la société contre les dirigeants. Cette action est intentée par les dirigeants sociaux, dans les conditions fixées par l'Acte uniforme⁹⁷⁷.

Mais de ce que l'action sociale vise à mettre en cause les dirigeants, il résulte cette conséquence, que ces derniers puissent rester inactifs. Le législateur OHADA l'a bien compris, en reconnaissant aux associés la faculté d'exercer l'action ut singuli en cas de défaillance des organes sociaux. En effet, l'alinéa 1^{er} de l'article 167 précise que : « 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. Les requérants sont habilités à demander la réparation du préjudice subi par la société. En cas de condamnation, les dommages et intérêts sont alloués à la société et non au(x) requérant(s) ».

L'exercice de l'action sociale par les associés à cette particularité, l'action ne peut être exercée qu'après une mise en demeure restée infructueuse pendant trente jours. Ce mécanisme n'est pas nouveau en droit OHADA, il existe déjà en matière de procédures collectives en cas d'inaction du syndic. En effet, on s'est aperçu que lorsqu'une personne représente un intérêt commun, il existe en général deux sortes de soupape de sécurité : l'une qui tend à lutter contre sa carence (son inaction pure et simple), l'autre qui tend à lutter contre son refus méconnaissant l'intérêt commun⁹⁷⁸. C'est pourquoi, l'article 72 de l'AUPC révisé, reconnaît le droit pour tout créancier-contrôleur d'agir en cas de carence du syndic dans l'intérêt collectif. On pourrait estimer que les contrôleurs seraient en quelque sorte pour le syndic, ce que le subrogé-tuteur est au tuteur, tout au moins dans sa fonction de surveillance⁹⁷⁹.

Aussi, une telle action s'apparente-elle aux actions de masse telles que les actions en nullité de la période suspecte ; les actions en comblement et en extension de la procédure ou encore les actions répressives.

Ensuite, l'exercice de l'action sociale par les associés suppose que la société soit appelée en cause par l'intermédiaire de ses représentants légaux. En effet, aux termes de l'alinéa 2 de l'article 167 : « à peine d'irrecevabilité de la demande, la société doit être régulièrement appelée en cause par l'intermédiaire de ses représentants légaux ». Il a été jugé que : « doit

⁹⁷⁷ Alinéa 2 de l'article 166 de l'AUSCGIE.

⁹⁷⁸ La situation des créanciers d'une entreprise en difficulté, coll.cit p 34.

⁹⁷⁹ Le subrogé tuteur a en outre une fonction de remplacement que n'ont pas les contrôleurs.

être rejetée, l'action sociale intentée par les associés, à défaut de mise en demeure »⁹⁸⁰. Il s'y ajoute, afin d'éviter un éventuel conflit d'intérêts entre le dirigeant et la société, l'article 167 dernier alinéa, ouvre la possibilité pour la société ou tout associé de saisir la juridiction compétente d'une demande tendant à obtenir la désignation d'un mandataire ad hoc chargé de représenter, à l'instance, la société commerciale⁹⁸¹.

Aussi, 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. Toutefois, les associés qui ont intenté une action peuvent conclure une transaction avec la ou les personnes contre lesquelles l'action est intentée pour mettre fin au litige⁹⁸². Il en résulte donc, qu'aucune restriction ne peut être apportée à l'exercice de l'action sociale.

Dans le même ordre d'idées, 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 la faute commise dans l'accomplissement de leurs fonctions. Les clauses ayant vocation à produire cet effet sont nulles⁹⁸³.

Enfin, comme pour l'action individuelle, la juridiction compétente pour connaître de l'action sociale est celle dans le ressort de laquelle est situé le siège social de la société⁹⁸⁴. Aussi, l'exercice de l'action sociale ne s'oppose pas à ce qu'un associé exerce contre la société l'action en réparation du préjudice qu'il subit personnellement⁹⁸⁵.

Le délai de prescription de l'exercice de l'action sociale est de trois ans à compter du fait dommageable ou, s'il a été dissimulé, de sa révélation. Il est porté à dix ans, lorsque le fait reproché est un crime⁹⁸⁶.

L'Acte uniforme règle la question des frais et honoraires en ces termes : « les frais et honoraires occasionnés par l'action sociale, lorsqu'elle est intentée par un ou plusieurs associés, sont avancés par la société »⁹⁸⁷.

⁹⁸⁰ CCJA, arrêt n°096/2013 du 22 novembre 2013.

⁹⁸¹ Ndiaw DIOUF, art.précit,p.12.

⁹⁸² Article 168 de l'AUSCGIE.

⁹⁸³ Article 169 de l'AUSCGIE.

⁹⁸⁴ Article 170 de l'AUSCGIE.

⁹⁸⁵ Article 172 de l'AUSCGIE.

⁹⁸⁶ Article 170 alinéa 1^{er}.

⁹⁸⁷ Article 171 de l'AUSCGIE.

On s'aperçoit alors que, les modalités d'exercice de l'action dans les sociétés in bonis révèlent une finalité essentiellement réparatrice⁹⁸⁸.

3- L'exercice de l'action dans les sociétés en difficultés

L'objectif de cette partie étant de démontrer que la responsabilité civile des dirigeants par certains de ses aspects, contribue à protéger l'intérêt social, il ne convient donc pas d'insister sur les sociétés en difficultés, en ce que l'objectif ici, contrairement à là, est de protéger davantage les intérêts des créanciers⁹⁸⁹. Il convient simplement de retenir qu'aux termes de l'article 183 alinéa 1^{er} de l'AUPC : « lorsque le redressement judiciaire ou la liquidation des biens d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, la juridiction compétente peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider à la requête du syndic ou même d'office, que les dettes de la personne civile sont supportées en tout ou en partie, avec ou sans solidarité par tous les dirigeants ». L'article 180 de l'AUPC donne la liste des dirigeants concernés.

Comme cela a été relevé⁹⁹⁰, la condamnation au comblement du passif suppose la réunion de trois conditions : d'abord d'une insuffisance d'actif ; ensuite une faute de gestion ; contrairement à la solution retenue dans certaines législations ; l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives subordonne les condamnations du dirigeant à la preuve d'une faute de gestion. Et enfin, un lien de causalité entre la faute de faits et l'insuffisance d'actif.

Cela dit, il convient de scruter la responsabilité pénale des dirigeants sociaux (Paragraphe II).

⁹⁸⁸ N.DIOUF, *ibid.*

⁹⁸⁹ Voir à cet égard : SANI MANI Larwanou, « problématique de la protection des intérêts des créanciers en droit OHADA des procédures collectives », UCAD 2013, p.2.

⁹⁹⁰ N.DIOUF, *art.précit.*p.13.

Paragraphe II : Une responsabilité pénale handicapante

A la responsabilité civile des dirigeants sociaux, s'ajoute la responsabilité pénale. En effet, toutes les disciplines ont développé leurs propres sanctions, mais toutes les fois que celles-ci montrent leurs limites, il est fait appel aux sanctions du droit pénal⁹⁹¹. Le recours par le législateur OHADA des sanctions pénales appelle à s'interroger sur la pertinence de ce choix. En effet, le droit pénal est un instrument de protection des seules valeurs jugées fondamentales et dont la violation heurte le sentiment collectif⁹⁹². Or, on va le démontrer, la plupart des incriminations prévues, apparaissent superfétatoires, souvent fantaisistes, en ce qu'elles peuvent être résolues avec les mécanismes civils.

Il s'y ajoute que, le droit des affaires édicte des règles destinées à encadrer la vie des affaires, auxquelles, le législateur a assorti de sanctions propres à en assurer l'effectivité : nullité de l'acte de société en cas d'inobservation des règles de constitution, nullité des délibérations en cas de violation des règles de convocation des assemblées ou de délibération, inopposabilité des actes non publiés au registre du commerce et du crédit mobilier⁹⁹³.

Tout cela conduit à s'interroger sur l'efficacité de la responsabilité pénale des dirigeants sociaux à assurer une protection adéquate à l'intérêt social. A cet effet, nous démontrerons que cette responsabilité s'avère handicapante et peut conduire au résultat inverse. Cela est d'autant plus vrai, que son régime est extrêmement sévère (A). Cette sévérité nécessite un adoucissement du régime de la responsabilité afin de lui redonner son essence originelle (B)

⁹⁹¹ Ndiaw DIOUF, art.precit.p.3.

⁹⁹² Ibidem, Art. precit.

⁹⁹³ La dernière phrase est de Ndiaw DIOUF, art.precit.p.6.

A- La sévérité du régime juridique de responsabilité pénale des dirigeants

L'examen des dispositions des Actes uniformes OHADA permet de déceler que le régime de responsabilité pénale institué est extrêmement sévère. En effet, comme cela a été souligné à juste titre, le risque pénal est omniprésent dans l'entreprise et donc dans la société qui en est une des techniques juridiques d'organisation⁹⁹⁴ ; dans ce contexte, c'est le dirigeant social qui est le plus exposé⁹⁹⁵. La sévérité du régime juridique de cette responsabilité, s'explique d'une part, par la multiplicité des cas de responsabilité pénale, et d'autre part, par l'effet de l'éclatement de l'élément légal qui conduit souvent à des disparités selon les Etats.

1- La multiplicité des cas de responsabilité pénale

En ce qui est de la multiplicité des cas de responsabilité pénale, il convient de souligner que certaines incriminations sont contenues dans l'AUSCGIE et d'autres dans l'AUPC.

a- Les incriminations prévues par l'AUSCGIE

D'abord, en ce qui est de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE, il consacre diverses incriminations applicables aux dirigeants sociaux. En effet, le dirigeant social peut être déclaré pénalement responsable en sa qualité d'organe de la société. La plupart des infractions prévues par le droit pénal des sociétés ne peuvent concerner que les dirigeants sociaux et sont de ce fait d'ailleurs des délits-fonctions, puisque la qualité de dirigeant est une composante essentielle de l'infraction⁹⁹⁶. Il suffit, pour s'en convaincre de se référer à la partie III de cet Acte uniforme consacrée « aux dispositions pénales ».

Certaines infractions sont relatives à la constitution des sociétés. Ainsi, aux termes de l'article 886 de l'AUSCGIE, « constitue une infraction pénale, le fait, pour les fondateurs, le président-directeur général, le directeur général, l'administrateur général ou l'administrateur général adjoint d'une société anonyme d'émettre des actions avant l'immatriculation ou à n'importe qu'elle époque lorsque l'immatriculation est obtenue par fraude ou que la société est irrégulièrement constituée ». Cette disposition vise à sanctionner la fraude des dirigeants, et rentre davantage dans le cadre de la protection des tiers.

⁹⁹⁴ Certains auteurs, reprenant les travaux de Paillusseau, considèrent que le fondement de la personnalité morale est l'activité poursuivie par ses membres et qu'il s'agit en créant une personne morale d'autonomiser cette activité, ce qui fait que la société ne serait que le support juridique de l'entreprise. V. Grosbois, op. cit. n° 115, p.107

⁹⁹⁵ Ndiaw DIOUF, art.précit.p.3.

⁹⁹⁶ Ibidem.

A cette disposition, s'ajoute l'article 887 qui réprime les déclarations de fausses souscriptions ou les faux versements et leur publication de la part des fondateurs de la société, les notaires, les dépositaires des fonds collectés, les commissaires aux apports et les associés. Comme cela a été relevé par les commentateurs, la publication incriminée est faite par tous les modes d'information écrits ou verbaux adressés au public. Il peut s'agir de la publication par voie de presse écrite, radio, télévision ou internet. L'article 887 réprime également la surévaluation d'un apport en nature. A travers l'article 887, le législateur entend protéger le public.

D'autres infractions, et qui sont de loin les plus importantes, sont relatives à la gérance, à l'administration et à la direction de la société. On range au rang de ces infractions, celle applicable à tous « ceux qui ont sciemment négocié : des actions non entièrement libérées ; des actions de numéraire pour lesquelles le versement du quart du nominal n'a pas été effectué »⁹⁹⁷. A cette disposition vient s'ajouter l'article 889 aux termes duquel : « encourent une sanction pénale, les dirigeants sociaux qui, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaire frauduleux, ont, sciemment, opéré entre les actionnaires ou les associés la répartition des dividendes fictifs ».

Contrairement au droit français qui sanctionne la distribution de dividendes fictifs, le législateur OHADA, réprime la répartition des dividendes fictifs. Il en résulte cette conséquence que : l'infraction est consommée dès que l'assemblée générale vote la résolution de répartition quand bien même le paiement n'aurait pas encore été effectué. Encore faut-il que les dirigeants sociaux aient fait cette répartition en toute connaissance de cause.

Dans le même ordre d'idées, l'article 890 incrimine le fait pour les dirigeants sociaux de procéder, sciemment, à la publication ou à la présentation de faux états financiers annuels de synthèse. Quant à l'article 890-1, il incrimine le non dépôt des états financiers annuels de synthèse au RCCM, par les dirigeants, dans le mois qui suit leur approbation.

Mais l'incrimination la plus décisive qui entre dans le cadre de protection directe de l'intérêt social, est celle contenue dans l'article 891. Cet article sanctionne l'abus des biens sociaux et/ou du crédit de la société. Cette infraction vise les dirigeants sociaux de la société à responsabilité limitée, de la société anonyme et de la société par actions simplifiée. Elle n'est donc pas applicable aux dirigeants des sociétés en nom collectif et ceux des sociétés en commandite simple.

⁹⁹⁷ Article 888 de l'AUSCGIE.

Comme cela a été précisé à juste titre par les commentateurs, les biens de la société s'entendent de la manière la plus extensive englobant tous les éléments mobiliers et immobiliers du patrimoine social : fonds sociaux, mobilier, matériel, marchandises, créances, immeubles. Quant au crédit, il s'entend de la réputation de la société et plus particulièrement sa surface financière.

De ce point de vue, il s'agit d'une infraction liée à la fonction de direction d'une entreprise, sous sa forme sociale, c'est-à-dire sous la forme d'une société commerciale dotée de la personnalité morale et disposant d'un patrimoine propre, c'est-à-dire distinct de celui du dirigeant. On comprend dès lors que la protection légale vise : la préservation de l'intérêt de la société- ou l'intérêt social-, en tant qu'entité propre, et pas seulement celui des actionnaires, même si ces derniers sont directement concernés par la commission du délit d'abus des biens sociaux⁹⁹⁸.

L'infraction sera constituée, toutes les fois que les dirigeants qui, de mauvaise foi, font des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de la société, à des fins personnelles, matérielles ou morales, ou pour favoriser une autre personne morale dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement⁹⁹⁹. C'est cet élément qui soulève le plus de risques d'insécurité juridique, en ce que la loi ne définit pas ce qu'est l'intérêt social, alors qu'il s'agit de l'objet même de la protection. Sous cette observation, il en résulte que l'élément matériel de l'infraction est réalisé dès lors qu'il y a un usage des biens ou du crédit contraire à l'intérêt social. L'usage consiste en l'appropriation ou la dissipation d'un bien de la société contraire à l'intérêt de celle-ci.

Quant à l'élément moral, il réside dans la mauvaise foi du dirigeant. Ce dernier doit avoir conscience du caractère contraire à l'intérêt de la société de ses agissements et de la volonté d'enfreindre la loi (dol général)¹⁰⁰⁰. Peu important le mobile, la fin recherchée pouvant être, personnelle, matérielle ou morale, ou même pour favoriser une autre personne morale dans laquelle le dirigeant est intéressé directement ou indirectement.

⁹⁹⁸ PEREIRA Brigitte, « Fraude et intérêt social : la problématique de l'abus de biens sociaux », *Annales des Mines - Gérer et comprendre*, ESKA, 2013/3 n°113, p.19 à 29, p. 4, consultable sur : <https://www.cairn.info/revue-gerer-et-comprendre1-2013-3-page-19.htm>;

⁹⁹⁹ Article 891 de l'AUSCGIE.

¹⁰⁰⁰ M.MONTHIEU, commentaires sous l'article 891.

Pour finir avec l'AUSCGIE, il convient de mentionner les incriminations relatives à l'absence de publicité de la société sur les actes et documents¹⁰⁰¹ et celles relatives au défaut d'apport ou radiation de la succursale d'une société ou d'une personne physique étrangère, au-delà d'une durée de deux ans¹⁰⁰². A ces incriminations, s'ajoutent celles relatives aux assemblées générales, notamment l'entrave à la participation à une assemblée générale¹⁰⁰³, le défaut d'établissement des procès-verbaux d'assemblées générales¹⁰⁰⁴.

b- Les incriminations prévues par l'AUPC

Quant aux infractions prévues dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives, celles-ci peuvent se justifier en ce que, les difficultés d'une entreprise, entraînant sa disparition intéressent au-delà des associés, les salariés, les partenaires et même l'économie. Il faut tout simplement retenir que c'est le titre VI, placé sous la rubrique « banqueroutes et infractions assimilées » qui institue les incriminations applicables aux dirigeants sociaux.

L'article 277 précise que la banqueroute simple et la banqueroute frauduleuse s'appliquent aux personnes physiques visées à l'article 1-1 ; et aux associés des sociétés commerciales ayant la qualité de commerçant. Alors que l'article 230 cite les personnes visées par les infractions assimilées à la banqueroute. Il s'agit entre autres : des personnes physiques dirigeantes de personnes morales visées à l'article 1-1 ; des personnes physiques représentantes permanentes des personnes morales dirigeantes, des personnes morales visées au 1°. L'alinéa 2 précise que, les dirigeants dont s'agit s'entendent de tous les dirigeants de droit ou de fait et, d'une manière générale, de toute personne ayant directement ou par personne interposée, administré, géré ou liquidé la personne morale sous le couvert ou au lieu et place de ses représentants légaux.

A la multiplicité des cas de responsabilité pénale, s'ajoute l'éclatement de l'élément légal de l'infraction, toute chose qui milite dans le sens de la sévérité.

¹⁰⁰¹ Article 891-1 de l'AUSCGIE.

¹⁰⁰² Article 891-2 de l'AUSCGIE.

¹⁰⁰³ Article 891-3 de l'AUSCGIE.

¹⁰⁰⁴ Article 892 de l'AUSCGIE.

2- L'éclatement de l'élément légal

Aux termes de l'article 5 du Traité OHADA, « les actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale. Les Etats parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues ». Il résulte un renvoi aux législations nationales pour fixer les peines, toute chose qui conduit à des disparités, créant dans le même espace, des « paradis pénaux » et « des enfers pénaux »¹⁰⁰⁵ ; ce qui n'est pas aisé pour une protection efficace de l'intérêt social.

Il convient pour s'en convaincre de jeter un coup d'œil sur quelques législations nationales des Etats parties¹⁰⁰⁶. Alors que l'article 6 de loi sénégalaise du 26 mars 1998 réprime l'abus des biens sociaux d'une peine d'emprisonnement de 1 à 5 ans et d'une amende de 100 000 à 500 000 FCFA ; l'article 9 de la loi camerounaise n°2003/008 du 10 juillet 2003 quant à lui, prévoit le même quantum pour la peine d'emprisonnement, mais une peine d'amende de 2.000 000 à 20 000 000FCFA. Si dans ces deux Etats, la peine d'emprisonnement doit être cumulativement prononcée avec la peine d'amende, il n'en est pas le cas en Centrafrique où, l'article 215 du code pénal offre une alternative au juge, soit de prononcer la peine d'emprisonnement de 1 à 5 ans, soit la peine d'amende de 1.000 000 à 5.000 000FCFA.

En matière de banqueroute frauduleuse, alors que la loi sénégalaise prévoit une peine d'emprisonnement de 1 à 5 ans et une peine d'amende de 100.000 à 5.000.000FCFA¹⁰⁰⁷ ; la loi centrafricaine fixe la peine à 2 à 10 ans d'emprisonnement et/ou de 2.000.000 à 10.000.000CFA¹⁰⁰⁸ ; pendant qu'au Cameroun, la peine est de 5 à 10 ans d'emprisonnement¹⁰⁰⁹.

A cela s'ajoute, le fait qu'un fait déclaré délictueux par la norme communautaire peut être puni des peines criminelles graves dans un Etat et des sanctions délictuelles vénielles dans un autre Etat. Cela est d'autant plus vrai, qu'au Cameroun, l'abus de biens sociaux puni de

¹⁰⁰⁵ Les expressions sont de Ndiaw DIOUF, communication prononcée à l'université de Tahoua.

¹⁰⁰⁶ Pour un tableau comparatif des peines dans les Etats parties, voir : Henri TCHANTCHOU et Michel AKUETE AKUE, « l'état de droit pénal des affaires dans l'espace OHADA », in REVUE ERSUMA, novembre-décembre 2011, p.24.

¹⁰⁰⁷ Article 5 de la loi précit.

¹⁰⁰⁸ Article 237 de la loi précit.

¹⁰⁰⁹ Article 26 du code pénal.

peines délictuelles devient criminel pouvant être condamné de peine perpétuelle, lorsque les biens distraits appartiennent en tout ou en partie à l'Etat¹⁰¹⁰.

A ces disparités, s'ajoute le fait que certains Etats n'ont toujours pas pris des lois pour fixer les sanctions applicables aux incriminations contenues dans les Actes Uniformes. Pour le cas du Niger, il a fallu 2017 pour que le législateur songe à y procéder soit, 19 ans après le Sénégal, et 14 ans après le Cameroun. A cela s'ajoute, le fait que contrairement au droit UEMOA ou celui de l'union européenne, il n'existe pas en droit OHADA, un mécanisme de poursuite des Etats en cas manquement.

Au regard de ce qui précède, il est nécessaire de s'interroger sur la pertinence du dispositif pénal en matière de responsabilité des dirigeants à côté d'un dispositif civil plus ou moins satisfaisant. En effet, la multiplicité des cas de responsabilités pénales des dirigeants sociaux, à laquelle vient s'ajouter dans le contexte OHADA l'éclatement de l'élément légal oblige à repenser cette responsabilité.

Il convient à cet effet, de faire quelques propositions, dans l'optique d'un adoucissement de la responsabilité pénale. Ainsi, nous examinerons le nécessaire adoucissement du régime juridique de la responsabilité pénale des dirigeants comme l'autre pan, pour une protection efficace de l'intérêt social (B).

¹⁰¹⁰ Article 184 du code pénal camerounais.

B- Le nécessaire adoucissement du régime juridique de la responsabilité pénale des dirigeants sociaux

La nécessité d'un adoucissement du régime juridique de la responsabilité pénale des dirigeants, à défaut d'une dépenalisation totale, s'explique par le fait, qu'en raison de la multiplication des incriminations, il ne se passe un jour sans que le dirigeant pose un acte de nature à le conduire devant le juge pénal, avec l'éventualité « du prononcé d'une peine dont le caractère infamant stigmatise l'individu comme en témoigne l'inscription de la condamnation au casier judiciaire »¹⁰¹¹.

Cet état de fait n'est pas sans danger en ce qu'il enlève au dirigeant toute liberté d'initiative dans la conduite des affaires sociales par le risque pénal permanent qu'il instaure. On peut aussi relever, que la norme répressive ne constitue pas toujours le moyen idoine pour lutter contre la délinquance des responsables d'entreprise. C'est notamment le cas de l'infraction d'abus de biens sociaux, où, si le législateur a effectivement pénalisé les actes d'usage de biens de la société commerciale dans un intérêt contraire à celui de ladite société, il n'a pas pour autant défini l'intérêt social¹⁰¹². En réalité, cela révèle les difficultés d'appréhender la notion d'intérêt social.

1- Par la dépenalisation partielle

Face à cette situation, certains auteurs¹⁰¹³ se demandent s'il n'était pas temps de se reconfigurer ce champ pénal¹⁰¹⁴, en ramenant le droit pénal à sa dimension symbolique¹⁰¹⁵ pour en faire un instrument de protection des seules valeurs jugées fondamentales et dont la violation heurte le sentiment collectif¹⁰¹⁶. En effet, il est préconisé de maintenir le droit pénal pour les fraudes mais de dépenaliser la violation d'obligations formelles¹⁰¹⁷.

Tenant compte de ce critère, on peut proposer en droit OHADA, la dépenalisation de l'article 890-1, qui réprime le défaut du dépôt, par les dirigeants sociaux des états financiers de synthèse dans le mois qui suit leur approbation. En effet, il s'agit d'une infraction purement formelle, qui est constituée dès que le retard est constaté, sans qu'il soit nécessaire de vérifier

¹⁰¹¹ Muller, art- précit, cit. par N.DIOUF, in art.précit.p.7.

¹⁰¹² PEREIRA Brigitte, art.précit.p.11.

¹⁰¹³ Rapportée par N.DIOUF, in art.précit.p.7.

¹⁰¹⁴ H. Mat, « les propositions sur les dépenalisations de la vie des affaires », rev.soc.2008, p-1.

¹⁰¹⁵ Muller, précit.

¹⁰¹⁶ Art. précit.

¹⁰¹⁷ MARINI, Rapport sur la modernisation du droit des sociétés, 1996.

la cause de ce retard. Il en est ainsi de celle prévue à l'article 891-2 qui incrimine le défaut d'apport ou de la radiation de la succursale d'une société ou d'une personne physique au-delà de deux ans, sans chercher à en savoir les motifs.

On peut multiplier les exemples d'infractions formelles contenues dans l'Acte uniforme. On range au rang de ces infractions, celle prévue à l'article 897 qui incrimine le défaut de désignation ou de convocation des commissaires aux comptes. Il en est ainsi, de l'article 905 qui incrimine le défaut d'accomplissement des formalités relatives à l'émission et la cession des valeurs mobilières. Il est à remarquer que, le législateur OHADA a su, par une habile tournure, dans la rédaction des articles, enlever certaines incriminations de ce champ par l'emploi des formules telles que : « sciemment », « de mauvaise foi » qui évoquent une certaine volonté de l'auteur à commettre l'infraction. Par cette tournure, le législateur OHADA a su, sans dépénaliser, réduire le périmètre de l'infraction par une modification de son élément moral.

Parmi, les infractions concernées, il y'a celle de l'article 887 relative à la déclaration irrégulière en matière de souscription et de versement ; celle de l'article 890 relative à la publication ou la présentation de faux états financiers annuels de synthèse ; celle de l'article 891-1 relative au défaut de publicité de la société dans les actes et documents ; celle de l'article 895 relative au défaut d'établissement des procès verbaux d'assemblées générales. Il en est ainsi de l'infraction contenue à l'article 895 relative aux fausses indications en matière de suppression d'un droit préférentiel de souscription. On remarquera que le législateur OHADA a entendu maintenir le droit pénal pour les infractions intentionnelles.

D'ailleurs, comme on a su le relever à juste titre¹⁰¹⁸, certains spécialistes du droit des affaires, partant de l'idée qu'il faut préférer « la tolérance d'une habile immoralité à l'inquiétude de la suspicion »¹⁰¹⁹ appelaient de leur vœu la possibilité pour chacun de se défendre avec « les armes civiles et commerciales sans faire intervenir l'appareil toujours effrayant du droit pénal »¹⁰²⁰.

Cet appel à la dépénalisation, tout au moins partielle, se justifie aisément. Comme on l'a démontré avec beaucoup de pertinence, « il n'est pas sain pour l'économie d'un pays que des chefs d'entreprise risquent, pour quelque vénielle inadvertance.....de subir le terrible choc

¹⁰¹⁸ N.DIOUF, art.précit.p.7.

¹⁰¹⁹ G. Ripert le déclin du droit, L GDJ 1249 n°56 P 175

¹⁰²⁰J. Hamel, Préface à l'ouvrage collectif, « Le droit pénal des sociétés anonymes », Dalloz 1255.

psychologique que constitue la comparution devant le tribunal correctionnel »¹⁰²¹. Au-delà de ce que l'on a appelé « l'effet polluant » du droit pénal, on peut invoquer, au soutien des propositions tendant à la dépénalisation, les exigences de la politique criminelle. On ne peut sérieusement contester l'idée selon laquelle l'inflation des lois pénales conduit à faire perdre à la sanction pénale sa vertu intimidante.

Cet état de fait a conduit en France, avec la Loi NRE du 15 mai 2001, le législateur a supprimé certaines infractions au nom de l'inefficacité de la sanction pénale. Cette inefficacité est souvent due au long délai entre la commission de l'infraction et le prononcé de la sanction. Ainsi, a été substituée à la sanction pénale une sanction civile par le biais d'un référé injonction auprès du président du tribunal de commerce qui peut fixer des astreintes voire désigner un mandataire¹⁰²². A cela s'ajoute la suppression des infractions formelles par les lois du 1^{er} août 2003 sur la sécurité financière et sur l'initiative économique. Ces deux lois sont venues dépénaliser les infractions qui punissent la violation d'obligations formelles, en substituant les sanctions pénales aux nullités.

Il s'y ajoute qu'en dépénalisant, du moins partiellement, le droit des sociétés commerciales, le législateur aura à gagner en terme d'attractivité des investisseurs étrangers, l'un des objectifs essentiels du Traité OHADA. Il convient donc, à notre avis, au législateur OHADA de procéder à la dépénalisation par substitution du droit des sociétés, en recourant comme en droit français aux mécanismes d'amendes civiles ; aux astreintes ; aux injonctions de faire ; aux nullités ou à la responsabilité civile extracontractuelle. En effet, la dépénalisation par substitution se justifie non pas par l'inadéquation de l'obligation elle-même, mais de l'inadéquation de la réponse à la méconnaissance de cette obligation, compte tenu de son caractère inefficace, trop sévère ou contre-productif.

Il ne s'agit plus de remettre en cause l'obligation sanctionnée, mais d'adapter la réponse du corps social à un comportement toujours considéré comme illicite¹⁰²³. A cet effet, le législateur peut maintenir les infractions ayant pour vocation la sanction des comportements frauduleux et celles qui supposent une intention délibérée des dirigeants à commettre l'infraction. On comprendra que l'utilisation par le législateur OHADA des expressions telles que : « sciemment », « de mauvaise foi », permet d'opérer facilement cette catégorisation.

¹⁰²¹ J. Larguier et Ph. Comte, Droit pénal des affaires, Armand colin, 10^{ème} ed. n°5 page 8.

¹⁰²² COULON J. , Rapport au garde des sceaux, « la dépénalisation de la vie des affaires » ; janvier 2008, p.13.

¹⁰²³ COULON, rapport.précit.p.20.

2- Par le recours à un texte uniforme

Un autre argument en faveur de l'adoucissement du régime juridique de la responsabilité pénale des dirigeants en droit OHADA, est l'éclatement de l'élément légal de l'infraction. En effet, ainsi que cela a été relevé, l'article 5 du Traité OHADA fait un renvoi aux législations nationales pour fixer les sanctions pénales applicables aux incriminations contenues dans les Actes uniformes. On a pu démontrer avec justesse, que cet état de fait, conduit à des disparités quant au quantum des peines fixées par les différents Etats-parties. A cela, s'ajoute le fait que, certains Etats n'ont pas encore fixé les peines applicables et, d'autres n'ont pu le faire que récemment.

Il convient pour éviter ces disparités, s'inspirer du législateur UMOA en matière bancaire. En effet, ce dernier a pu uniformiser, à travers la Loi n°2008-26 portant réglementation bancaire dans l'espace UMOA, les sanctions applicables en la matière. Il a été question de proposer une loi uniforme aux Etats membres, qu'ils feront adopter par leurs Assemblées respectives. Le succès de cette loi, justifie davantage, que le législateur OHADA s'en inspire, en proposant aux Etats parties une loi uniforme, loi cadre ou loi-type selon la terminologie choisie.

Cela est d'autant plus intéressant qu'il contribue à une uniformisation plus complète du droit des affaires OHADA. La loi-type s'entend d'un texte législatif recommandé par une instance communautaire à plusieurs Etats ou organisations membres. Véronique MAGNIER définit la loi-modèle comme étant « un texte établi et recommandé aux Etats par un organisme chargé de l'unification ou de l'harmonisation du droit et destiné à terme à remplacer la législation actuellement en vigueur dans les Etats intéressés (...) elle n'a qu'une simple valeur de recommandation ou de persuasion »¹⁰²⁴.

Il s'agit là d'un vœu pieux formulé par des nombreux auteurs¹⁰²⁵. En attendant, la réalisation de ce vœu, le régime juridique de la responsabilité des dirigeants sociaux actuel, est marqué

¹⁰²⁴ Véronique MAGNIER, « *Rapprochement des droits dans l'Union européenne et viabilité d'un droit commun des sociétés* », L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, tome 317, p. 27 citant G. L. DROZ, « La Conférence de la Haye de droit international privé et les méthodes d'unification du droit : traités internationaux ou lois modèles? », Rev. Int. Dr. Comp., 1961, vol. 13, pp. 507-521 et les exemples cités à la note 18.

¹⁰²⁵ C'est notamment la position du Pr Ndiaw DIOUF, voir communication prononcée à l'université de Tahoua sur « le risque pénal des dirigeants sociaux » et les propos introductifs à l'occasion de la conférence sur « la présentation de la réforme du droit des sociétés OHADA », organisée par le club OHADA de l'université cheikh anta diop.

par une excessive pénalisation, et une responsabilité civile omniprésente. Ces facteurs rendent inefficaces son aptitude à apporter une protection efficace à l'intérêt social.

Ainsi détaillés, les mécanismes de protection de l'intérêt social méritent que soit démontrée leur inaptitude à réaliser l'objectif qui leur est assigné. A cet effet, nous examinerons la difficulté pour ces mécanismes d'apporter une protection efficace à l'intérêt social (chapitre II).

Chapitre II : Une protection de l'intérêt social difficilement atteinte

Au regard des mécanismes mis en place par le législateur OHADA, l'on a relevé que ce dernier à essayer tant bien que mal de concilier les deux conceptions de la société commerciale. Ainsi, tout en définissant à l'article 4 de l'AUSCGIE la société commerciale au regard de l'intérêt commun des associés, le législateur OHADA évoque par endroits la conception extensive en faveur de la théorie institutionnelle. Le pragmatisme de cette démarche n'enlève en rien ses faiblesses. En effet, la mise en œuvre de ces mécanismes par le juge peut s'avérer délicate notamment, le risque de dissolution des sociétés commerciales en cas de crise du fait de la disparition de l'affectio societatis.

Mais ce constat doit être relativisé, et voir dans certains mécanismes, des pistes tracées au juge afin de minimiser le risque de dissolution préjudiciable à l'économie. En effet, nous avons vu en ce qui concerne les mécanismes de protection indirecte de l'intérêt social, que le législateur a mis en place des mécanismes permettant une bonne information des associés dans la gestion sociale. Ces mécanismes, en ce qu'ils permettent une intervention extérieure, peuvent contribuer à appliquer une solution plus adaptée. Il s'y ajoute également, que la possibilité reconnue aux associés de stipuler des clauses de sortie contribue à assurer une certaine stabilité à la société.

En tout état de cause, l'on peut constater qu'en droit OHADA, la notion d'intérêt social est une notion éclatée et qu'il est préférable que les juges, dans tous les cas où l'intérêt social est en jeu, adoptent une conception extensive (Section I). On notera en dernière analyse que le recours aux mécanismes unificateurs tels que les codes de bonne conduite ou le principe de loyauté pourra être un palliatif pour une protection efficace de l'intérêt social (Section II).

Section I : L'éclatement de la notion d'intérêt social

L'éclatement de la notion d'intérêt social en droit OHADA est déduit du fait que, dans les mécanismes assurant la protection de l'intérêt social, on y a vu, d'une part, des mécanismes favorables à la conception contractuelle de la société, et d'autre part, ceux favorables à la théorie institutionnelle. Si cette démarche du législateur relève de la prudence, en évitant d'enfermer le juge, et en lui donnant une grande liberté dans l'appréciation des faits, il n'en demeure pas moins qu'elle comporte le risque d'amener ce dernier à se prononcer en faveur de la conception étroite. Du reste, celle-ci est la première à être consacrée dans l'Acte uniforme à l'article 4.

Il convient dans le cadre de cette section de démontrer l'éclatement de la notion d'intérêt social en droit OHADA à travers l'adoption d'une conception mixte (Paragraphe I). Ensuite, il sera question de voir la nécessité d'une conception extensive de la part des juges dans le traitement des conflits sociaux mettant en jeu l'intérêt social (Paragraphe II).

Paragraphe I : Un éclatement voulu par le législateur

Le législateur OHADA n'a pas jugé nécessaire de définir la notion d'intérêt social. Du coup, l'intérêt social dans l'Acte Uniforme apparaît comme une notion éclatée en ce que, le législateur l'évoque à plusieurs endroits et dans des situations diverses.

Si cet éclatement a été voulu par le législateur dans un souci de cohérence afin de laisser une large marge de manœuvre dans l'appréciation, il n'en demeure pas moins que cet état de fait a conduit à une interprétation divergente.

Qu'il s'agisse de la définition de la société commerciale ou des mécanismes de protection de l'intérêt social, il ne fait l'ombre d'aucun doute que le législateur OHADA au nom de la prudence, s'est réservé d'enfermer le juge dans l'appréciation de l'intérêt social. Ainsi, il résulte des dispositions de l'Acte uniforme que le législateur OHADA a adopté une conception mixte. Cela se conçoit aisément, si on scrute parcimonieusement les dispositions de cet Acte uniforme, mais aussi celles de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives.

On comprendra alors, que l'Acte uniforme ne contient que des dispositions techniques qui ne sont que le reflet de compromis politique.

A cet effet, nous relèverons d'une part, les dispositions qui assimilent l'intérêt social à l'intérêt commun des associés (A). Et d'autre part, celles de ces dispositions qui l'assimilent à l'intérêt de la société, consacrant ainsi une conception extensive (B).

A- L'intérêt social tantôt assimilé à l'intérêt commun des associés

Cette conception de l'intérêt social rejoint l'idée selon laquelle : la société est un contrat. Et en tant que contrat, la société est la propriété commune des associés.

Plusieurs dispositions de l'Acte Uniforme assimilent l'intérêt social à l'intérêt des associés.

Ainsi, l'article 4 définit la société commerciale comme étant celle « créée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par 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 peut en résulter. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes dans les conditions prévues par le présent Acte Uniforme. La société commerciale est créée dans l'intérêt commun des associés ». Au regard de cette disposition, on peut en déduire que la société est créée par la volonté des associés en vue de coopérer de façon égalitaire et dans l'intérêt de tous. Cette définition rejoint l'idée de la société-contrat.

L'Acte uniforme assigne pour but à la société commerciale la réalisation de bénéfices ou d'économie, bénéfices que les associés ont vocation à partager. Il s'y ajoute, qu'aux termes de l'article 28 de l'AUSCGIE que : « toute société à une durée qui doit être mentionnée dans ses statuts. La durée de la société ne peut excéder quatre vingt dix neuf (99) ans ». De cette disposition, la société commerciale apparaît comme un contrat à durée déterminée.

De la conjonction de ces éléments imposés par la loi, il résulte que la société commerciale est instituée pour permettre la réalisation de bénéfices ou d'économies sur toute la durée du contrat. Aussi les associés, parties au contrat sont-ils liés par la réalisation de cet objectif, par ce but puisque imposé par la loi¹⁰²⁶. En d'autres termes, la position contractuelle d'associé, oblige toutes les personnes qui l'occupent nonobstant les mutations dont les parts ou actions peuvent faire l'objet sur la durée du contrat de société, à poursuivre la réalisation de l'objectif légal de la société, la réalisation de bénéfices sur la durée de la société¹⁰²⁷.

De ce fait, dans le cadre sociétaire, l'objectif d'enrichissement individuel de chaque associé passe nécessairement par l'enrichissement collectif, celui-ci ne pouvant dès lors celui-là sauf à

¹⁰²⁶ PORACCHIA Didier, « Regard sur l'intérêt social », Revue des sociétés 2012, p.475

¹⁰²⁷ Sur la possible position contractuelle occupée par l'associé, voir : M. Buchberger, « le contrat d'apport : Essai sur la relation entre la société et son associé », préf. M. Germain, éd. Pathéon Assas, 2011, cit. par PORACCHIA Didier, art.précit. p.2.

ce que les parties décident de mettre un terme à la société¹⁰²⁸. A cet égard, il a été relevé à juste titre¹⁰²⁹ que : « aujourd'hui en perte, le fonds social peut demain, à la suite d'une opération heureuse, se trouver notablement augmenté, il importe que les associés...prennent les affaires sociales dans leur ensemble et ne les scindent pas. Le chiffre réel de la perte ou du gain, c'est celui qui donne le résultat final des opérations consommées par la société pendant son existence plus ou moins prolongée ; c'est celui qui résulte de l'examen, non pas des affaires prises isolément et divisées en deux catégories selon qu'envisagées distinctement elles ont ou non réussi, mais de toutes les affaires envisagées dans l'ensemble et de la compensation entre les pertes et les bénéfices partiels ».

Il en résulte donc, qu'il est interdit que la société soit dirigée en méconnaissance de l'intérêt commun ou que les intérêts des uns soient satisfaits en délaissement de ceux des autres. Cela implique que : « toute décision sociale doit prendre en considération l'intérêt commun des associés »¹⁰³⁰. De ce point de vue, dans la mise en œuvre des mécanismes de protection de l'intérêt social, l'intérêt à prendre en compte est celui des associés. De ce fait, toute mésentente ou mésintelligence entre les associés peut conduire à conclure de la disparition de l'affectio societatis et par voie de conséquence à la dissolution de la société.

Cette conception rejoint l'analyse du Professeur SCHMIDT qui, en se fondant sur les articles 1832 et 1833 du code civil considère que la société ne serait pas constituée en vue de satisfaire un autre intérêt que celui des associés, qui ont seuls vocation à partager entre eux le bénéfice social¹⁰³¹. « La société a pour objet la réalisation du plus important bénéfice social dans le seul intérêt des associés »¹⁰³² et ce, dans le respect des obligations légales et réglementaires qui lient la société.

De ce point de vue, l'on peut considérer comme en faveur de la conception contractuelle, toutes les dispositions faisant défense à certains associés de prendre des décisions dans leur seul intérêt au mépris de l'intérêt des autres. Il s'agit pour nous d'évoquer quelques cas, sans en avoir la prétention d'être exhaustif. On peut ici faire cas de l'article 130 de l'AUSCGIE révisé qui déclare nulles les décisions constitutives d'abus de majorité. L'abus de majorité

¹⁰²⁸ Et encore, une telle décision peut être considérée contraire à l'intérêt de la société par la jurisprudence : Com. 8 février 2011, n°10-11.788, Rev. Sociétés 2011.167, note Lienhard.

¹⁰²⁹ MERCADE par P. PONT, Explication du Code Napoléon, Delamotte, 1872, §10, tome VII, p.300, n°429, cité in J.CI. Fasc. 15.10, Théories des bénéfices et des pertes F. X LUCAS et M. Pellot-Fontaine, n°7 et 69.

¹⁰³⁰ MONTHIEU M.A, op.cit, 43, n°41.

¹⁰³¹ D.SCHMIDT, « De l'intérêt social », RDB, 1995, n°50, p.130.

¹⁰³² Ibidem.

étant le fait pour les « associés majoritaires de voter une décision dans leur seul intérêt, contrairement aux intérêts des associés minoritaires, sans que cette décision ne puisse être justifiée par l'intérêt de la société ».

Si l'on s'en tient à cette disposition, on peut aisément relever que le législateur cherche un équilibre, entre les intérêts des associés majoritaires et ceux des associés minoritaires, en évitant que les premiers abusent de leur position au détriment des seconds. Comme cela a été souligné à juste titre, l'abus de majorité implique une décision contraire à l'intérêt général - c'est l'intérêt social envisagé dans son aspect collectif - et prise dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de ceux de la minorité – c'est la ruine des espérances individuelles des minoritaires¹⁰³³. Cela se conçoit aisément en ce que : « aucune société ne peut être créée et gouvernée dans l'intérêt de certains associés seulement »¹⁰³⁴.

Dans le même ordre d'idées, on peut, en faveur de la théorie contractuelle de la société, faire cas de l'article 200 de l'AUSCGIE relatif à la dissolution de la société. Du fait que la société commerciale est un contrat, celle-ci peut prendre fin par l'annulation du contrat de société¹⁰³⁵. Elle le peut également par décision des associés aux conditions prévues pour modifier les statuts¹⁰³⁶ ou pour toute cause prévue dans les statuts¹⁰³⁷. Mais c'est surtout le n°5 de l'article 200 qui nous renseigne sur la conception contractuelle de la société en droit OHADA. En effet, aux termes de cet alinéa, la société prend fin : « par la dissolution anticipée prononcée par la juridiction compétente, à la demande d'un associé pour justes motifs, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé ou de mésentente entre associés empêchant le fonctionnement normal de la société ».

De cette disposition, on relève tous les aspects contractuels de la société. En reconnaissant la possibilité pour un associé de pouvoir demander la dissolution du fait de l'inexécution de ses obligations par l'un des associés, l'Acte uniforme consacre le principe de la force obligatoire des contrats bien connu en droit des obligations. En effet, aux termes de l'article 1134 alinéa 1^{er} du code civil : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Il en résulte deux conséquences : d'une part, le contrat ne peut être unilatéralement révoqué, et d'autre part, le juge n'a pas le pouvoir de le modifier. A cela s'ajoute l'alinéa 3

¹⁰³³ MOTHIEU M.A, op.cit, p.37, n°28.

¹⁰³⁴ D.SMIDT, De l'intérêt social des associés, art.préc.,p.440.

¹⁰³⁵ Alinéa 3.

¹⁰³⁶ Alinéa 4.

¹⁰³⁷ Alinéa 7.

qui précise que : « les contrats doivent être exécutés de bonne foi ». De ce point de vue, les parties au contrat de société doivent faire preuve de loyauté et de coopération, en mettant tout en œuvre pour respecter l'économie du contrat. Tous les associés sont tenus à une exécution conforme à leur engagement : l'obligation d'apport, l'obligation de contribuer à la perte, etc.

En tant que contrat, l'inexécution des obligations résultant de la qualité d'associé appelle des sanctions. Bien que le contrat de société puisse être regardé comme un contrat synallagmatique, l'Acte uniforme ne prévoit pas l'exception d'inexécution. Elle consiste pour un contractant de refuser d'exécuter son obligation tant que l'autre n'accomplit pas la sienne. En consacrant le recours au juge, le législateur OHADA fortifie l'article 1184 du code civil qui prévoit la résolution des contrats pour inexécution. Du fait, qu'en application de cet article le contrat est anéanti, il est nécessaire que cette décision soit prise par un juge.

Cela dit, il convient ensuite de démontrer l'éclatement voulu de la notion d'intérêt social en droit OHADA au regard des dispositions l'assimilant à l'intérêt de l'entreprise (B).

B- L'intérêt social tantôt assimilé à l'intérêt de la société

Il existe dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, des dispositions assimilant l'intérêt social à celui de la société, personne morale distincte de ses membres. Une telle approche a été défendue par beaucoup d'auteurs. Ainsi, selon le professeur DESPAX, « l'intérêt social serait l'intérêt de l'entreprise qui transcende l'intérêt des actionnaires, qui constitue la limite des sacrifices des actionnaires ou des salariés, qui donne le fondement et l'étendue de l'intervention du juge dans l'appréciation des décisions financières »¹⁰³⁸. Pour le professeur PAILLUSSEAU, « l'intérêt social ne serait rien d'autre que l'intérêt de l'entreprise et qu'il tendrait à assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise »¹⁰³⁹. Les dirigeants et les majoritaires devraient alors agir conformément à l'organisme économique que représente l'entreprise.

C'est ainsi que l'article 131 de l'AUSCGIE révisé qui sanctionne l'abus de minorité et l'abus d'égalité dispose que : « il y'a abus de minorité ou d'égalité lorsque, en exerçant leur vote, les associés minoritaires ou égalitaires 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 ». Cette disposition pose le critère de l'intérêt social dans sa conception extensive et rejoint l'idée de la société-institution.

D'autres dispositions témoignent également de l'assimilation, par endroits, de l'intérêt social à l'intérêt de l'entreprise dans l'Acte uniforme. Ainsi, aux termes de l'article 277 de l'AUSCGIE : « 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. En cas de pluralité de gérants, chacun détient les mêmes pouvoirs que s'il était seul gérant de la société, sauf le droit pour chacun de s'opposer à toute opération avant qu'elle ne soit accomplie ». Il en résulte que l'intérêt social est la limite des pouvoirs des gérants dans la SNC. Ainsi, en déterminant les pouvoirs du gérant en fonction de l'intérêt social, le législateur OHADA consacre une conception extensive de l'intérêt social. Cela permet au gérant d'avoir un pouvoir d'appréciation et une possibilité d'initiative dans la gestion des affaires sociales.

¹⁰³⁸ DESPAX M., « L'entreprise et le droit », LGDJ, 1957.

¹⁰³⁹ J. PAILLUSSEAU, « La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise », Paris Sirey, 1967 ; du même auteur : « les fondements du droit moderne des sociétés », JCP éd. E.1993, n°14193, p.165, spéc.p.178, n°91 et s. ; « Le big bang du droit des affaires à la fin du XXème siècle », JCP, ed. E 1988, n°15101, p.58, spéc.p.64 et s., n°69 et s.

De ce point de vue, c'est l'intérêt de la société qui doit servir de guide au gérant dans le cadre de sa mission. Il s'agit d'un impératif de conduite ou simplement de la boussole qui indique la marche à suivre, une des facettes de l'éthique qui doit présider à la marche des sociétés.

Il s'y ajoute que, cet intérêt social peut s'apprécier en fonction de l'objet social. A cet effet, l'article 277-1 précise que : « dans les rapports avec les tiers, le gérant engage la société par les actes entrant dans l'objet social...les clauses statutaires limitant les pouvoirs des gérants qui résultent du présent article sont inopposables aux tiers de bonne foi ». On comprend alors que, la responsabilité de la société du fait du gérant à l'égard des tiers est appréciée en fonction de l'objet social. En consacrant, l'objet social comme limite des pouvoirs du gérant, le législateur OHADA s'inscrit en faveur de la théorie institutionnelle. Ainsi, en tant que personne morale, entité juridique autonome, la société commerciale doit pouvoir avoir un objet social dont la réalisation est confiée au gérant.

Le même mécanisme de limitation des pouvoirs est prévu à l'article 298 relatif aux SCS qui procède par renvoi aux dispositions applicables aux SNC. En effet, aux termes de cet article, « la société en commandite simple est gérée par tous les associés commandités, sauf clause contraire des statuts qui peuvent désigner un ou plusieurs gérants, parmi les associés commandités, ou en prévoir la désignation par un acte ultérieur, dans les mêmes conditions et les mêmes pouvoirs que dans une société en nom collectif ». Dans les SARL, c'est l'article 328 de l'AUSCGIE, reprenant l'article 277 qui fixe les pouvoirs du gérant en lien avec l'intérêt de la société.

Mais c'est surtout l'article 891 de l'AUSCGIE relatif à l'abus des biens ou du crédit de la société qui consacre de façon non équivoque cette conception extensive de l'intérêt social. En effet, aux termes de cet article : « encourent une sanction pénale le gérant de la société à responsabilité limitée, les administrateurs, le président-directeur général, le directeur général, le directeur général adjoint, le président de la société par actions simplifiée, l'administrateur général ou l'administrateur général adjoint qui, de mauvaise foi, font des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles, matérielles ou morales, ou pour favoriser une autre personne morale dans laquelle ils sont intéressés, directement ou indirectement ».

De cette disposition, on déduit aisément que le législateur fait allusion à l'intérêt social, regardé comme l'intérêt de la société personne morale, entité économique différente de ses membres. Ainsi, si une société est essentiellement composée de membres de la famille du

prévenu, l'intérêt de la société ne coïncide pas avec l'intérêt de la famille, car les abus sociaux lèsent aussi les tiers qui contractent avec la société¹⁰⁴⁰.

L'adoption de la conception extensive de l'intérêt social en droit OHADA se retrouve également dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives et d'apurement du passif. En effet, prenant en compte le fait que les difficultés d'une entreprise entraînant sa cessation des paiements, peuvent avoir des répercussions sur les droits des créanciers, des salariés et plus généralement sur l'économie, le législateur ouvre le droit de saisine en vue de l'ouverture d'une procédure collective aux créanciers, au ministère public et à la juridiction compétente. En effet, aux termes de l'article 28 de l'AUPC : « la procédure de redressement judiciaire et de liquidation des biens peut être ouverte à la demande d'un créancier, quelle que soit la nature de sa créance, à condition qu'elle soit certaine, liquide et exigible ». De cette disposition et en cette matière, le législateur entend adjoindre à l'intérêt social initial, l'intérêt des créanciers et celui de l'économie.

Ensuite, l'article 29 de l'AUPC offre également le droit à la juridiction compétente de pouvoir se saisir d'office, notamment sur la base des informations fournies par le représentant du ministère public, les commissaires aux comptes, etc. La possibilité offerte à la juridiction compétente de se saisir d'office dénote à divers égards, que la société n'est plus une affaire entre les associés et que son intérêt transcende celui des ces derniers, d'où la nécessité de lui apporter une protection supplémentaire. Il s'y ajoute aussi, qu'aux termes de l'alinéa 2 de l'article 29 : « la juridiction compétente peut être saisie par le ministère public ». On en déduit à juste titre que les difficultés d'une société ayant des répercussions néfastes, il est nécessaire qu'on reconnaisse au ministère public, au nom de l'ordre public, la possibilité de saisir la juridiction compétente.

Il s'y ajoute que, les dirigeants auteurs de faute ayant entraîné ou contribué aux difficultés de l'entreprise peuvent être appelés à combler le passif de cette dernière. Ainsi aux termes de l'article 183 : « lorsque le redressement judiciaire ou la liquidation des biens d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, la juridiction compétente peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider à la requête du syndic, du ministère public...ou même d'office, que les dettes de la personne morale sont supportées en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants ou certains d'entre eux ». L'adoption de la conception extensive par le législateur OHADA est déduite du fait que le

¹⁰⁴⁰ Commentaires sous l'article 891 de l'AUSCGIE.

comblement du passif s'apprécie au regard de la faute de gestion, qui elle-même renvoie à une gestion contraire à l'intérêt social ou plus généralement à la notion d'acte anormal de gestion.

Par ailleurs, l'article 189 de l'AUPC qui traite de l'extension des procédures collectives aux dirigeants permet d'étendre la procédure aux dirigeants ayant disposé du crédit ou des biens ou des biens de la personne morale comme des siens propres ou ayant poursuivi abusivement, dans son intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cession des paiements. Par cette disposition, le législateur entend protéger l'intérêt de la société commerciale contre une exploitation abusive conduisant à la cessation des paiements. Par ce fait, le législateur consacre une conception extensive de l'intérêt social.

D'autres dispositions existent et permettent de conclure sur l'adoption de la conception extensive de l'intérêt social. Il en est ainsi de l'article 196 qui traite de la faillite personnelle ou des articles 227 et 228 qui traitent respectivement de la banqueroute simple et de la banqueroute frauduleuse. On aura compris que la violation de l'intérêt social par les dirigeants appelle à la fois des sanctions civiles et pénales.

Si le législateur a été prudent en ne définissant pas l'intérêt social conciliant la conception étroite et la conception extensive afin de laisser au juge un pouvoir d'appréciation des situations au cas par cas, il n'en demeure pas moins qu'à la lumière de la jurisprudence, les juges, le plus souvent, se penchent sur la conception étroite de l'intérêt social. A cet effet, il est nécessaire que les juges, lorsqu'ils sont saisis, adoptent la conception extensive (Paragraphe II).

Paragraphe II : La nécessité d'une conception extensive de l'intérêt social

Nonobstant l'éclatement de la notion d'intérêt social dans l'Acte uniforme, il est permis de conclure qu'il y a une dominance de la conception contractuelle. En effet, les dispositions qui consacrent la conception extensive de l'intérêt social sont des dispositions spécifiques, prévues pour régir des situations particulières.

Une telle démarche n'est pas sans danger, surtout quand on sait que le juge saisi pour se prononcer sur une situation peut s'accommoder de l'article 4 de l'AUSCGIE. Or en définissant la société commerciale comme celle créée dans l'intérêt commun des associés, cet article consacre une conception contractuelle. De ce point de vue, le juge sera, assez souvent, amené à prononcer la dissolution de la société en cas de divergence d'intérêts, en ce qu'il conclura à la disparition de l'affectio societatis. Or, une telle logique n'est pas souhaitable, si on sait que le législateur OHADA en reformant le droit des sociétés, entend à la fois faire évoluer et révolutionner son droit. Au centre de ses préoccupations, se situent un souci de sécurité juridique et judiciaire, mais aussi d'apporter une stabilité à l'actionnariat en évitant autant que faire se peut, la disparition précoce des entreprises.

La nécessité d'une conception extensive de l'intérêt social se justifie amplement en ce qu'elle permet d'une part, d'éviter la disparition précoce de la société (A), et d'autre part, la prise en compte de la responsabilité sociale de l'entreprise (B).

A- L'évitement de la disparition précoce de la société

Une conception extensive de l'intérêt social permet d'assurer une certaine pérennité à la société commerciale. En effet, la conception restrictive à cela d'inconvénient, qu'elle pêche par sa non prise en compte de la pérennité de l'entreprise, de l'emploi, au profit des seuls intérêts capitalistes à court terme des associés¹⁰⁴¹. De ce point de vue, et comme cela a été relevé à juste titre¹⁰⁴², il semblerait alors qu'il faille concevoir dans le cadre de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, l'intérêt social comme l'intérêt de l'entreprise ; en ce que cette approche offre plus de flexibilité en permettant une réelle protection de la société en assurant son fonctionnement et sa pérennité, non pas uniquement l'intérêt des associés.

1- L'intérêt social comme l'intérêt de la société

L'intérêt social peut s'entendre de l'intérêt de la société personne morale. Celui-ci ne devant pas être confondu « avec l'intérêt des associés, qu'ils soient majoritaires ou minoritaires ; la société a un intérêt propre qui transcende celui des associés »¹⁰⁴³. Cela se justifie amplement en ce que les sociétés commerciales sont assujetties à l'immatriculation au sens de l'article 46 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial. Ainsi, en conférant une personnalité morale aux sociétés commerciales, l'immatriculation constitue le point de départ de la conception institutionnelle de la société en droit OHADA. C'est en ce sens que l'article 60 de l'AUDCG dispose que : « toute personne morale assujettie à l'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier qui n'a pas demandé celle-ci dans les délais prévus, ne peut se prévaloir de la personnalité juridique jusqu'à son immatriculation ».

La société commerciale est donc une personne morale, indépendante de la masse des personnes physiques qui la composent. C'est en ce sens que le rapport du groupe de travail CNPF-AFEP définit cet intérêt comme étant : « l'intérêt supérieur de la personne morale elle-même, c'est-à-dire de l'entreprise considérée comme agent économique autonome, poursuivant des fins propres, distinctes notamment de celles de ses actionnaires, de ses salariés, de ses créanciers dont le fisc, de ses fournisseurs et de ces clients, mais qui

¹⁰⁴¹ MEUKE Bérenger, « De l'intérêt social dans l'AUSCGIE de l'OHADA » ; p.7 ; ohadata D-06-24, www.ohada.com;

¹⁰⁴² Ibidem.

¹⁰⁴³ M. COZIAN et alii, « droit des sociétés », op.cit.

correspondent à leur intérêt général commun, qui est d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise »¹⁰⁴⁴.

2- L'intérêt social comme l'intérêt de l'entreprise

L'intérêt social peut aussi s'entendre de l'intérêt de l'entreprise, en ce que la société est une technique d'organisation de l'entreprise et son intérêt s'identifie à celui de l'entreprise. Cette conception a la faveur des tenants de « l'école de Rennes », défendue par des auteurs comme J. PAILLUSSEAU et C. CHAMPAUD. Ces auteurs estiment en effet, que l'entreprise doit être entendue comme un ensemble de moyens en capital et en travail destinés à assurer la production de biens et services. Il s'agit de l'intérêt d'un organisme économique, point de rencontre de multiples intérêts.

De ce point de vue, « l'entreprise et la société sont deux choses fondamentalement distinctes. La première est une organisation économique et humaine, la seconde une notion purement juridique, et qui n'est que juridique »¹⁰⁴⁵. En d'autres termes, l'assimilation de l'intérêt social à l'intérêt de l'entreprise suppose que l'intérêt social soit considéré comme « l'intérêt propre d'une entité autonome et indépendante. En effet, la protection de l'intérêt de l'entreprise (ou des intérêts dont la société est la cause et le support) 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 prospérité 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 »¹⁰⁴⁶.

Du reste, les principes du gouvernement d'entreprise de l'OCDE, notamment le principe IV prévoit que : « un régime de gouvernement d'entreprise doit reconnaître les droits des différentes parties prenantes à la vie d'une société..., et encourager une coopération active entre les sociétés et les différentes parties prenantes pour créer de la richesse et des emplois et assurer la pérennité des entreprises financièrement saines ».

¹⁰⁴⁴ Rapport du groupe de travail CNPF-AFEP, éd. ETP, Paris, juillet 1995.9.

¹⁰⁴⁵ J. PAILLUSSEAU, « les fondements du droit moderne des sociétés », JCP, éd. G., 1984, I, n°3148.

¹⁰⁴⁶ J. PAILLUSSEAU, « l'efficacité de l'entreprise et la légitimité du pouvoir », Petites Affiches, 19 juin 1996, n°74.23.

3- La recherche de la pérennité de l'entreprise

On notera au vu de ce qui précède, qu'il s'agisse de l'intérêt de la société personne morale, ou de l'intérêt de l'entreprise, la conception extensive permet d'assurer une certaine stabilité à la société commerciale. En effet, cette conception rendra facile la mise en réserve des bénéfices, et la répartition des pouvoirs sociaux. De ce point de vue, la conception restrictive apparaît comme un frein à la pérennité des sociétés commerciales. C'est en ce sens qu'il a été relevé que : « dans toutes les hypothèses où un conflit entre associés menacerait la survie de la société, l'intérêt commun des associés aboutirait à accepter la disparition de celle-ci, quelle que soit son importance économique et sociale sans même tenir compte de sa viabilité. Cela serait dommage qu'un droit qui a pour objectif de relancer l'activité économique sur le continent, la desserve au contraire »¹⁰⁴⁷.

Pour se faire, la jurisprudence de l'espace OHADA doit se montrer audacieuse en n'hésitant pas à remettre en cause certains principes du droit des sociétés (occulter complètement l'intérêt des associés) afin d'assurer la survie de la société. Ainsi, elle doit se montrer protectrice de la société en utilisant l'intérêt social comme un moyen de régulation ou d'atténuation des principes impératifs du droit des sociétés.

A cet effet, l'arrêt de la Cour suprême canadienne, considéré comme une décision révolutionnaire¹⁰⁴⁸, en ce qu'il bouleverse des nombreuses idées reçues en droit des sociétés, peut servir de repère aux juges. En effet, dans l'arrêt Magasins à rayons Peoples Inc. (syndic de) contre Wise¹⁰⁴⁹, la Cour suprême a estimé : «... qu'il ne faut pas interpréter l'expression « au mieux des intérêts de la société » comme si elle signifiait simplement « au mieux des intérêts des actionnaires...Pour déterminer s'il s'agit au mieux des intérêts de la société, il peut être légitime pour le conseil d'administration, vu l'ensemble des circonstances dans un cas donné, de tenir notamment compte des intérêts des actionnaires, des salariés, des fournisseurs, des créanciers, des consommateurs, des gouvernements et de l'environnement ».

¹⁰⁴⁷ MEUKE Berenger, « De l'intérêt social dans l'AUSCGIE de l'OHADA » ; p.7 ; ohadata D-06-24, www.ohada.com.

¹⁰⁴⁸ M. LIZEE, « le principe du meilleur intérêt de la société commerciale en droit anglais et comparé », Revue de droit de McGill, 1989, vol.34, p.653, spéc., p.678.

¹⁰⁴⁹ 2004 CSB 68 ; voir aussi pour une étude complète de cette jurisprudence et ses critiques : S. ROUSSEAU , « Sans frontières ? Les devoirs des administrateurs de sociétés par actions à la lumière de la jurisprudence récente », Cours de perfectionnement du notariat, 2006, n°1, p.101.

Il s'agit en l'espèce de savoir si la mise en place d'une nouvelle politique d'approvisionnement par les administrateurs de la société Peoples constituait une transgression des devoirs de prudence, diligence, loyauté et bonne foi.

De ce point de vue, l'intérêt social pris extensivement apparaît comme un instrument efficace pour assurer la survie de la société. Ainsi, dans l'hypothèse d'abus de minorité, la sanction du blocage vise à permettre la prise des décisions nécessaires à la survie de la société. C'est dans ce sens que s'inscrit l'arrêt Six, en date du 15 juillet 1992 selon lequel : « l'abus de minorité est caractérisé par une attitude contraire à l'intérêt général de la société, interdisant la réalisation d'une opération pour celle-ci et dans l'unique dessein de favoriser ses propres intérêts au détriment de l'ensemble des autres associés »¹⁰⁵⁰. On comprendra alors que, par cette décision les juges ont entendu assurer la survie de la société.

Au demeurant, le recours à la notion d'opération essentielle, permet d'exclure de l'abus de minorité, le blocage par les minoritaires d'une résolution permettant d'assurer le développement de la société ou son meilleur fonctionnement. Il s'y ajoute, ainsi que nous renseigne l'arrêt Flandin¹⁰⁵¹, la jurisprudence intervient aussi pour assurer la protection de la pérennité de l'entreprise. Dans cet arrêt, il a décidé que : « il y a abus de minorité, lorsque les associés minoritaires s'opposent à l'augmentation de capital qui était légalement requise et nécessaire à la survie de la société ».

Dans son rôle de régulateur des conflits d'intérêts, la jurisprudence doit se montrer sensible à la protection de la survie de la société. Ainsi à côté de l'hypothèse d'abus de minorité, il y a aussi celle de nomination d'un administrateur provisoire en cas de paralysie. Ici, la paralysie doit être telle qu'elle « empêche le fonctionnement régulier de la société et compromette les intérêts sociaux »¹⁰⁵². Si la demande de nomination d'un administrateur provisoire doit être rejetée tant que les organes sociaux fonctionnent normalement, elle doit au contraire être acceptée lorsque l'intérêt social est gravement menacé. C'est en tout cas, l'hypothèse du célèbre arrêt FRUEHAUF rendu par la Cour d'appel de Paris le 22 mai 1965¹⁰⁵³.

Il s'agit en l'espèce de la société Fruehauf-France, contrôlée par un groupe financier français, qui était contractuellement liée à la société des automobiles Berliet. Le contrat portait sur la livraison des remorques à destination de la Chine. Lorsque la société mère américaine a appris

¹⁰⁵⁰ Cass.com., 15 juillet 1992, Six, Bull. Joly sociétés, octobre 1992, p.1083 et s.

¹⁰⁵¹ Cass.com., 9 mars 1993, Flandin, Revues sociétés, janvier-mars 2000, p.36.

¹⁰⁵² Cass.com. 26 novembre 1996, RJDA. 1997, n°210, p.133.

¹⁰⁵³ CA Paris, 22 mai 1965, Fruehauf, JCP 1965, II, n°14274 bis. D.1968, p.147, note CONTIN.

la destination du matériel, elle a donné l'ordre à sa filiale française de cesser l'exécution du contrat, jugé contraire aux intérêts nationaux des Etats unis. La résiliation du contrat aurait été de nature à menacer la survie de la filiale française : la Cour d'appel de Paris estime que les incidences d'une telle rupture « seraient de nature à ruiner l'équilibre financier et le crédit moral de la société Fruehauf-France et à provoquer sa disparition et le licenciement de plus de six cents ouvriers ». Cet arrêt consacre le risque de compromission de l'intérêt social comme critère de nomination d'un administrateur provisoire, tout en adoptant la conception extensive de l'intérêt social. Une telle démarche a permis au juge d'assurer la survie de la société et de sauver des emplois.

Enfin, les juges doivent se montrer audacieux dans l'appréciation des conventions de vote de l'article 2-1 de l'AUSCGIE, tant que leur mise en œuvre doit tenir compte de la nécessité de survie de la société.

Aussi, la nécessaire conception extensive de l'intérêt social suppose la prise en compte de la responsabilité sociale de l'entreprise (B).

B- La nécessaire prise en compte de la responsabilité sociale de l'entreprise

La prise en compte de la responsabilité sociale de l'entreprise dans la définition de l'intérêt social se justifie, si on sait que la question qui se pose aujourd'hui est celle de savoir si la société et l'entreprise qu'elle abrite ne doivent plus seulement poursuivre leur intérêt et maximiser leur valeur, mais également compléter cet objectif par la recherche ou la préservation d'intérêts autres que les leurs¹⁰⁵⁴. En effet, la financiarisation de l'économie qui a pour effet que la rentabilité financière promise aux actionnaires soit un impératif de gestion au détriment de toute stratégie à long terme a conduit à une maximisation échevelée des profits pour un partage égoïste entre associés ou actionnaires. Ce qui révèle une vision très libérale et capitalistique de la société et de l'entreprise : C'est la caricature de l'homme ventru, sortant d'un déjeuner bien arrosé, un cigare fiché dans le bec¹⁰⁵⁵ !

1- Par la prise en compte de l'intérêt des parties prenantes

Aujourd'hui, au-delà de l'intérêt des actionnaires, toute entreprise doit poursuivre la satisfaction de l'intérêt commun de toutes les parties qui gravitent dans son rayon d'activité, tels les salariés, les fournisseurs, les sous-traitants ou encore les clients, tout en intégrant des préoccupations sociales, environnementales et écologiques dans ses activités. Il est heureux de constater que la Loi NRE (Nouvelles Régulations Economiques) en France du 15 mai 2001, et surtout la Loi du 31 juillet 2014 dite Loi MACRON relative à l'Economie Sociale et Solidaire, favorisent le développement de sociétés dont le but poursuivi est autre que le seul partage des bénéfices.

Philippe BARRY, consultant international sénégalais, fondateur de l'initiative RSE Sénégal (IRS), dit de cette notion qu'« elle désigne selon une définition de l'OCDE, de la Commission européenne et de l'organisation internationale ISO, la contribution des entreprises aux enjeux du développement durable et leur responsabilité vis-à-vis des impacts environnementaux et sociaux de leurs activités. Elle tend à définir une responsabilité de l'entreprise vis-à-vis de ses parties prenantes : elle implique de prendre en compte les attentes

¹⁰⁵⁴ La dernière phrase est de PORACCHIA Didier, in « Regard sur l'intérêt social », Revue des sociétés 2012, p.475, Dalloz 2015, p.3.

¹⁰⁵⁵ BICHERON F., « Influence de la RSE sur les notions d'entreprise et de la société », in Actes du Colloque sur la RSE : regards comparés sénégalais et français », PU Dakar, éd.2018, p.74.

des actionnaires, mais aussi d'un ensemble plus large d'acteurs : les salariés, les clients, les fournisseurs, les financiers, les autorités publiques, les populations locales, etc. »¹⁰⁵⁶.

A cet effet, O. Maurel¹⁰⁵⁷ propose que la question soit envisagée sous deux angles : soit on estime que la prise en considérations des parties prenantes conduit nécessairement la société à créer de la valeur sur le long terme¹⁰⁵⁸. De ce point de vue, ce qui est convenu d'appeler la responsabilité sociale de l'entreprise apparaît comme une composante de l'intérêt social¹⁰⁵⁹. Soit on estime que la société doit s'interroger sur son comportement et devrait minimiser son impact, environnemental notamment, mais également prendre en considération les intérêts des parties prenantes dans la mesure où la société a nécessairement un impact sur ces dernières.

De ce point de vue, il s'agit de reconstruire l'intérêt social en considérant que l'être moral institué pour créer de la valeur doit, intrinsèquement, poursuivre d'autres fins.

Qu'il s'agisse de l'un ou de l'autre angle, la responsabilité sociale de l'entreprise oscille entre une volonté nouvelle d'imposer certains comportements et le souci d'appuyer cette démarche comportementale sur une base volontaire, volonté qui devrait cependant être celle des entreprises car la démarche poursuivie conduirait nécessairement à une création de valeur supplémentaire.

De ce point de vue, la responsabilité sociale de l'entreprise était perçue par la commission européenne au parlement européen « comme un concept qui désigne l'intégration volontaire, par les entreprises, de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec les parties prenantes »¹⁰⁶⁰. Comme on a pu le relever à juste titre¹⁰⁶¹, cette intégration volontaire devait se réaliser car « en se préoccupant de leur responsabilité sociale, les entreprises peuvent construire une relation de confiance à long terme vis-à-vis de leurs employés, des consommateurs et des citoyens, sur laquelle ils peuvent asseoir des modèles d'entreprises durables. Des niveaux de confiance plus élevés favorisent,

¹⁰⁵⁶ BARRY Philippe, « L'Afrique sur la voie de la RSE », in *Revue Secteur Privé et Développement*, n°21, juin 2015, p.2.

¹⁰⁵⁷ « La responsabilité des entreprises en matière des droits de l'homme », Doc. Fr., coll. Les études de la CNCDH, 2009, vol. 1, p.66 et s.

¹⁰⁵⁸ E. Mackaay et S. Rousseau, « Analyse économique du droit », p.499 et s.

¹⁰⁵⁹ Recommandation « responsabilité sociale de l'entreprise », *Economica* 2011 ; *Etudes parlement européen*, « responsabilité sociale de l'entreprise-initiatives et instruments de niveau européen capables d'améliorer l'efficacité juridique dans le champ de la responsabilité sociale des entreprises », 2012, précit.

¹⁰⁶⁰ Commission (2011), 681 final, précit., p.4 rappelant la définition adoptée in Commission (2001) 366.

¹⁰⁶¹ PORACCHIA Didier, « Regard sur l'intérêt social », *Revue des sociétés* 2012, p.475, Dalloz 2015, p.3.

par voie de conséquence, l'émergence d'un environnement au sein duquel les entreprises peuvent innover et se développer ».

2- Par la prise en compte des effets exercés par l'entreprise sur la société

La responsabilité sociale de l'entreprise a pris une autre tournure, ce qui a conduit la commission à la redéfinir comme étant : « la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société ». De ce point de vue, l'intégration de cette composante dans les décisions d'entreprises suppose non pas qu'il y est de leur intérêt de respecter l'intérêt des parties prenantes, mais par ce qu'il en irait de leur responsabilité. En ce sens, la commission estime que : « pour assumer cette responsabilité, il faut au préalable que les entreprises respectent la législation en vigueur et les conventions collectives conclues entre partenaires sociaux. Afin de s'acquitter pleinement de leur responsabilité sociale, il convient que les entreprises aient engagé, en collaboration étroite avec leurs parties prenantes, un processus destiné à intégrer les préoccupations en matière environnementale, éthique, de droits de l'homme et de consommateurs dans leurs activités et leur stratégie de base ».

Le processus dont s'agit vise d'une part, à optimiser la création d'une communauté de valeur pour leurs propriétaires/actionnaires, ainsi que pour les autres parties prenantes et l'ensemble de la société, et d'autre part, à recenser, prévenir et atténuer les effets négatifs potentiels que les entreprises peuvent exercer.

Au demeurant, si la prise en considération de la responsabilité sociale de l'entreprise par une société suppose une démarche volontariste, il n'en demeure pas moins qu'elle doit alors subir les conséquences d'un tel choix, puisque, aujourd'hui, notamment en droit français, les plus grandes entreprises vont devoir s'exprimer publiquement sur ces choix¹⁰⁶².

Du reste, en droit OHADA l'article 831-2 alinéa oblige les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, lorsqu'elle se réfère volontairement à un code gouvernement d'entreprise de préciser dans leurs rapports les dispositions du code qui ont été écartées et les raisons pour lesquelles qu'elles l'ont été. Et dans l'hypothèse où elle ne se réfère pas à un code, d'indiquer les règles retenues en complément des exigences requises par la loi et explique les raisons pour lesquelles la société a décidé de n'appliquer aucune disposition de ce code de gouvernement d'entreprise.

¹⁰⁶² PORACCHIA Didier, « Regard sur l'intérêt social », Revue des sociétés 2012, p.475, Dalloz 2015, p.4.

Il faut aussi et surtout noter une avancée considérable en matière de RSE au Sénégal, notamment dans les industries extractives. En effet, dans le domaine minier par exemple, le Sénégal a adopté et mis en œuvre des lois de 1988, de 2003 et de 2015 portant code minier. L'expérience du Sénégal en matière de surveillance des codes de conduite date d'au moins une décennie, avec la mise en place en 2008 de l'initiative RSE-Sénégal par le secteur privé pour promouvoir justement la RSE et le développement durable¹⁰⁶³. On notera que depuis sa création en 2008, le Réseau RSE compte plus d'une trentaine de grandes entreprises et de petites et moyennes entreprises (PME) parmi lesquelles plusieurs compagnies minières dont entre autres : TERRANGAGOLD et IAMGOLD¹⁰⁶⁴, Grande Côte Opérations¹⁰⁶⁵ et SOCOCIM-Industries¹⁰⁶⁶.

Il existe aussi un réseau de très petites entreprises évoluant dans les filières que l'Initiative considère comme prioritaire pour le Sénégal car porteuses de valeur ajoutée industrielle nationale mais surtout fortement créatrices d'emplois et auto emplois pour les jeunes et les femmes¹⁰⁶⁷. En ce qui est des firmes de télécommunication au Sénégal, il faut dire qu'à part la SONATEL¹⁰⁶⁸, leur pratique de la RSE est moins affirmée. En effet, celle-ci n'est pas dissociée avec leurs stratégies de communication en ce qu'elles mènent du social via une campagne de publicité outrancière. On ne peut distinguer ce qui relève de la publicité et la pratique de la RSE. Ces compagnies font une politique de communication en utilisant les ressources d'information par ce qu'elles détiennent des données qui constituent de la richesse dans le contexte de la société du savoir¹⁰⁶⁹.

La Charte RSE du Sénégal comporte des lignes directrices que les industries extractives se doivent de mettre en œuvre dans le cadre de leurs activités. Il s'agit d'abord, de la nécessité pour les entreprises signataires de définir et de partager en interne et auprès de leurs parties prenantes des valeurs en lien avec l'éthique et la bonne gouvernance.

¹⁰⁶³ LY Ibrahima et un autre, « La RSE comme code de conduite dans les industries extractives », in Actes du colloque sur le thème « la responsabilité sociale de l'entreprise : regards comparés sénégalais et français », P.U. Dakar, éd. 2018, p.26.

¹⁰⁶⁴ Deux compagnies minières canadiennes en production dans le secteur aurifère.

¹⁰⁶⁵ Une compagnie australo-française en production dans le secteur du Zircon.

¹⁰⁶⁶ Une compagnie française en production dans le secteur du ciment.

¹⁰⁶⁷ BARRY Philippe, op.cit.

¹⁰⁶⁸ Société nationale de télécommunication.

¹⁰⁶⁹ DIALLO Abdoulaye, « La pratique de la responsabilité sociétale des entreprises par les firmes de télécommunication au Sénégal », in Actes du colloque sur le thème « la responsabilité sociale de l'entreprise : regards comparés sénégalais et français », P.U. Dakar, éd. 2018, p.56-57.

Ensuite, l'engagement environnemental des entreprises en lien avec la préservation des ressources naturelles, l'atténuation des pollutions et surtout le potentiel d'emplois verts que peut générer des pratiques et une politique environnementale.

Puis les bonnes pratiques des affaires contribuant au développement économique local ; le social interne¹⁰⁷⁰ et l'engagement communautaire (qui va au-delà du simple mécénat en s'impliquant dans des véritables projets RSE structurants, à fort impact. C'est notamment le cas des entreprises qui vont s'impliquer dans le projet incubateur de Thiès pour l'Economie verte (Grande Côte d'Opérations, Aéroport Blaise Diagne, etc.))¹⁰⁷¹.

3- Par l'intégration de la responsabilité sociétale dans la prise des décisions

La responsabilité sociale de l'entreprise, si elle n'est pas aujourd'hui consacrée comme une responsabilité juridique mais comme la source d'une exigence de comportement éthique, devient l'une des composantes des choix que le dirigeant doit intégrer pour prendre des décisions conformes à l'intérêt social¹⁰⁷². Il s'y ajoute qu'aujourd'hui, l'opinion juge les sociétés sur la façon dont elles appréhendent leur responsabilité environnementale et sociale.

De ce point de vue, les consommateurs utilisent de plus en plus l'arme du boycott des produits pour faire valoir leur point de vue. Par conséquent, des administrateurs peuvent se voir reprocher par des actionnaires d'une société d'avoir laissé se développer au sein de l'entreprise ou au sein de ses filiales ou parmi ses fournisseurs des pratiques contraires à l'intérêt social de la société puisqu'elles ont eu pour conséquence un boycott des produits ayant affecté l'image de l'entreprise ou son chiffre d'affaires¹⁰⁷³.

L'adoption d'une conception plus élargie de l'intérêt social permet d'assurer la pérennité et la prospérité des entreprises. A cet effet, le professeur Philippe BISSARA propose une définition de l'intérêt social. Selon cet auteur, « l'intérêt social peut ainsi se définir comme l'intérêt supérieur de la personne morale elle-même, c'est-à-dire de l'entreprise considérée comme un agent économique autonome, poursuivant des fins propres, distinctes notamment

¹⁰⁷⁰ Les entreprises doivent respecter le principe de la légalité en ce qui concerne les relations et conditions de travail et les questions liées au respect des droits humains.

¹⁰⁷¹ LY Ibrahima et un autre, op.cit.p.28.

¹⁰⁷² PORACCHIA Didier, art.précit.p.4.

¹⁰⁷³ Harvard law Review april , 1999, The securities and exchange commission and corporate social transparency Cynthia A. Williams, "Nike's earnings fell dramatically in 1998, at least in part as a result of the continuing negative publicity concerning the labor conditions in its overseas factories. Congress responded to the public outcry over child labor at offshore contractors for Nike Inc. and wal-mart Stores Inc. By adding a provision to the fiscal Year 1998 Treasury Department Appropriation to indicate that merchandise manufactured with "forced or indentured child labor" may not be imported into the united states.

de celles de ses 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 »¹⁰⁷⁴.

De façon pragmatique, la proposition de loi de décembre 2017¹⁰⁷⁵ en France, est plus contenue dans sa rédaction en prévoyant que : « la société est gérée conformément à l'intérêt de l'entreprise en tenant compte des conséquences économiques, sociales et environnementales de son activité ».

Comme l'a si bien relevé Monsieur BICHERON Frédéric¹⁰⁷⁶, « cette rédaction a pour ambition de connecter la société et l'entreprise, en obligeant le dirigeant à tenir compte des conséquences de l'activité de la société sur l'environnement économique, social et naturel. C'est un peu la victoire de l'école de Rennes qui prônait la doctrine de l'entreprise comme critère de l'intérêt social contre le seul intérêt commun des associés ». L'auteur poursuit que, ainsi par exemple, le dirigeant pourra accomplir un acte non tourné vers un unique gain économique, sans qu'il ait à craindre d'être « hors objet » par rapport à l'objet social, dès lors que l'acte est conforme à l'intérêt de l'entreprise.

On aura donc compris, qu'avec la RSE on assiste à un rôle accru des parties prenantes, une redéfinition de la société, de ses fins et de ses valeurs s'impose¹⁰⁷⁷. A cet effet, Monsieur le professeur BADJI Patrice estime que : « la société ne devrait plus se préoccuper que de la rentabilité financière, mais également de la protection des parties prenantes. Les législateurs nationaux et OHADA, en quête d'investisseurs ne pouvaient rester en marge de ce mouvement révolutionnaire »¹⁰⁷⁸. Mais outre la lutte contre le risque de manipulation (notamment lorsque l'on affiche une image morale pour attirer les consommateurs et les actionnaires)¹⁰⁷⁹, une réforme s'impose pour une véritable effectivité des normes RSE.

Cela dit, il convient afin de démontrer que la protection de l'intérêt social est difficilement atteinte d'étudier le faible recours aux mécanismes unificateurs de protection (Section II).

¹⁰⁷⁴ BISSARA P, in Rapport VIENOT sur le conseil d'administration des sociétés cotées, cit., in « l'intérêt social », Revue des sociétés, 1999, p.5.

¹⁰⁷⁵ Proposition de Loi en date du 6 décembre 2017 dite « Entreprise nouvelle et Nouvelles gouvernances ».

¹⁰⁷⁶ BICHERON F., « Influence de la RSE sur les notions d'entreprise et de la société », in Actes du Colloque sur la RSE : regards comparés sénégalais et français », PU Dakar, éd.2018, p.78.

¹⁰⁷⁷ B. François, « Reporting RSE : commentaire du décret n°2012-557 du 24 avril 2012, Rev. Sociétés 2012.607.

¹⁰⁷⁸ BADJI P., art.précit. p., in », in Actes du Colloque sur la RSE : regards comparés sénégalais et français », PU Dakar, éd.2018, p.124.

¹⁰⁷⁹ V.F. BUY, J. THERON, « L'éthique de l'entreprise », op.cit., n°1.

Section II : Le faible recours aux mécanismes unificateurs

Une protection efficace de l'intérêt social est difficilement atteinte en droit OHADA du fait d'un faible recours aux mécanismes unificateurs. En effet, la jurisprudence a progressivement dégagé, dans le silence même de la loi, toute une série de principes généraux du droit qui ont vocation à gouverner l'ensemble de notre système juridique, au moins de droit privé¹⁰⁸⁰ : il en est ainsi, par exemple, du principe selon lequel la fraude corrompt tout, ou encore, plus récemment, celui selon lequel nul ne saurait se contredire au détriment d'autrui¹⁰⁸¹.

Aussi, le recours aux codes de bonne conduite contribue-t-il à apporter une protection plus efficace à l'intérêt social.

Dans le cadre de cette section, le faible recours aux mécanismes unificateurs sera décliné sous deux angles. D'abord, par la réception progressive du principe de loyauté (Paragraphe I). Ensuite, par la réception timide des codes de bonne conduite (Paragraphe II).

¹⁰⁸⁰ N. Molfessis, La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation, RTD civ. 2001, p. 699.

¹⁰⁸¹ MESTRE J., « Droit des sociétés et principes généraux du droit », inédit, p.1.

Paragraphe I : La réception progressive du principe de loyauté

La loyauté est avant tout une vertu morale : la plus haute des qualités selon Cicéron qui la place bien au-dessus de l'habileté parce qu'elle inspire puis conserve la confiance¹⁰⁸². La loyauté exige de ni nuire, ni mentir ou tromper. Fondamentalement, elle exclut la duplicité c'est-à-dire l'attitude double¹⁰⁸³. De ce fait, la loyauté apparaît comme un excellent instrument de gestion de conflits d'intérêts en ce qu'une personne ne peut agir à la fois au titre d'un intérêt supérieur et pour son propre compte. La loyauté implique une unité de comportement que le conflit d'intérêts remet en cause. Ainsi, l'exigence de loyauté constitue un mécanisme important de protection de l'intérêt social, en ce qu'elle permet de prévenir les conflits d'intérêts-ici opposition entre l'intérêt social et l'intérêt du dirigeant ou de l'associé-.

La réception progressive du principe de loyauté en droit OHADA des sociétés commerciales est certaine si on scrute minutieusement les dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. En effet, l'examen de ses dispositions permet de déceler la consécration d'une double exigence de loyauté : d'une part, des dirigeants à l'égard de la société et des associés, et d'autre part, des associés à l'égard de la société. De ce fait, le droit des sociétés est de plus en plus réceptif à l'exigence de loyauté, notamment à l'égard des dirigeants¹⁰⁸⁴.

On a pu considérer à juste titre que : « le manquement à une exigence de loyauté » constitue le fondement de la prohibition des conflits d'intérêts dans l'ensemble du droit privé, puisque « la loyauté implique une unité de comportement que le conflit d'intérêts remet en cause. Peu importe que soient visées la bonne foi, la neutralité, l'impartialité ou l'objectivité du professionnel, c'est toujours la même exigence de loyauté qui est requise et le même comportement qui est stigmatisé : l'attitude qui consiste pour une personne à privilégier ses intérêts propres au détriment d'intérêts supérieurs »¹⁰⁸⁵.

Il convient dans le cadre de ce paragraphe de voir d'une part, la consécration de l'exigence de loyauté comme mécanisme de prévention de conflits d'intérêts (A), et d'autre part, l'institution des mécanismes sanctionnant la violation de l'exigence de loyauté (B).

¹⁰⁸² Cicéron, *De officiis*, Livre II, IX.

¹⁰⁸³ L. Aynès, *L'obligation de loyauté*, APD t. 44, Dalloz, 1999. 197.

¹⁰⁸⁴ Voir à cet égard : I. Grossi, *Les devoirs des dirigeants sociaux, bilan et perspectives*, th. dact. Aix, 1998 ; K. Grévin-Lemerrier, *Le devoir de loyauté en droit des sociétés*, th. dact. Rennes I, 2011, à paraître aux Presses univ. Aix-Marseille.

¹⁰⁸⁵ P.-F. Cuif, *Le conflit d'intérêts, essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé*, RTD com. 2005. 1, n°14 à 28.

A- La consécration de l'exigence de loyauté comme mécanisme de prévention des conflits d'intérêts

La réception du principe de loyauté en droit OHADA des sociétés commerciales trouve sa justification dans le fait que de plus en plus, les hypothèses de conflits d'intérêts se sont multipliées et qui placent les dirigeants ou encore certains associés importants dans des situations délicates, où intérêt social et intérêt personnel viennent directement en concurrence sur une même tête. C'est ainsi que, l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales du groupement d'intérêt économique, consacre divers cas dans lesquels le dirigeant est tenu d'une obligation de loyauté dans une perspective préventive.

Prenant ses fonctions, le dirigeant de la société prête allégeance à l'entreprise et prend acte de ce que les intérêts de la société et de ses actionnaires doivent prévaloir sur ses intérêts personnels. Le principe fondamental à respecter est que le dirigeant ne doit jamais profiter de sa position pour réaliser un profit personnel ou bénéficier d'un autre avantage personnel.

La gestion de la société par ses dirigeants est, en effet, l'occasion de l'apparition de conflits d'intérêts : le dirigeant social est tenté d'abuser de sa position afin de satisfaire ses intérêts personnels au détriment de l'intérêt social¹⁰⁸⁶; il est donc susceptible de se placer dans une situation de conflit d'intérêts. Le législateur a très tôt soumis les conventions conclues entre la société et ses dirigeants à l'autorisation d'un organe social. C'est dans cette optique que s'inscrivent les articles 350 et suivants de l'Acte uniforme. En effet, en matière de conventions règlementées dans les SARL, l'article 350 précise qu'il appartient à l'assemblée générale de se prononcer sur les conventions intervenues directement ou par personnes interposées entre la société et l'un de ses gérants ou associés.

La soumission à autorisation est étendue aux conventions intervenues avec d'une part, une entreprise individuelle dont le propriétaire est simultanément gérant ou associé de la société à responsabilité limitée, et d'autre part, une société dont un associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, directeur général, administrateur ou autre dirigeant social est simultanément gérant ou associé de la société à responsabilité limitée. Quant à l'article 351, il impose au gérant une obligation de révéler au commissaire aux comptes, l'existence des conventions règlementées.

¹⁰⁸⁶ A.SMITH, "The wealth of nations", (1776), trad.fr. G.Garnier, Paris 1843, p.700.

Du reste, l'article 354 fortifie l'édifice en excluant du vote de la délibération, l'associé intéressé, et la non prise en compte de ses voix dans le calcul du quorum. Ainsi, au-delà des conditions, tant de fond que procédurales entourant ces conventions, il est clair que l'on n'attend pas du dirigeant de la société commerciale qu'il soit indépendant vis-à-vis d'autres intérêts ; on attend de lui, plus positivement, qu'il soit loyal à l'égard de la société qu'il dirige¹⁰⁸⁷.

Le même édifice est prévu dans les sociétés anonymes où l'article 438 soumet à autorisation préalable du conseil d'administration, toute convention entre une société anonyme et l'un de ses administrateurs, directeurs généraux ou directeurs généraux adjoints. Il en est ainsi de la convention entre la société et un actionnaire détenant une participation supérieure ou égale à 10% du capital social, ou celle dans laquelle ces personnes sont indirectement intéressées, ou celle par laquelle elles traitent avec la société par personne interposée, etc. Comme dans la SARL, une obligation de révélation au conseil d'administration de ces conventions est imposée aux personnes intéressées ainsi que l'exclusion à la participation au vote¹⁰⁸⁸. Avec l'obligation de révélation, il apparaît alors que, c'est moins l'intérêt lui-même qui est soupçonné que son caractère occulte. Il s'y ajoute que, l'autorisation présente le mérite d'éviter les paralysies résultant d'une situation de conflit d'intérêts ; puisqu'elle constitue une simple faculté, elle permet d'apprécier les risques en présence : de les accepter ou de les refuser¹⁰⁸⁹.

Dans le même ordre d'idées, la consécration du principe de loyauté peut être déduite de façon plus affirmée des articles 161 à 165 de l'AUSCGIE consacrant la responsabilité des dirigeants sociaux tant à l'égard des tiers qu'à l'égard de la société et des associés. Plus palpant est l'article 891 qui réprime l'abus des biens et/ou du crédit de la société.

Le même constat peut être fait dans les hypothèses de la mesure judiciaire de nomination d'un mandataire *ad hoc*. En effet, le droit OHADA, dans un souci de loyauté, retient des traitements spécifiques des conflits d'intérêts, notamment destinés à protéger l'intérêt social lorsque celui-ci se trouve menacé. Les hypothèses de la nomination d'un mandataire *ad hoc* en droit OHADA sont diverses et éparées. On retiendra celles des articles 36¹⁰⁹⁰ sur la

¹⁰⁸⁷ MORET-BAILLY Joël, « Définir les conflits d'intérêts », Recueil Dalloz 2011, p.4.

¹⁰⁸⁸ Article 440 de l'AUSCGIE.

¹⁰⁸⁹ Pierre-François Cuif, « le conflit d'intérêts : essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », RTD.com. 2005, p.1, p.6.

¹⁰⁹⁰ Les articles en question sont ceux de l'AUSCGIE révisé.

prorogation de la société, l'article 125 sur le vote des décisions collectives, l'article 126 relatif à la représentation, l'article 127 sur le désaccord entre copropriétaires, l'article 131 relatif à l'abus de minorité ou d'égalité, l'article 167 relatif à l'exercice de l'action sociale et les articles 150, 153, 157, 159 relatifs à la procédure d'alerte et à l'expertise de gestion.

Aussi, pour les « *principles of corporate governance* », « l'important est de pouvoir identifier chaque situation où deux intérêts sont en conflit, en particulier celui des dirigeants sociaux et celui de la société, pour pouvoir, dans un second temps, mieux contrôler cette situation de conflit. Et, de deux choses l'une, soit la situation de conflit révèle un manque de loyauté du dirigeant vis-à-vis de sa société, et elle doit donc être annulée, soit elle n'en révèle pas, et l'on peut alors considérer que la société retire profit de cette situation, dans les mêmes conditions que si elle avait contracté avec un tiers »¹⁰⁹¹. A cet égard, une obligation d'information s'impose au dirigeant ou à l'associé intéressé.

Dans le même ordre d'idées, la réception du principe de loyauté en droit des sociétés commerciales de l'OHADA peut être déduite de l'obligation pour le dirigeant d'une société cotée de ne pas profiter d'informations encore confidentielles dont il serait en possession¹⁰⁹². Il en est ainsi de l'obligation pour ce même dirigeant, lorsque la société est la cible d'une offre publique d'achat ou d'échange, de conseiller à travers un avis objectif les actionnaires auxquels l'offre est ainsi adressée. A cet égard, ce dirigeant ne devra pas leur conseiller d'accepter une offre qui serait avantageuse pour lui mais néfaste pour les associés, ou encore qu'il ne devra pas combattre une offre qui serait conforme à l'intérêt des actionnaires¹⁰⁹³.

Aussi, le dirigeant a-t-il l'obligation de ne pas développer au cours de son mandat social une activité concurrente qui le détournerait nécessairement de la défense exclusive des intérêts de la société qu'il dirige. Ainsi, la jurisprudence de l'espace OHADA peut utilement s'inspirer de son homologue française pour l'application du principe de loyauté en droit des sociétés, la plupart des dispositions consacrant le principe de loyauté étant identiques à quelques exceptions près). La protection de l'intérêt social y gagnera indéniablement.

Ainsi, la jurisprudence française a développé une importante littérature sur l'obligation pour le dirigeant qui acquiert des titres sociaux de faire preuve de loyauté envers l'associé cédant.

¹⁰⁹¹ V. Magnier, art.préc., à propos des principes américains de *corporate governance*.

¹⁰⁹² Voir à cet égard, pour la constitution et les sanctions, la partie réservée au délit d'initié, p.77 et suivantes.

¹⁰⁹³ CA Paris, 1^{re} ch., sect. H, 19 oct. 1999, n° RG : 1999/11171, Bull. Joly Sociétés 2000, p. 293, note A. Couret.

Ce devoir de loyauté a été pour la première fois visé par le célèbre arrêt *Vilgrain* rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation en 1996¹⁰⁹⁴.

Dans cette affaire, l'actionnaire d'une SA s'était rapproché du président en lui demandant de bien vouloir lui indiquer un ou plusieurs acquéreurs éventuels et le prix qui pourrait en être obtenu. Or, alors que ce dirigeant connaissait une société intéressée par cette acquisition, il avait préféré s'interposer en se portant lui-même acquéreur des titres au prix unitaire de 3 000 francs, avant de les revendre quatre jours plus tard au prix unitaire de 8 000 francs. Sa responsabilité envers l'actionnaire cédant a finalement été retenue par les juges du fond sur le fondement d'une réticence dolosive fautive, avec l'approbation de la Cour de cassation : « M. V. [le dirigeant] a manqué au devoir de loyauté qui s'impose au dirigeant d'une société à l'égard de tout associé, en particulier lorsqu'il est intermédiaire pour le reclassement de sa participation ».

Aussi, l'obligation de loyauté a-t-elle plus récemment conduit à une nouvelle exigence : celle de ne pas capter à son profit et au détriment de la société les simples opportunités d'affaires qu'il décèlerait dans la conduite de la société¹⁰⁹⁵. En effet, la Cour de cassation a, dans un cas, évoqué l'obligation de loyauté et aussi de fidélité pesant sur le gérant de SARL et lui interdisant de négocier, en qualité de gérant d'une autre société, un marché dans le même domaine d'activité¹⁰⁹⁶.

A l'égard de l'associé, l'exigence de loyauté peut se présenter sous forme d'abstention d'actes de concurrence déloyaux envers la société (sans toutefois être de plein droit tenu de s'abstenir d'exercer une activité concurrente de celle de la société¹⁰⁹⁷ ; en d'autres termes, en l'absence de clause de non-concurrence à son endroit, l'associé peut concurrencer la société, mais pas de façon déloyale¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹⁴ Cass. com., 27 févr. 1996, n° 94-11.241, Bull. civ. IV, n° 65, JCP G 1996, I, n° 22665, note J. Ghestin, D. 1996, p. 518, note Ph. Malaurie, RTD civ. 1997, p. 114, obs. J. Mestre., voir aussi : Cass. com., 6 mai 2008, n° 07-13.198 ; Cass. 1^{re} civ., 25 mars 2010, n° 08-13.060 ; Cass. com., 12 mars 2013, n° 12-11.970, RTD civ. 2013, p. 373, obs. B. Fages et H. Barbier ; Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-21.547 et n° 08-21.793, JCP E 2010, n° 1483, note S. Schiller, Rev. sociétés 2010, p. 203, note H. Le Nabasque, Bull. Joly Sociétés 2010, p. 537, note D. Schmidt, RTD com. 2010, p. 547, obs. N. Rontchevsky.

¹⁰⁹⁵ J. MESTRE, art. précit. p. 11.

¹⁰⁹⁶ Cass. com., 15 nov. 2011, n° 10-15.049, Bull. civ. IV, n° 188, RLDA 2012/67, n° 3810, obs. I. Mpindi, D. 2012, p. 134, note T. Favario, RTD com. 2012, p. 134, obs. A. Constantin, Rev. sociétés 2012, p. 292, note L. Godon

¹⁰⁹⁷ J. MESTRE, art. précit. p. 12.

¹⁰⁹⁸ Cass. com., 15 nov. 2011, n° 10-15.049, Bull. civ. IV, n° 188, D. 2011, p. 2865, obs. A. Lienhard, JCP E 2011, n° 1893, note A. Couret et B. Dondero ; Cass. com., 19 mars 2013, n° 12-14.407, JCP E 2013, n° 1258,

Dans le même ordre d'idées, l'interdiction d'abus dans la prise des décisions collectives suppose que les associés soient tenus d'une obligation de loyauté à l'égard de la société¹⁰⁹⁹.

Cela dit, il convient de préciser que la violation de l'exigence de loyauté appelle des sanctions qui sont prévues dans l'Acte uniforme (B).

note R. Mortier, D. 2013, p. 1172, obs. M. Pietton ; Cass. com., 10 sept. 2013, JCP E 2013, n° 1521) ; Cass.com., 8 mars 2014, n°13-11650, Bull.Joly Sociétés 2014, p.452, indiquant que lorsque les désaccords ont été portés à la connaissance du dirigeant et que la société, associé unique, qui va le révoquer a recueilli les observations de ce dirigeant, cette société a respecté son devoir de loyauté.

¹⁰⁹⁹ Voir à cet égard, les articles 130 et 131 de l'AUSCGIE.

B- L'institution des sanctions à la violation de l'exigence de loyauté

Le législateur OHADA a prévu dans un souci d'efficacité dans la protection de l'intérêt social, des sanctions à la violation de l'exigence de loyauté. Il s'agit d'une part, des sanctions applicables à l'auteur de la violation, et d'autre part, des sanctions applicables à l'acte pris en violation de cette exigence.

D'abord, en ce qui est des sanctions applicables à l'auteur de la violation, figurent au premier rang, la responsabilité qui peut être civile ou pénale. En ce qui est de la première, l'article 161 de l'AUSCGIE précise 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 ... ». Il s'agit d'une action individuelle permettant la réparation du préjudice subi par un tiers ou par un associé, lorsque celui-ci subit un préjudice distinct du préjudice que subit la société, du fait de la faute commise individuellement ou collectivement par les dirigeants sociaux dans l'exercice de leurs fonctions¹¹⁰⁰.

Aussi, l'article 165 de l'AUSCGIE prévoit-il que : « chaque dirigeant est responsable individuellement envers la société, des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions ». L'action sociale vise la réparation du dommage subi par la société du fait de la faute commise par le ou les dirigeants sociaux dans l'exercice de leurs fonctions¹¹⁰¹. Qu'il s'agisse de l'action individuelle ou de l'action sociale, le législateur entend par la responsabilité du dirigeant social, sanctionner les fautes qui pourraient être des résultantes d'une violation du devoir de loyauté.

Des dispositions particulières existent aussi, et qui consacrent la responsabilité des dirigeants sociaux. Il en est ainsi de l'article 330 de l'AUSCGIE qui consacre la responsabilité des gérants de la SARL envers la société ou envers le tiers du fait soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leurs fonctions. Il en est ainsi de l'article 740 de l'AUSCGIE qui consacre la responsabilité des administrateurs, etc.

Plus spécifiquement, en matière de conventions passées avec la société, la violation de l'exigence de loyauté appelle des sanctions certaines. En effet, aux termes de l'article 355 de l'AUSCGIE applicable aux SARL : « les conventions non approuvées par l'assemblée

¹¹⁰⁰ Article 165 de l'AUSCGIE.

¹¹⁰¹ Article 166 de l'AUSCGIE.

produisent néanmoins leurs effets à charge pour le gérant ou l'associé contractant de supporter les conséquences du contrat préjudiciables à la société ». Quant à l'article 444 de l'AUSCGIE relatif aux SA, il dispose que : « sans préjudice de la responsabilité de l'intéressé, les conventions visées à l'article 438 et conclues sans autorisation préalable du conseil d'administration peuvent être annulées si elles ont eu des conséquences dommageables pour la société ». Il s'agit donc d'un dispositif important, par lequel, le législateur entend sanctionner la violation de l'exigence d'autorisation où sous-entend une exigence de loyauté.

A la responsabilité civile, s'ajoute la responsabilité pénale comme mécanisme de protection de l'intérêt social inspiré du principe de loyauté. En effet, l'exigence de loyauté supposant aussi que les dirigeants sociaux agissent de manière transparente, l'article 890 de l'AUSCGIE incrimine la publication ou la présentation de faux états financiers annuels de synthèse.

Dans le même ordre d'idées, l'article 891 de l'AUSCGIE incrimine l'abus des biens sociaux et/ou du crédit de la société. En effet, l'abus des biens sociaux suppose nécessairement que le dirigeant ait agi dans son intérêt personnel au détriment de l'intérêt social. Ainsi, l'abus des biens sociaux est réalisé dès lors qu'il y a un usage des biens ou du crédit contraire à l'intérêt social, à condition tout simplement : que le dirigeant ait conscience du caractère contraire à l'intérêt social de ses agissements et de la volonté d'enfreindre la loi. Cela suppose donc que le dirigeant ait agi à des fins personnelles, matérielles ou morales ou pour favoriser une autre personne morale dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement.

De ce point de vue, cette infraction apparaît comme une sanction à la violation du devoir de loyauté imposé au dirigeant à l'égard de la société en ce qu'elle suppose une mauvaise foi de la part de ce dernier.

Il faut et surtout inscrire dans cette logique, l'article 183 de l'AUPC qui dispose que : « lorsque le redressement judiciaire ou la liquidation des biens d'une personne morale, fait apparaître une insuffisance d'actif, la juridiction compétente peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance, décider...que les dettes de la personne morale sont supportées en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants ou certains d'entre eux ». Il en est ainsi de l'article 189 traitant de l'extension de la procédure collective aux dirigeants des personnes morales ou des articles 194 et suivants traitant de la faillite personnelle, ou encore des articles 226 et suivants traitant de la banqueroute.

Enfin, on peut aussi regarder comme contribuant à la sanction de la violation de l'exigence de loyauté, la révocation du dirigeant pour justes motifs¹¹⁰², l'exercice de l'action ut singuli¹¹⁰³.

A côté des sanctions de la violation de l'exigence de la loyauté applicables aux auteurs, s'ajoutent celles pouvant être appliquées à l'acte lui-même. En effet, celui qui se trouve dans une situation de conflit d'intérêts conclut une convention ou exerce son droit de vote dans son intérêt personnel. Un même principe doit s'appliquer dans ces circonstances et conduire le plus souvent à la nullité de l'acte. Mais la nullité n'est pas toujours la sanction adéquate, notamment parce qu'elle prive souvent la partie « innocente » de l'opération escomptée. C'est pourquoi, il pourrait être utile de recourir à d'autres modes de sanction de manière à priver l'auteur du conflit de l'avantage recherché sans pour autant remettre en cause l'acte accompli¹¹⁰⁴.

En matière des conventions avec la société en droit OHADA, il faut inscrire l'article 440 dernier alinéa de l'AUSCGIE aux termes duquel : « les délibérations portant approbation des conventions visées à l'article 438 sont nulles lorsqu'elles sont prises à défaut du rapport spécial du commissaire aux comptes. Elles peuvent être annulées dans le cas où le rapport du commissaire aux comptes ne contient pas des informations prévues au présent article ».

Pour que la nullité ne prive pas la partie « innocente » de l'opération escomptée, l'article 443 rajoute que : « les conventions approuvées ou désapprouvées par l'assemblée générale ordinaire produisent tous leurs effets à l'égard des contractants et des tiers sauf lorsqu'elles sont annulées pour fraude. Toutefois et même en l'absence de fraude, les conséquences dommageables pour la société des conventions règlementées (désapprouvées ?), notamment les pertes subies par la société et les bénéfices indus tirés de la convention, peuvent être mis à la charge de l'administrateur, du directeur général, du directeur général adjoint ou de l'actionnaire intéressé et, éventuellement, des autres membres du conseil d'administration ». L'article 444 s'inscrit dans la même logique.

On peut également, en matière de conventions interdites évoquer l'article 450 qui, à peine de nullité, interdit aux administrateurs, aux directeurs généraux et aux directeurs généraux adjoints ainsi qu'à leurs conjoints, ascendants ou descendants et aux autres personnes

¹¹⁰² Voir (AUSCGIE) les articles 279 et s. pour la SNC ; article 298 pour la SCS ; article 326 pour la SARL, articles 433, 492, 509 etc. dans la SA.

¹¹⁰³ Articles 165 et s. de l'AUSCGIE.

¹¹⁰⁴ CUIF Pierre-François, « Le conflit d'intérêts : essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », RTD.com, 2005, p.18, n°69.

interposées, de contracter sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert en compte-courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elles leurs engagements envers les tiers.

Le même dispositif est prévu aux articles 502 et suivants applicables aux sociétés anonymes avec administrateur général, ainsi qu'aux articles 350 et suivants applicables aux sociétés à responsabilité limitée.

En tout, on peut déduire de la réception progressive du principe de loyauté en droit des sociétés commerciales OHADA et de l'institution des sanctions à la violation de ce principe. Du principe éthique ou moral, le principe de loyauté trouve en droit OHADA, une consécration légale dont la violation est assortie de sanctions.

Il convient à présent de scruter la réception timide des codes de bonne conduite (Paragraphe II).

Paragraphe II : La réception timide des codes de bonne conduite

Une protection efficace de l'intérêt social suppose le recours par les entreprises des codes de bonne conduite. En effet, aujourd'hui, il n'est un secret pour personne que « la corporate governance » recommande le recours aux codes de bonne conduite. Il convient d'observer à cet égard que, dans son essence, la « corporate governance » est appréhendée aux Etats-Unis et en Grande Bretagne¹¹⁰⁵ comme étant une pratique, un code de bonne conduite formulé par les professionnels sous une approche d'autorégulation : « le bon usage de la corporate governance ne se conçoit pas en dehors de son aspect de pure et simple recommandation, il ne nécessite donc pas, par principe, de modification législative, sinon dans le cadre de l'assouplissement de ce qui existe »¹¹⁰⁶.

De ce point de vue, la « corporate governance » est du domaine de la déontologie et de l'autorégulation. Ainsi, dans le cadre des sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, l'autorégulation est envisagée comme le modèle le plus adapté, en ce qui concerne l'application des principes du gouvernement d'entreprise.

En droit OHADA, l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales n'évoque le code de gouvernement d'entreprise que dans un seul article. En effet, l'article 831-2 qui traite du contenu du rapport du président du conseil d'administration des sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, précise que : « lorsqu'une société se réfère volontairement à un code de gouvernement d'entreprise élaboré par les organisations représentatives des entreprises..., le rapport prévu précise également les dispositions qui ont été écartées et les raisons pour lesquelles elles l'ont été.... Si une société ne se réfère pas à un tel code de gouvernement d'entreprise, ce rapport indique les règles retenues en complément des exigences requises par la loi et explique les raisons pour lesquelles la société a décidé de n'appliquer aucune disposition de ce code de gouvernement d'entreprise ».

Il en résulte donc, en droit OHADA, que le code de gouvernement d'entreprise n'est évoqué qu'en ce qui concerne les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé et plus spécifiquement en matière de rapport du président du conseil d'administration. De surcroît, aucune recommandation en faveur du code de bonne gouvernance d'entreprise n'a été faite en ce qui concerne les sociétés non cotées.

¹¹⁰⁵ A.TUNC, « Le gouvernement des sociétés anonymes, le mouvement de réforme aux Etats-Unis et au Royaume Uni », Revue internationale du droit comparé, janvier-mars 1994, p.59.

¹¹⁰⁶ P. Le CANNU, « Légitimité du pouvoir et efficacité du contrôle dans les sociétés par actions », chron. Bull. Joly sociétés 1995, p.637, §227.

Or comme nous l'avions dit, les codes de bonne gouvernance d'entreprise peuvent servir d'excellents instruments de prévention de conflits d'intérêts dans les sociétés commerciales. En effet, par l'exigence de la loyauté et de la transparence qu'ils prônent, les codes de gouvernement d'entreprise apparaissent comme un mécanisme efficace de protection de l'intérêt social tant dans les sociétés cotées que dans les sociétés non cotées.

Il convient donc de relever d'une part, que le recours aux codes de bonne conduite est facultatif (A), et d'autre part, que les codes de bonne conduite n'ont pas de caractère contraignant (B).

A- Le caractère facultatif du recours aux codes de bonne conduite

Le caractère facultatif du recours aux codes de bonne conduite en droit OHADA des sociétés commerciales résulte de l'article 831-2 de l'AUSCGIE. En effet, si on s'en tient à cet article, les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé indiquent dans leur rapport, si elles se réfèrent à un code de gouvernement d'entreprise, d'une part, les dispositions du code auxquelles elles se sont référées, et de préciser celles qu'elles ont écartées, et le cas échéant, les raisons pour lesquelles elles l'ont été, et d'autre part, si elles ne se réfèrent pas à un code de gouvernement d'entreprise, d'indiquer le motif, et les dispositions prises en complément.

1- La limitation regrettable du recours au code de bonne conduite aux seules sociétés cotées

Le recours aux codes de bonne conduite n'est envisagé qu'en ce qui concerne les seules sociétés cotées, l'Acte uniforme n'envisageant pas cette possibilité pour les sociétés non cotées. Si même dans ce dernier cas, le recours est facultatif, il a été souligné à juste titre¹¹⁰⁷ que, la tournure utilisée par le législateur est une stratégie qui contraint, sans le dire, les dirigeants à adopter les prescriptions de la « corporate governance ». Il serait plus difficile pour un président du conseil d'administration de vouloir justifier le non-respect du code de gouvernement d'entreprise. C'est un moyen de pression qui ne le dit pas et qui s'est déjà avéré très efficace en droit américain et français de la « corporate governance ».

De ce point de vue, l'Acte uniforme consacre le principe « appliquer ou expliquer » qui s'inscrit dans la droite ligne de ce qu'il était convenu d'appeler la « soft law » ou le droit souple à la croisée de l'auto-régulation et de l'encadrement de l'information. De ce principe, le législateur entend donner aux sociétés commerciales une alternative : « la première branche de l'alternative (*comply*) » aboutit « à un conformisme alors que le deuxième terme *explain* exprime une liberté et donne à chacun le droit de créer sa propre règle de droit »¹¹⁰⁸ ou peut-être, selon Isabelle Urbain-Parleani, de prendre en compte la spécificité de l'entreprise pour adapter la préconisation applicable¹¹⁰⁹.

Ainsi que nous l'avons relevé, d'autres organisations prévoient aussi le recours aux codes de bonne gouvernance. A cet effet, dans l'espace UMOA, le code d'éthique et de déontologie

¹¹⁰⁷ Commentaires sous l'article 831-2 de l'AUSCGIE.

¹¹⁰⁸ A. Couret, art. préc.

¹¹⁰⁹ In « l'amélioration de l'information sur la gouvernance des entreprises », Revue des sociétés 2013 p. 393

applicable au président et au vice président de la BOAD en vue d'assurer une protection à l'entité à travers la prévention du conflit d'intérêts explique que ce dernier : « naît des situations où des intérêts privés ou personnels du président ou du vice président de la BOAD peuvent influencer leur impartialité et leur objectivité »¹¹¹⁰. Il faut entendre ici par intérêt privé ou personnel, un avantage réel ou potentiel pour le membre concerné, sa famille, ses autres parents ou le cercle de ses amis ou connaissances.

Dans le cadre de cette organisation, les règles d'éthique et de loyauté sont érigées en principes généraux afin de protéger les intérêts de l'institution. Il en est ainsi du Règlement général relatif à l'organisation, au fonctionnement et au contrôle du marché financier régional de l'UMOA. En effet, ce Règlement consacre son Titre II aux principes déontologiques.

Aux termes de l'article 5 de ce Règlement : « toutes les activités exercées par les structures de marché et les intervenants commerciaux, directement ou par l'intermédiaire de leurs filiales, doivent être accomplies avec diligence, loyauté, neutralité et impartialité ». Cette disposition, en imposant aux intervenants d'agir avec diligence, loyauté, neutralité et impartialité, permet de prévenir de façon efficace les conflits d'intérêts. Il s'y ajoute que, vis-à-vis de leurs clients, les intervenants commerciaux doivent agir, dans l'exercice de leur activité avec loyauté et équité ainsi qu'avec la compétence, le soin, la diligence qui s'imposent au mieux des intérêts de ces derniers et de l'intégrité du marché¹¹¹¹.

Mieux, le Règlement exige expressément des sociétés postulant aux fonctions de Bourse de valeurs mobilières et de Dépositaire Central/Banque de règlement d'adopter un code de déontologie à l'usage de leurs employés et des personnes agissant pour leur compte¹¹¹².

Dans la même logique, le Règlement général de la Bourse Régionale des Valeurs Mobilières (BRVM) doit contenir des dispositions destinées à promouvoir des principes de transparence, d'équité, de loyauté et de sincérité dans les négociations boursières¹¹¹³. Comme nous l'avions souligné plus haut, de ce que dans l'un comme dans l'autre cas, les termes utilisés par le Règlement sont impératifs, on peut affirmer sans risque de se tromper que ces dispositions sont obligatoires.

¹¹¹⁰ Article 13 du code d'éthique et de déontologie applicable au président et au vice président de la BOAD.

¹¹¹¹ Article 6 du Règlement général relatif à l'organisation, au fonctionnement et au contrôle du marché financier régional de l'UMOA.

¹¹¹² Article 16-e).

¹¹¹³ Article 18-b).

L'article 23 du même Règlement recommande que : « les intervenants commerciaux adoptent les structures juridiques, humaines et techniques permettant, en cas de fonctions susceptibles d'emporter conflits d'intérêts, le respect des principes déontologiques définis au présent Règlement général ». Il s'agit à travers cette disposition de garantir l'indépendance des intervenants commerciaux. Cela est corroboré par l'alinéa suivant aux termes duquel : « les fonctions de négociation, de gestion et de comptabilisation des opérations sont assurées selon les règles et procédures propres à garantir leur indépendance ». On comprendra que l'indépendance est l'allié naturel de l'objectivité et par voie de conséquence un pan supplémentaire dans la protection de l'intérêt du marché.

Au regard de ce qui précède, il est indéniable que les codes de bonne conduite, constituent aujourd'hui, des mécanismes importants de prévention des conflits d'intérêts tant dans les sociétés cotées que dans les sociétés non cotées.

De ce point de vue, ils apparaissent comme un facteur déterminant au domaine de la prévention des conflits d'intérêts qui sont susceptibles d'entraver le bon fonctionnement d'une société non cotée, et ouvrent des nouveaux horizons à leur compétitivité et leur évolution économique, par ce qu'une bonne pratique du gouvernement d'entreprise rend l'accès aux financements extérieurs considérablement faciles.

Force est donc de constater que, les besoins de financement des sociétés par actions en général, que celles-ci soient cotées ou non, ne peuvent être satisfaits que par perfectionnement des moyens de contrôle et de l'information sur la gestion, susceptibles d'attirer la confiance de nouveaux bailleurs de fonds.

C'est dans ce cadre que l'Institut Sénégalais des Administrateurs a élaboré en 2008, un code de gouvernance d'entreprise en vue de renforcer et de moderniser les principes de bonne gouvernance d'entreprise. Il s'agit à travers ce code de s'appuyer sur certains principes de base de la « corporate governance » notamment : l'intégrité des dirigeants, la définition claire et respectée des rôles entre l'assemblée des actionnaires, le conseil d'administration et la direction générale, le respect des droits des actionnaires et l'égalité dans leur traitement.

S'il est vrai que l'Acte uniforme consacre ces principes essentiels, il n'en demeure pas moins que, les codes de bonne conduite contribueraient à leur bonne mise en application. En tant qu'ensemble des règles de bonne conduite de l'entreprise, le code de gouvernement d'entreprise permet de préciser les dispositions de l'Acte uniforme, qui lui est le texte de base.

De ce point de vue, le code permet d'organiser plus efficacement le fonctionnement et le processus de décision des instances les plus importantes : l'assemblée des actionnaires, le conseil d'administration et la direction générale.

2- La portée recommandatoire du code de bonne conduite

Tel que conçu, le code de bonne conduite n'est pas un texte de loi supplémentaire, il se borne à faire des recommandations aux entreprises. A cet effet, toutes les entreprises peuvent normalement adhérer à ce dernier. Au Sénégal, le code de l'ISA est recommandé aux entreprises les plus importantes, entités d'intérêt public qui se doivent d'être exemplaires. Ainsi, sont concernées : les sociétés contrôlées par l'Etat ou dans lesquelles l'Etat a une participation ou un rôle significatifs ; les sociétés liées à l'énergie et aux matières premières ; les grandes sociétés industrielles ou de service ; les sociétés cotées ; les banques, les compagnies d'assurance ; les mutuelles d'assurances, les institutions de prévoyance ; les sociétés d'investissements, les fonds de pension ; les grandes associations et les fondations bénéficiant de subvention ou de générosité publique.

Il s'y ajoute, dans le même cadre, que des chartes d'administrateurs peuvent être élaborées. Cela permettra de réduire autant que peut se faire le risque de conflits d'intérêts et d'assurer une protection efficace à l'intérêt social. Pour s'en convaincre, il convient d'évoquer l'article 1^{er} de la Charte de l'ISA qui dispose que : « l'administrateur doit agir en toute circonstance dans l'intérêt social de l'entreprise. Il doit, quelque soit son mode de désignation, se considérer comme représentant de l'ensemble des actionnaires. Il prend en compte les attentes des autres parties prenantes ».

Cet article est intéressant en ce qu'il indique la conduite à tenir par l'administrateur, et la nécessité de se préoccuper de l'intérêt social ici, pris extensivement. L'article 3 rajoute que : « l'administrateur doit éviter tout conflit pouvant exister entre ses intérêts moraux et matériels et ceux de la société. Il informe le conseil d'administration de tout conflit d'intérêts dans lequel il serait ou pourrait être impliqué. Dans le cas où il ne peut éviter de se trouver en conflit d'intérêts, il s'abstient de participer aux débats ainsi qu'à toute décision sur les matières concernées.

De ce point de vue, cet article permet de prévenir le plus en amont possible les conflits d'intérêts. Il vient donc en renfort aux dispositions spécifiques contenues dans l'Acte

uniforme notamment en matière de conventions règlementées, des rémunérations ; en généralisant. Une telle disposition permet de prendre en compte les spécificités de la société.

Il s'y ajoute aussi que les codes de bonne conduite énoncent des principes directeurs. Ainsi par exemple, l'article 5 de la Charte de l'ISA dispose que : « l'administrateur ne prend aucune initiative qui pourrait nuire aux intérêts de la société et agit de bonne foi en toute circonstance. Il s'engage personnellement à respecter la confidentialité des informations qu'il reçoit, des débats auxquels il participe et des décisions prises. Il s'interdit d'utiliser pour son profit personnel ou pour le profit de quiconque les informations privilégiées auxquelles il a accès. En particulier, lorsqu'il a sur la société où il exerce un mandat d'administration des informations non rendues publiques, il s'abstient de les utiliser pour effectuer ou pour faire effectuer par un tiers, des opérations sur les titres de celle-ci ».

Il ne fait l'ombre d'aucun doute que cet article apparaît comme un renforcement de l'obligation de loyauté et d'intégrité qui s'imposent aux administrateurs. Il constitue à divers égards, un palliatif contre le délit d'initié et permet par conséquent la prévention des conflits d'intérêts dans les sociétés concernées.

Comme on le sait, il est nécessaire de garantir une certaine indépendance aux administrateurs afin d'éviter que ces derniers ne soient dans un conflit d'intérêts. C'est à ce titre que l'article 6 précise que : « l'administrateur veille à préserver en toute circonstance son indépendance de jugement, de décision et d'action. Il s'interdit d'être influencé par tout élément étranger à l'intérêt social qu'il a pour mission de défendre ».

De ce point de vue, il alerte le conseil sur tout élément à sa connaissance qui pourrait affecter les intérêts de l'entreprise. A cet effet, il a le devoir d'exprimer clairement ses interrogations et ses opinions. Il s'efforce de convaincre le conseil de la pertinence de ses positions.

En outre, l'administrateur doit veiller à la bonne application de la charte. Dans le cas où un administrateur ayant adhéré à la charte n'est plus en position d'exercer ses fonctions en conformité avec celle-ci, soit de son propre fait, soit pour toute autre raison y compris tenant aux règles propres à la société où il exerce son mandat, il doit en informer le président du conseil d'administration, rechercher les solutions permettant d'y remédier et à défaut d'y parvenir, en tirer les conséquences personnelles.

Comme on peut le voir, les recommandations évoquées s'inspirent des dispositions de l'Acte uniforme. Elles viennent en complément aux dispositions prévues dans l'Acte uniforme, en essayant autant que faire se peut de faciliter leur application.

A ce propos, un auteur¹¹¹⁴ a relevé parlant du code de gouvernement d'entreprise que : « c'est un code perroquet », qui se borne à répéter la loi, l'auteur estime que cela manifeste que : « le code est second par rapport à la loi- comme le serait un règlement d'application- ce qui ne contribue certainement pas à accroître sa force normative ».

En tout, on peut retenir que si en droit OHADA le recours aux codes de bonne conduite est une simple faculté, certaines organisations en ont fait une exigence. Il se pose donc la question de la force contraignante de ces codes.

Cela dit, il convient ensuite de faire cas du caractère non contraignant des codes de bonne conduite (B).

¹¹¹⁴PACLOT Yann, « la juridicité du code AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées », *Revue des sociétés* 2011, p.395

B- Le caractère non contraignant des codes de bonne conduite

Du fait qu'ils sont élaborés par des organismes privés, les codes de bonne conduite n'ont pas un caractère contraignant. En effet, le code de l'Institut Sénégalais des Administrateurs, précise lui-même que : « ce code n'est en aucune manière contraignant, il laisse un grand choix aux entreprises de s'y conformer ou non ». Toutefois, il est recommandé aux autorités de le reconnaître comme étant le code de gouvernement de référence. On peut donc s'interroger sur les limites de ces codes et sur l'opportunité de l'importation de la règle « *se conformer ou s'expliquer* »¹¹¹⁵.

1- L'absence de sanctions

Ce principe repose essentiellement sur une démarche volontaire, mais la bonne volonté peut parfois faire défaut surtout en l'absence de sanctions. Si nous prenons l'exemple du point 6 intitulé « Suivi des recommandations » des Recommandations du MEDEF et de l'AFEP sur l'application du principe « *comply or explain* » qui n'est assorti, et c'est logique au regard de l'inspiration libérale qui anime ces Recommandations, d'aucune sanction (le point 6 § 2, p. 7), du document, précise : « Afin de s'assurer de l'application effective de la règle fondamentale du gouvernement d'entreprise « appliquer ou s'expliquer » (*comply or explain*), l'AFEP et le MEDEF analysent les informations publiées par les sociétés cotées.

Lorsqu'ils constatent qu'une société n'applique pas l'une de ces recommandations sans explication suffisante, ils en saisissent les dirigeants ». Comment concevoir que ces principes soient essentiels et qu'ils puissent dans le même temps, avec parfois une justification sommaire, être substantiellement écartés ? Mais comme cela a été souligné avec justesse, les réponses pourraient davantage venir d'horizons moins prévisibles mais peut-être plus efficaces. Les sursauts viendraient en effet plutôt des *hedge funds* activistes dont il a été démontré qu'ils peuvent jouer un rôle positif sur la gouvernance d'entreprise au moins au regard de la création de valeur pour les actionnaires en dépit des critiques dont ils font l'objet concernant la transparence de l'actionnariat et le potentiel de conflits entre actionnaires¹¹¹⁶.

¹¹¹⁵ V. Magnier, « Le principe se conformer ou s'expliquer, une consécration en trompe-l'oeil ? », JCP E 2008. Actu. 280 ; C. Champaud et D. Danet, RTD com. 2008. 563 s.

¹¹¹⁶ « L'activisme actionnarial des *hedge funds* et gouvernance d'entreprise », synthèse des travaux académiques récents et introduction au sujet, B. Fasterling, RFGE, n° 2/2007. 127 s.

De ce point de vue, force est de rappeler que la richesse fondamentale d'une société cotée est sa réputation qu'elle soigne pendant de longues années et qui peut, à la « faveur » d'une crise, d'une mauvaise communication, d'une mauvaise gestion d'un conflit social, d'un dommage écologique, s'effondrer parfois en un jour. C'est d'ailleurs cette préoccupation centrale, devenue essentielle en raison de la vitesse de l'information et de ses multiples relais, qui pourrait redorer indirectement le blason des codes de bonne conduite. Le regard du marché, impitoyable en temps de crise, pourrait jouer un rôle en faveur de la bonne gouvernance des entreprises si, et seulement si, les actionnaires, les salariés, les parties prenantes utilisaient à bon escient les informations mises à leur disposition¹¹¹⁷.

En réponse à la régulation,¹¹¹⁸ une question pointe dans le prolongement des codes d'entreprises : où est passée l'éthique chère au gouvernement d'entreprise ? Poussons la question plus avant : peut-il y avoir vraiment éthique sans contrainte ? La réponse (le salut ?) de la régulation est-elle la bonne, est-elle la seule qui vaille ? Gare à l'excès de régulation ! La mondialisation des marchés financiers a montré qu'elle multiplie les effets dévastateurs d'une crise.

Ainsi que nous l'avions dit, il est possible de rendre efficace le principe « appliquer ou s'expliquer » en droit OHADA, notamment en imposant aux sociétés qui ne s'y réfèrent pas de fournir des explications pertinentes. En effet, comme nous l'avions souligné précédemment, en France, pour donner pleine efficacité au principe « *comply or explain* », le code révisé de gouvernement d'entreprises des sociétés cotées AFEP/MEDEF du 16 juin 2013 précise en effet, quels sont les caractères de l'information à fournir lorsqu'une recommandation n'est pas appliquée et crée un Haut Comité de suivi de l'application du code¹¹¹⁹.

S'agissant tout d'abord de l'information à donner en cas de non-application d'une recommandation, il y est dit que « l'explication [...] doit être compréhensible, pertinente et circonstanciée. Elle doit être étayée, adaptée à la situation particulière et indiquer de manière convaincante en quoi cette spécificité justifie la *dérogation* ». Comme cela a été remarqué à juste titre, chaque mot est choisi, les justifications générales ou limitées ne sont pas conformes

¹¹¹⁷ Catherine Malecki, « Régulation financière : les codes d'entreprise feront-ils grise mine ? », Recueil Dalloz 2009 p.1095, Dalloz 2016, p. 2.

¹¹¹⁸ Ibidem.

¹¹¹⁹ Article 23-2.

au référentiel. Les indications données par le code sont suffisamment précises pour guider la société¹¹²⁰.

Le code AFEP/MEDEF indique ensuite que : « doivent être précisées les mesures alternatives adoptées le cas échéant ». Enfin, et cela doit être souligné, les sociétés doivent «décrire les actions qui permettent de maintenir la conformité avec l'objectif suivi par la disposition concernée par le code ». Cette précision est importante ainsi que l'a soutenu le rapport, il ne suffit pas de prévoir une mesure de substitution. Il faut justifier de la conformité de cette mesure avec les principes de bonne gouvernance retenus par le référentiel AFEP /MEDEF¹¹²¹.

On remarquera alors que la gouvernance s'accommode de cette *soft law* à la croisée de l'auto-régulation et de l'encadrement de l'information. *La soft law* semble, comme on l'a su relever avec justesse¹¹²², en l'espèce, préférable à la régulation¹¹²³ ; « elle empêche une surabondance de textes réglementaires contrariant l'efficacité économique des sociétés »¹¹²⁴ et entravant leur fonctionnement. En effet, la régulation est susceptible de plusieurs acceptions.

Comme l'a si bien relevé le professeur Moussa SAMB¹¹²⁵, une des contributions les plus systématiques à la conceptualisation en droit économique français est, sans doute celle de Claude Champaud¹¹²⁶. Ce dernier s'insurge, en fait, contre ce qu'il appelle la réticence de la doctrine juridique française au concept de régulation ; réticence qui selon lui s'expliquerait par la tradition étatiste, publiciste et dirigiste romano-française qui inclinerait à concevoir que les relations sociales, voire économiques, puissent être arbitrées par des règles qui n'auraient pas comme source l'Etat et qui seraient appliquées par d'autres autorités que ses administrations. Pour lui, la régulation ne serait rien d'autre qu'une technique d'intervention,

¹¹²⁰ Isabelle Urbain-Parleani, in « l'amélioration de l'information sur la gouvernance des entreprises », Revue des sociétés 2013 p. 393.

¹¹²¹ Les sociétés doivent indiquer dans une rubrique ou dans un tableau spécifique les recommandations qu'elles n'appliquent pas et les explications y afférentes (V. en ce sens le rapport 2012 de l'AMF sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants de sociétés cotées).

¹¹²² Isabelle Urbain-Parleani, “ l'amélioration de l'information sur la gouvernance des entreprise”, in Revue des sociétés 2013 p. 393.

¹¹²³ Cette *soft law* n'est pas effet. Le rapport du président constitue une information réglementée au sens de l'art. 221-1 du RG AMF : la mauvaise application de la règle se conformer peut constituer une omission ou une fausse information. Le non-respect des principes de gouvernance peut également être retenu en cas de mise en jeu de la responsabilité civile des dirigeants. Enfin le non-respect de la *soft law* peut conduire le législateur à se retourner vers la *hard law*

¹¹²⁴ B. Lecourt, préc., spéc. p.130.

¹¹²⁵ In « Régulation et sécurité alimentaire », communication UCAD, avril 2019, p.5.

¹¹²⁶ C. Champaud, *Régulation et droit économique*, Revue Internationale de Droit Economique, 2002/1-t XVI, 1, pp. 23 à 66.

de nature politique, intervenant comme garde-fou du fonctionnement spontané d'un secteur technique.

Le Professeur CHEROT, quant à lui, considère que la régulation a pour objet l'efficacité et la gestion de la concurrence de sorte qu'elle a besoin d'une certaine flexibilité et d'une adaptabilité en raison de l'instabilité de son objet¹¹²⁷.

Quant au Professeur Abdoulaye SAKHO, alors fondateur du Forum de la régulation, « *la régulation est la tâche qui consiste à assurer, entre les droits et obligations de chacun, le type d'équilibre voulu par la loi* »¹¹²⁸.

Cela étant précisé, en droit comparé, lorsqu'une société ne se réfère pas au code de gouvernement des entreprises sans fournir des explications pertinentes, le Haut Comité de suivi de l'application du code de gouvernement des entreprises¹¹²⁹, peut s'autosaisir s'il constate qu'une société n'applique pas une recommandation du code sans explication suffisante et de saisir le conseil de la société indisciplinée. De façon plus énergique, si la société persiste et ne suit pas les recommandations du Haut Comité, des obligations de publicité seront mises à sa charge : la société devra mentionner dans son rapport annuel et dans le document de référence l'avis du Haut Comité et les raisons pour lesquelles elle aurait décidé de ne pas y donner suite¹¹³⁰.

2- Vers une juridicisation des codes de bonne conduite

Il faut dire que le code de bonne conduite appartient davantage au droit souple et partant de cette considération la question de la juridicité de ce dernier a été posée notamment en France avec le code AFEP/MEDEF. Ainsi, comme cela a été souligné à juste titre¹¹³¹, « si l'on admet que la juridicité ne réside ni dans la contrainte, ni dans l'existence d'une sanction coercitive,

¹¹²⁷ J. Chérot, « L'imprégnation du droit de la régulation par le droit communautaire », P. A. 10 juillet 1998, pp.

¹¹²⁸ SAKHO. A, Directeur Fondateur du Forum de la régulation, *Eau - Electricité – Télécommunications : activités de régulation dans l'UEMOA*, Dakar, Cour de Master en droit de la régulation, promotion 2007-2008.

¹¹²⁹ Article 23-2 du code AFEP/MEDEF. Ce « gendarme de la gouvernance » (X. Delpech, Dalloz.fr Actu du 19 juin 2013) « est composé de sept membres : quatre personnalités exerçant ou ayant exercé des fonctions dans des groupes de sociétés de taille internationales, et de trois personnalités qualifiées représentant les investisseurs et /ou choisies pour leur compétence en matière juridique et de déontologie » (art. 25-2°). Cette structure est unique en Europe.

¹¹³⁰ Isabelle Urbain-Parleani, in « l'amélioration de l'information sur la gouvernance des entreprises », *Revue des sociétés* 2013 p. 393.

¹¹³¹ PACLOT Yann, « la juridicité du code AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées », *Revue des sociétés* 2011, p.395 ;

mais dans la force normative- qui se constate par l'effectivité de la norme-on doit conclure que le code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées est un instrument juridique ».

Au regard de ce qui précède, on constatera que certains principes de gouvernement d'entreprise ont été consacrés dans divers textes dont la violation pouvait donner lieu à des sanctions. Pour le reste, si l'on s'en tient à la notion stricte de « source du droit » et qui renvoient aux seules sources formelles, on ne saurait les considérer comme étant du droit. Par contre, et c'est notre avis, les règles issues des codes de gouvernance d'entreprise doivent être considérées comme faisant partie des sources de droit. En effet, la notion de sources du droit est réductrice et limite le droit aux seules sources formelles, tandis que celle de sources de droit est beaucoup plus large, et permet d'y inclure les règles d'origine privée, telles celles issues des codes de bonne conduite.

Cette idée est cautionnée par le Professeur Carbonnier qui estime que : « le droit est plus petit que l'ensemble des relations entre les hommes », mais il est « plus grand que les sources formelles du droit »¹¹³². Il faut donc admettre l'existence du droit souple (*soft law*) créé par la pratique, à côté du droit dur (*hard law*) issu des sources traditionnelles.

On pourra légitimement objecter que, les codes de gouvernement d'entreprise ne contiennent que des recommandations, dénuées du caractère obligatoire qui serait la marque de la juridicité. Mais comme cela a été relevé à juste titre¹¹³³, « cette objection doit être écartée, car une norme dotée d'une valeur normative faible, simplement recommandatoire, peut avoir une portée normative¹¹³⁴ extrêmement forte, dès lors qu'elle est perçue comme obligatoire par ses destinataires ».

Il a été relevé qu'en plus d'être du droit, le code de gouvernement constitue du bon droit, en ce que ce code émane d'organisations représentatives des entreprises, ce qui paraît un atout majeur quand il s'agit d'édicter des normes qui supposent une parfaite connaissance du monde de l'entreprise ; on peut en induire que dans l'élaboration de ces normes, le

¹¹³² CARBONNIER Jean , « flexible droit- pour une sociologie du droit sans rigueur », LGDJ, 10^{ème} éd.,2007, chap 1^{er}, hypothèses fondamentales pour une sociologie théorique du droit, p 11 et s..

¹¹³³ PACLOT Yann, in « la juridicité du code AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées », Revue des sociétés 2011, p.395

¹¹³⁴ La « portée normative » est définie par C. Thibierge comme « un aspect de la force normative en lien avec les effets de la norme », l'autre aspect de la « force normative », désigné sous le vocable de « valeur normative », étant lié à la source de la norme, in « la force normative, naissance d'un concept », op. cit., Synthèses, p. 785.

pragmatisme l'a remporté sur l'idéologie, une idéologie longtemps caractérisée par la méfiance envers les sociétés¹¹³⁵.

Aussi, le code répond-t-il par sa texture, aux différentes fonctions du droit, qui ne consistent pas seulement à interdire ou à prescrire, mais qui consistent à modeler et à orienter les comportements¹¹³⁶. Le code de gouvernement d'entreprise est incontestablement un complément indispensable de la loi. Il répond aux aspirations de notre époque qui préfère la régulation à la réglementation et qui manifeste une certaine défiance à l'encontre de la contrainte étatique. Un auteur a relevé à juste titre¹¹³⁷ que : « pour la plupart, les recommandations de ce code relèvent du « droit doux », mais cette « douceur » de la norme-qui permet précisément d'opposer le droit souple au droit dur, n'exclut pas les nuances, de la recommandation proposée à la recommandation imposée ».

Comme cela a été démontré, le code de gouvernement d'entreprise est un instrument essentiel de prévention des conflits d'intérêts et par voie de conséquence de protection de l'intérêt social en droit des sociétés commerciales, soit en palliant les insuffisances de la loi, soit en l'inspirant ou en la suscitant.

Au demeurant, la jurisprudence a eu à plusieurs reprises, dans le silence de la loi, l'occasion d'appliquer les codes de gouvernement d'entreprise. Ainsi, en France, alors que la loi est muette sur les qualités du « bon administrateur », le code spécifie que « les administrateurs doivent être avant tout compétents, actifs, présents et impliqués » et qu'ils « doivent consacrer à leurs fonctions le temps et l'attention nécessaire »¹¹³⁸.

Ainsi, la chambre commerciale de la Cour de cassation avait-elle jugé que : « les administrateurs doivent débattre de toutes les difficultés portées à leur connaissance et ne peuvent échapper à leurs responsabilités en soutenant qu'ils ignoraient le caractère trompeur de comptes ayant fait l'objet des réserves »¹¹³⁹. Aussi a-t-elle jugé dans l'affaire dite du «

¹¹³⁵ PACLOT Yann, in « la juridicité du code AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées », Revue des sociétés 2011, p.395

¹¹³⁶ Ibid., p.3, n°20.

¹¹³⁷ La phrase est de PACLOT Yann qui estime que « certaines recommandations se bornent en effet à réaffirmer les normes du « droit dur », in « la juridicité du code AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées », Revue des sociétés 2011, p.3, n°20.

¹¹³⁸ PACLOT Yann, in « la juridicité du code AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées », Revue des sociétés 2011, p.395.

¹¹³⁹ Com. 9 mars 2010, n°08-21-547, Bull. civ. IV, n°48, D.2010. 761, obs. A. Liernhard; Rev. sociétés 2010.230, note H. Le Nabasque; RTD com. 2010.374, obs., Le Cannu et B. Dondero ; RTD civ. 2010.575, obs., Jordain.

Crédit martiniquais » que : « l'administrateur commet une faute s'il participe à une décision fautive du conseil, sauf à démontrer qu'il s'est comporté en administrateur prudent et diligent¹¹⁴⁰, ce qu'il a la possibilité de faire en émettant des réserves, comme le prévoit expressément le code AFEP/MEDEF (recommandation 10) ». On pourra alors conclure que les codes de gouvernement d'entreprise sont dotés d'une forte portée normative.

On retiendra donc que, le recours aux codes de bonne conduite en droit OHADA est facultatif, même si on a déduit, en ce qui concerne les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, une exigence qui ne dit pas son nom au regard de la tournure utilisée. En tout, le recours aux codes de bonne conduite, tant par les sociétés cotées que par les sociétés non cotées constituera un mécanisme important de prévention des conflits d'intérêts.

3- Vers une normativité des codes de bonne conduite

Sur la question de la normativité des codes de bonne conduite, si à l'origine les normes RSE relevaient pour l'essentiel du droit souple ; aujourd'hui, néanmoins RSE et droit ou RSE et normativité ne sont plus étrangères. A l'appui de cette affirmation, Madame la professeure Sarah DORMONT¹¹⁴¹ avance plusieurs raisons.

Tout d'abord, la poursuite d'une politique RSE par une entreprise se traduit par des actes ou des faits qui peuvent en soi, être sources de responsabilité juridique. Au départ il n'ya là rien de spécifique à la RSE. Aujourd'hui cela a un peu changé. Avec l'introduction du devoir de vigilance¹¹⁴², le principe de responsabilité juridique de la société mère a acquis une consistance normative¹¹⁴³. Par ailleurs, le droit de l'environnement et notamment les contentieux spécifiques aux questions environnementales bouleversent les concours classiques de la responsabilité civile. Il suffit de songer à la notion de préjudice écologique, à l'identification des victimes de tels préjudices.

¹¹⁴⁰ Com. 30 mars 2010, n°08-17. 841, Bull. Civ. IV, n°69, D.2010.1678, obs. A Lienhard.

¹¹⁴¹ In « RSE et droit de l'environnement », Actes du colloque sur « la responsabilité sociale des entreprises (RSE) regards comparés sénégalais et français », sous la direction de GAMET Laurent, NDIAYE I.Y, KANTE Alassane, PUD, 2018, p.148.

¹¹⁴² Voir à cet égard BOFFA Romain, art.précit., p.61.

¹¹⁴³ L'auteur fait remarquer que le principe de la responsabilité ne change rien au contenu des normes à suivre. En effet, l'exigence d'un plan de vigilance n'impose pas son contenu. Or en matière environnementale, il est peut-être encore plus difficile de dire quel doit être le contenu. Le devoir de vigilance ne va donc pas, en soi régler totalement les questions de protection de l'environnement, loin s'en faut.

Ensuite, poursuit l'auteur, les normes RSE vont entrer dans la sphère de la justiciabilité et être, à ce titre, mises en œuvres et sanctionnées par le juge par un raisonnement qui relève plus de la sphère contractuelle. Pour commencer, une entreprise qui insère des clauses RSE dans ses contrats commerciaux donne une vigueur à sa politique RSE. Ainsi par exemple, en obligeant ses fournisseurs à respecter des normes de production respectueuses de l'environnement, l'entreprise va conférer une force obligatoire à cette valeur, par l'expression de sa volonté, et le consensus trouvé avec son partenaire commercial. La clause RSE dans un contrat est finalement une clause comme les autres, elle a une force obligatoire qui lie les parties au contrat¹¹⁴⁴.

Mais l'acquisition de la force normative des codes de bonne conduite peut se faire par le biais d'une politique plus volontariste du juge. C'est dans ce sens que les tribunaux¹¹⁴⁵ ont qualifié des codes de conduite d'adjonction au règlement intérieur, conférant ainsi force normative à un code de conduite. Aussi la poursuite d'une politique RSE ou au contraire l'absence de prise en compte de cet objectif pourrait constituer, pour le juge, un élément extra-juridique mais qui lui servirait à apprécier, à qualifier le comportement d'une entreprise, qui pourrait l'aider à retenir, ou non, une faute.

Il faut donc prendre avec réserve l'idée du caractère non contraignant des codes de bonne conduite, car comme nous l'avons démontré, ces codes peuvent acquérir une normativité certaine soit, par une consécration législative, soit par une politique volontariste du juge. De ce point de vue, il est important de souligner cet apport considérable de la jurisprudence française dans deux affaires aujourd'hui célèbres.

La première affaire est l'affaire Erika¹¹⁴⁶. En l'espèce, la société Total n'avait pas à proprement exprimé la volonté de poursuivre une politique RSE. Néanmoins, elle avait souscrit des engagements dont la nature s'en rapproche et ce sont notamment ces

¹¹⁴⁴ En France, il existe des propositions doctrinales qui, à partir de la distinction entre les obligations strictement voulues par les parties et les devoirs plus larges issus de l'ordre contractuel, invitent le juge à consacrer de nouvelles obligations climatiques au nom de la force obligatoire du contrat et « des suites » de l'article 1194 du code civil. Cette idée s'inspire de la jurisprudence de la Cour de cassation sur l'obligation de sécurité dans les contrats de transports (Civ., 21 nov. 1911, Compagnie transatlantique).

¹¹⁴⁵ TGI Versailles, 17 juin 2004, CCE Schindler et FTM CGT c/Schindler SA, Dr. Ouvrier 2004.473, note M-F. Bied-Charreton ; TGI Nanterre, réf., 6 octobre 2004, Comité d'établissement Novartis Pharma et Fédération FO c/Société Novartis Pharma, Dr. Ouvrier 2005-219, note Saramito ; RJS 2004, n°1244 ; Gaz. Pal. 19 avril 2005, p.59, note S. Hadjali.

¹¹⁴⁶ Crim. 25 septembre 2012, n°10-82938, P. Jourdain, « Consécration par la Cour de cassation du préjudice écologique », RTD civ.2013, p.119 ; D.2012, p.2557, obs. F-G. Trébulle ; Ph. Delbecq, « L'arrêt « Erika », un grand arrêt de droit pénal, de droit maritime ou de droit civil ? », D.2012, p.2711.

engagements qui ont justifié la condamnation par le juge. Les juges du fond, approuvés par le juge de cassation en 2012, se sont fondés sur deux documents internes, une « charte-partie » et les règles de *vetting*¹¹⁴⁷ mises en place par la société Total SA pour caractériser l'existence d'un contrôle de la société mère, puis la carence fautive dans l'exercice de ce contrôle. Les juges ont retenu une faute parce que Total avait contrevenu à ses propres règles internes de *vetting*, soit à un instrument privé de gestion des risques de pollution maritime¹¹⁴⁸. Comme le relève Madame le Professeur DORMONT¹¹⁴⁹, il y'a donc une intégration de la RSE dans l'appréciation individuelle de la faute et, en prolongeant le raisonnement, la RSE peut donc, d'une certaine manière, fonder une condamnation pénale.

La seconde affaire encore plus remarquable comme le souligne M. DORMONT,¹¹⁵⁰ est un arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 19 décembre 2013¹¹⁵¹. En l'espèce, les juges ont considéré que le refus de dirigeants d'une société d'inscrire une question écrite à l'ordre du jour de l'assemblée des actionnaires pouvait être qualifié de faute. En l'espèce, l'appréciation de la faute s'est faite à la lumière de normes de *soft law* collectivement plus exigeantes. Il ne s'agissait pas en l'occurrence de considérations environnementales mais de questions relatives à la gouvernance des entreprises¹¹⁵².

A cet égard, il n'est pas superflu de citer ces passages de la décision. Les juges ont défini un étalon, une sorte de standard de comportement que l'on pouvait exiger de l'entreprise en raison du constat qu' « *un nombre croissant d'investisseurs pratiquent l'engagement (...); qu'une société cotée ne peut ignorer ces pratiques actionnariales qui sont aujourd'hui « normales »*. Qu'enfin, le comportement en question « *ne figure pas encore dans la loi (hard law) mais s'agissant de sociétés cotées sur les marchés internationaux, elle a pénétré dans les exigences des régulateurs de marché (soft law)* »¹¹⁵³.

¹¹⁴⁷ Le *vetting* est un instrument de prévention particulièrement répandu dans le transport maritime. Il renvoie à l'ensemble des règles et procédures d'origine privée et facultative ayant pour objet d'examiner la qualité des navires affrétés.

¹¹⁴⁸ Le rapprochement de ces règles de *vetting* avec une norme RSE est aisé et l'affaire Erika illustre ainsi les propos du Pr DORMONT. En effet, poursuit le professeur, ces règles de *vetting* font écho à la RSE par plusieurs canaux : les plans de vigilance de la loi du 27 mars 2017, les normes ISO 26000, ou encore aux principes directeurs de l'OCDE et autres lignes directrices des Nations Unies.

¹¹⁴⁹ Art.précit., p.150.

¹¹⁵⁰ Ibidem.

¹¹⁵¹ CA Paris, 19 décembre 2013, RG 12/22644.

¹¹⁵² DORMONT Sarah, art.précit., p.150.

¹¹⁵³ DORMONT Sarah, art.précit.p.151.

Qu'il s'agisse du principe de loyauté ou du recours au code de bonne conduite, la protection de l'intérêt social sera satisfaite, en ce que ces mécanismes ont cet avantage : ils sont unificateurs du fait qu'ils prennent en compte les spécificités de la société. Ils facilitent la mise en application des dispositions légales.

Conclusion de la deuxième partie

En guise de conclusion à cette deuxième partie, il convient de retenir que l'Acte uniforme a consacré des mécanismes de protection directe de l'intérêt social. Même si ces mécanismes ne sont pas tous l'apanage du nouvel Acte uniforme, il n'en demeure pas moins qu'ils sont sortis renforcés avec la réforme. Aussi des nouveaux mécanismes ont-ils été consacrés, donnant ainsi un caractère légal à des mécanismes qui étaient restés très longtemps d'origine prétorienne.

On est en droit de dire qu'aujourd'hui, des affaires des associés, la société est devenue l'affaire de tous, justifiant ainsi, l'intérêt pour le législateur à être regardant quant aux règles qui lui sont applicables. C'est dans cette optique, que le législateur OHADA a institué des mécanismes de protection de l'intérêt de celle-ci, en vue d'éviter que, du fait des associés, ou des dirigeants, l'intérêt de celle-ci ne soit mis en péril. Mais on a pu remarquer que, pour la plupart, les mécanismes mis en place par le législateur OHADA nécessitent dans leur mise en œuvre une intervention du juge. En effet, la protection directe de l'intérêt social en droit OHADA, est une protection essentiellement basée sur l'intervention judiciaire.

Sous cet angle, les mécanismes de protection directe de l'intérêt social apparaissent peu satisfaisants, en ce que, l'expérience de la jurisprudence et du droit comparé, a démontré que des mécanismes fortement judiciairisés pour la plupart, sont inefficaces en droit des affaires. En effet, ils peuvent entraîner une immixtion judiciaire dans les affaires sociales, avec cette conséquence de conduire au résultat inverse.

Plusieurs aspects de la protection directe de l'intérêt social en droit OHADA renseignent de cette tendance à la judiciarisation.

D'abord, le législateur OHADA a mis en place des mécanismes de protection de l'intérêt social nécessitant une intervention relative du juge dans les affaires sociales. Ces mécanismes se retrouvent essentiellement en matière de sanction d'abus dans l'exercice de droit de vote. Ainsi dans ces hypothèses, le législateur après avoir défini les conditions de constitution d'abus, reconnaît la possibilité au juge de nommer un mandataire ad hoc en vue de représenter les associés auteurs d'abus.

Aussi, lieu de pouvoir, les assemblées d'associés sont aussi le théâtre de conflits entre associés majoritaires et minoritaires. Ainsi, il arrive fréquemment que des associés minoritaires reprochent aux associés majoritaires d'utiliser le pouvoir qui leur a été accordé

pour satisfaire l'intérêt social, non seulement de manière contraire à l'intérêt social, mais en plus à des fins personnelles¹¹⁵⁴. On aura remarqué que, l'interventionnisme du juge se justifie davantage par le souci d'assurer une protection efficace à l'intérêt social et d'assurer l'égalité entre les associés. Aussi cet interventionnisme est-il relative en ce qu'il ne consacre pas les décisions valant actes.

Ensuite, l'Acte uniforme consacre des mécanismes dont la mise en œuvre nécessite un interventionnisme plus poussé du juge dans les affaires sociales. En effet, on a pu relever que, le législateur OHADA dans le souci d'assurer la protection de la société a institué, à côté du mandataire ad hoc, l'administrateur provisoire. La lecture des dispositions y relatives, a permis de se rendre compte que, le législateur a entendu protéger la société contre ses propres associés et/ou dirigeants.

Mais les techniques mises en place appellent une intervention plus ou moins affirmée du juge. Cela peut se comprendre, lorsqu'on sait que la société commerciale, entité juridique distincte de la collectivité des associés, a un intérêt propre. Au demeurant, « c'est au nom de cet intérêt social (qui est un compromis entre l'individualisme libéral et la prise en compte de l'intérêt général), et de l'enjeu de ce groupement sur le plan économique que la plupart des règles qui la gouvernent ont été édictées »¹¹⁵⁵.

Toutefois, cet interventionnisme peut être préjudiciable notamment en matière d'administration provisoire du fait de l'imprécision des cas du recours à l'administration provisoire, le législateur se contentant de consacrer une formule vague. En effet, cet état de fait peut conduire à une immixtion excessive du juge dans les affaires sociales, en ce que les associés pourraient être amenés à soumettre au juge tous les problèmes relatifs au fonctionnement de la société.

A cet effet, il est proposé, pour éviter une immixtion judiciaire excessive dans les affaires sociales, que l'entrave pouvant entraîner la nomination d'un administrateur provisoire soit de nature telle qu'elle empêche réellement le fonctionnement régulier de la société et compromet les intérêts sociaux.

¹¹⁵⁴ ANTHONY BEM, « Conflit entre associés : les sanctions des abus de majorité, abus de minorité, et abus d'égalité », p.1, consultable sur : www.cabinetbem.com.

¹¹⁵⁵ MOUTHIEU (M-A.), l'intérêt social en droit des sociétés, Thèse de doctorat d'Etat, Université de Yaoundé II, 2004-2005, n°14, p.19.

Il est donc nécessaire pour le juge de vérifier, si l'entrave met en péril l'intérêt social avant de procéder à la nomination de l'administrateur provisoire, en ce que : « la nomination d'un administrateur provisoire constitue une mesure exceptionnelle destinée à remédier à une situation de crise aigüe rendant impossible le fonctionnement normal de la société et menaçant celle-ci d'un péril imminent »¹¹⁵⁶.

Toutefois, cet interventionnisme se trouve encadré en ce que la mission de l'administrateur provisoire est précisée par le juge dans l'ordonnance de nomination. A cet effet, la question de conflit dans la gestion se trouve régler dès lors, que les pouvoirs résiduels des organes de gestion peuvent être déduits de la détermination de ceux de l'administrateur.

En matière de nomination de mandataire ad hoc, contrairement à l'administration provisoire, les cas de recours sont limitativement énumérés. Toutefois, on a pu remarquer, que même si les cas dans lesquels le recours au mandataire ad hoc est autorisé sont limités, il n'en demeure pas moins que les missions a lui confiées ne sont pas très bien explicitées.

En tout état de cause, le mandat ad hoc se justifie davantage par un souci de protection de l'intérêt social que par un désir d'immixtion. Cela se justifie par le fait que l'interventionnisme judiciaire à travers le mandat ad hoc est atténué, en ce que la mission confiée au mandataire a un caractère ponctuel. Aussi, le mandat ad hoc ne dessaisit pas les dirigeants sociaux qui continuent d'exercer toutes leurs attributions¹¹⁵⁷. De même, les juges rappellent le caractère subsidiaire et exceptionnel de la mission¹¹⁵⁸ et sa nature provisoire.

On peut ainsi dire que : « le juge a su devenir peu à peu, l'indispensable garant des équilibres sociaux. Simplement, il ne faut pas abuser des bonnes choses...et le juge doit donc savoir s'impartir certaines limites sans lesquelles les associés auraient le sentiment que la société n'est plus du tout leur affaire »¹¹⁵⁹. Il est heureux qu'en droit OHADA, c'est le législateur lui-même qui en a fixé au juge les limites de son intervention.

Ensuite, en ce qui concerne les mécanismes de sanction, le législateur OHADA a érigé en délits, certains comportements susceptibles de porter atteinte à l'intérêt de la société. Toutefois, on a pu relever que, ces mécanismes regorgent des insuffisances en ce qu'ils

¹¹⁵⁶ Jurisprudence constante :Cass. 3^{ème} civ. 21/11/2000 : RJDA 3/01, n°321 ; cass.com., 6/2/2007, n°05-19.008 : RJDA 7/07 n°732 ; cass.com., 18/05/2010 n°09-14.838 : RJDA 10/10 n°959.

¹¹⁵⁷ Com. 14 février 1989, JCP 1989.IV.143 ; Rev.sociétés 1989.633 note D.Randoux.

¹¹⁵⁸ CA de Paris, 3 avril 1998, Juris-Data, n°020715.

¹¹⁵⁹ MESTRE Jacques, cité par Mounetaga DIOUF, in « l'intervention du juge dans la vie des sociétés commerciales », thèse UCAD 2007, p.320.

enlèvent toute initiative aux dirigeants sociaux et canalisent leurs actions. Cet état de fait, laisse un sentiment que, la protection directe de l'intérêt social est une protection peu satisfaisante

Ainsi, si le délit d'initié peut être retenu comme un mécanisme important de traitement des conflits d'intérêts et par ricochet, de protection de l'intérêt social, il n'en demeure pas moins que, son inefficacité résulte du fait qu'il s'agit d'une infraction aux contours incertains. En effet, la liste des personnes pouvant être initiées est trop élastique, à cela s'ajoute l'absence d'une jurisprudence établie en la matière, le risque d'abus pouvant être grand. Ensuite, la notion d'information privilégiée est une notion subtile dont il convient de préciser les contours. Enfin, le délit d'initié appelle une double sanction : la sanction pénale et la sanction administrative ce qui pêche avec le principe fondamental en droit pénal « non bis in idem ».

Ensuite, en matière de responsabilité des dirigeants sociaux, celle-ci s'inscrit dans une logique d'encadrement des pouvoirs de ces derniers, en mettant à leur charge des obligations qui ne cessent de se multiplier et de se diversifier et dont l'inobservation les expose à des sanctions civiles et pénales qui sont telles qu'au risque pénal permanent qui pèse sur le dirigeant font écho des sanctions civiles omniprésentes¹¹⁶⁰.

On a pu relever à ce titre que, celle-ci s'est forgée à partir des « outils traditionnels du droit dur, faits d'obligations et de contraintes »¹¹⁶¹ et impliquant une judiciarisation a posteriori de la violation de la norme¹¹⁶². En effet, s'agissant de la protection de l'intérêt social, ce mécanisme apparaît peu satisfaisant en ce que, la permanence de la responsabilité civile, d'une part, et l'excessive pénalisation de cette responsabilité, fait apparaître une responsabilité pénale handicapante, d'autre part, toute chose qui pourrait conduire au résultat inverse.

Au total, Au regard des mécanismes mis en place par le législateur OHADA, l'on est tenté de considérer que, ce dernier à essayer, tant bien que mal, à concilier les deux conceptions de la société commerciale. En effet, tout en définissant à l'article 4 de l'AUSCGIE la société commerciale au regard de l'intérêt commun des sociétés, le législateur OHADA, évoque par endroit la conception extensive, en faveur de la théorie institutionnelle. Cette démarche, quoique pragmatique, n'est pas sans limites. En effet, il peut se faire, et il se fait d'ailleurs,

¹¹⁶⁰ Ndiaw DIOUF, « Leçon inaugurale », colloque de Douala du 19 au 20 mars 2015, p.3 inédit.

¹¹⁶¹ La formule empruntée à P. Deumier, « la responsabilité sociétale de l'entreprise et les droits fondamentaux, D. 2013, p 1564

¹¹⁶² Ndiaw DIOUF, art.précit. p.3.

que dans la mise en œuvre des mécanismes prévu, ne se réfère qu'à la définition de la société contenue dans l'article 4. Il s'en suivra alors, que le juge n'aurait d'autre choix que de prononcer la dissolution de la société du fait de la disparition de l'*affectio societatis*.

En tout état de cause, du fait qu'en droit OHADA, la notion d'intérêt social est une notion éclatée, il est préférable que les juges, dans tous les cas où l'intérêt social est en jeu, adoptent une conception extensive. Il s'y ajoute que, l'encouragement au recours aux mécanismes unificateurs, tels que les codes de bonne conduite, ou le principe de loyauté, pourra être un palliatif pour une protection efficace de l'intérêt social. Cela s'explique par le fait, qu'il y a une dominance de la conception contractuelle de la société dans l'Acte uniforme. Les dispositions qui consacrant la conception extensive de l'intérêt social étant des dispositions spécifiques, prévues pour régir des situations particulières.

C'est pourquoi, une protection efficace de l'intérêt social sera difficilement atteinte en droit OHADA du fait du faible recours aux mécanismes unificateurs.

En somme, les mécanismes de protection directe de l'intérêt social, nonobstant leur encadrement par le législateur, nécessitent une amélioration conséquente. Il s'y ajoute que, les juges doivent, lors de la mise en œuvre de ces mécanismes, tenir compte de l'intérêt social pris de façon extensive afin d'éviter autant que faire se peut la disparition précoce des sociétés commerciales. L'intervention du juge doit se limiter à ce qui est nécessaire pour la protection de l'intérêt social, elle se doit de ne pas être trop excessive, mais simplement salvatrice.

Conclusion générale

En guise de conclusion, il est nécessaire de retenir que le droit OHADA des sociétés commerciales a prévu des mécanismes en vue d'assurer une certaine protection à l'intérêt de la société. Il s'agit essentiellement des mécanismes prônés par la « corporate governance ». Ces mécanismes qui contribuent tout à la fois à la protection des associés et de la société visent à instaurer une certaine transparence dans la gestion sociale et une certaine stabilité de l'actionnariat.

L'absence d'une définition de l'intérêt social en droit OHADA n'enlève en rien à la pertinence de ces mécanismes. En effet, l'on a pu déduire à juste titre, qu'en s'abstenant de donner une définition à l'intérêt social, le législateur entend donner au juge une certaine liberté dans l'appréciation des situations qui lui seront soumises. Toutefois, cette liberté n'est pas totale, en ce qu'il existe dans l'Acte uniforme des indices tendant à guider ce dernier dans son appréciation.

A cet égard, l'examen des dispositions de l'Acte uniforme a permis de conclure que la notion d'intérêt social en droit des sociétés commerciales OHADA est une notion éclatée. En effet, si certaines dispositions sont favorables à la conception contractuelle de la société, d'autres par contre, s'interprètent en faveur de la théorie institutionnelle. De ce point de vue, l'éclatement de la notion d'intérêt social en droit OHADA apparaît comme un éclatement voulu par le législateur.

Cette démarche n'est pas sans pragmatisme en ce qu'elle entend, concilier à la fois les intérêts des associés-contractants et ceux de la société-personne morale. Toutefois, il a été démontré à juste raison, que si cette démarche est pragmatique en théorie, le problème peut se poser en pratique, lorsque le juge s'accommode de l'interprétation de l'article 4 qui fait de la société un contrat. En effet, le risque de dissolution anticipée des sociétés commerciales est encouru ainsi que nous l'avons démontré à la lumière de la jurisprudence comparée.

Il convient de retenir que le législateur OHADA a prévu des mécanismes contribuant à la protection indirecte de l'intérêt social, inspirés pour la plus part des principes de la corporate governance. Ces mécanismes ont, en effet, reçu une consécration légale.

Dans cette optique, le législateur OHADA a consacré des mécanismes visant à assurer la transparence de la gestion sociale. Ainsi, en vue d'éviter une gestion opaque, le législateur OHADA a entendu renforcer le droit à l'information des associés.

Dans la même perspective, le législateur a aussi tenté de rééquilibrer les pouvoirs dans les sociétés anonymes. Ainsi désormais, les pouvoirs du conseil d'administration sont bien définis afin d'éviter qu'il y ait des empiètements de compétence avec les autres organes. Il y a désormais une clarification nette de la mission du conseil d'administration et une redéfinition claire des pouvoirs des organes de gestion. Tout cela milite en faveur de la transparence de gestion sociale et, permet d'assurer la protection de l'intérêt social par la prévention des conflits d'intérêts.

Aussi, le législateur OHADA a-t-il entendu instituer une sorte d'omniprésence des commissaires aux comptes. En effet, il y a dans l'Acte uniforme révisé, une sorte d'obligation à toutes les formes de société de se doter d'un commissaire aux comptes. A cela s'ajoute un renforcement de la mission des commissaires aux comptes qui milite en faveur de la protection de l'intérêt social. Il s'y ajoute, qu'afin d'éviter que ces derniers tombent eux-mêmes dans un conflit d'intérêts, le législateur OHADA a pris le soin d'étendre les incompatibilités des commissaires aux comptes. De ce point de vue, la protection de l'intérêt social est assurée tant par les organes sociaux que par des personnes extérieures à la société.

Ensuite, il existe des mécanismes orientés vers la protection du patrimoine de la société. En effet, il faut éviter que les dirigeants fassent des prélèvements ou utilisent les biens ou l'argent de la société à des fins personnelles. C'est ainsi que, le législateur OHADA a institué une réglementation rigoureuse en vue de contrôler les conventions passées par la société avec ses dirigeants et/ou associés. De ce point de vue, le législateur a entendu assurer la protection de l'intérêt social en instituant une procédure dont l'essence est d'éviter les conflits d'intérêts.

Aussi, s'agissant de la situation des dirigeants, l'Acte uniforme exige dans certains cas l'intervention du commissaire aux comptes pour la détermination des rémunérations. Une telle précaution est salubre, en ce qu'elle permet aux actionnaires d'être éclairés sur les aspects techniques des sommes versées.

Dans la même logique, le cumul du contrat de travail avec un mandat social fait l'objet en droit OHADA des sociétés commerciales d'une rigoureuse réglementation. Ainsi, après avoir posé les conditions d'un tel cumul, le législateur OHADA exige à ce que le contrat de travail soit soumis à la procédure des conventions réglementées.

Si les mécanismes de protection de l'intérêt social sont, pour une grande part consacrés dans l'Acte Uniforme, il n'en demeure pas moins que, le législateur reconnaît désormais, la

possibilité pour les associés de recourir à des mécanismes complémentaires. Ainsi, les associés sont autorisés à recourir à des pactes d'actionnaires. En effet, depuis la réforme de l'Acte Uniforme, les pactes d'actionnaires ont reçu une consécration légale avec l'article 2-1. Ces pactes d'actionnaires peuvent porter soit sur les droits de vote, soit sur la négociabilité des titres. Des tels mécanismes constituent un instrument supplémentaire de protection de l'intérêt social par la stabilité qu'ils apportent à l'actionnariat.

Dans le même ordre d'idées, l'Acte uniforme consacre la possibilité pour les sociétés commerciales de faire recours aux codes de bonne conduite.

Par ailleurs, le législateur autorise les associés à recourir à des organes supplémentaires qui, - sans nul doute contribuent à la protection de l'intérêt social-à côté des organes légaux de contrôle. C'est ainsi que des comités spécialisés peuvent être mis en place par le conseil d'administration. Si certains comités sont obligatoires dans les sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne (comité d'audit), d'autres sont par contre purement facultatifs (comité de surveillance, comité de rémunérations, comité de nominations).

Il faut souligner aussi, que l'Acte Uniforme reconnaît la possibilité pour les associés de conclure des conventions entre eux, et qui peuvent contribuer à prévenir les conflits d'intérêts ou les conflits tout court. C'est ainsi qu'il est permis aux associés, de conclure des conventions d'exclusion ou de retrait. Même si des telles conventions peuvent être regardées comme une atteinte au droit de rester associé en ce qu'elles permettent d'écarter un associé de l'actionnariat (la convention d'exclusion).

Il est vrai que, les mécanismes de protection indirecte de l'intérêt social en droit OHADA, ne sont pas exempts de tout reproche. Ainsi des propositions ont été faites en vue de leur amélioration. Le recours au droit comparé et l'épreuve de la pratique a permis de jauger leur efficacité et à faire des propositions éclairées, donc en connaissance de cause.

Ensuite, l'Acte uniforme a consacré des mécanismes de protection directe de l'intérêt social. Il s'agit pour la plupart des mécanismes existants dans l'ancien Acte Uniforme dont certains ont été renforcés. Les mécanismes de protection directe de l'intérêt social dénotent une certaine volonté du législateur à se départir de la conception contractuelle de la société. En effet, la légalisation d'une intervention extérieure pour la résolution des conflits sociaux suppose que, en droit OHADA, de l'affaire des associés, la société commerciale est devenue l'affaire de tous.

Cela justifie l'intérêt pour le législateur à être regardant quant aux règles qui lui sont applicables. Dans cette optique, le législateur OHADA a institué des mécanismes de protection de l'intérêt de celle-ci, tant contre ses dirigeants que contre les associés. C'est pourquoi la plupart des mécanismes nécessitent une intervention judiciaire. Si cet interventionnisme se justifie, il comporte cependant le risque d'être excessif.

C'est pourquoi, à divers égards, ces mécanismes de protection directe de l'intérêt social apparaissent peu satisfaisants, en ce que l'expérience de la jurisprudence et du droit comparé, a démontré que des mécanismes fortement judiciairisés pour la plupart, sont inefficaces en droit des affaires. En effet, ils peuvent entraîner une immixtion judiciaire dans les affaires sociales, avec cette conséquence de conduire au résultat inverse. On a pu noter plusieurs aspects de la protection directe de l'intérêt social en droit OHADA qui renseignent de cette tendance à la judiciarisation.

Cela peut se comprendre, lorsqu'on sait que la société commerciale, entité juridique distincte de la collectivité des associés, a un intérêt propre. Au demeurant, « c'est au nom de cet intérêt social (qui est un compromis entre l'individualisme libéral et la prise en compte de l'intérêt général), et de l'enjeu de ce groupement sur le plan économique que la plupart des règles qui la gouvernent ont été édictées »¹¹⁶³. De ce point de vue, l'intérêt social dans ce contexte est pris dans sa dimension institutionnelle.

On a pu se convaincre que: « le juge a su devenir peu à peu, l'indispensable garant des équilibres sociaux. Simplement, il ne faut pas abuser des bonnes choses...et le juge doit donc savoir s'impartir certaines limites sans lesquelles les associés auraient le sentiment que la société n'est plus du tout leur affaire »¹¹⁶⁴. Il est heureux qu'en droit OHADA, c'est le législateur lui-même qui en a fixé au juge les limites de son intervention.

Ensuite, en ce qui concerne les mécanismes de sanction, le législateur OHADA a érigé en délits, certains comportements susceptibles de porter atteinte à l'intérêt de la société. Toutefois, on a pu relever que, ces mécanismes regorgent des insuffisances en ce qu'ils enlèvent toute initiative aux dirigeants sociaux et canalisent leurs actions. Cet état de fait, laisse un sentiment que, la protection directe de l'intérêt social est une protection peu satisfaisante.

¹¹⁶³ MOUTHIEU (M-A.), « l'intérêt social en droit des sociétés », Thèse de doctorat d'Etat, Université de Yaoundé II, 2004-2005, n°14, p.19.

¹¹⁶⁴ MESTRE Jacques, cité par Mounetaga DIOUF, in « l'intervention du juge dans la vie des sociétés commerciales », thèse UCAD 2007, p.320.

Le constat est que, une protection efficace de l'intérêt social sera difficilement atteinte en droit OHADA du fait du faible recours aux mécanismes unificateurs. Cet état de fait s'explique d'une part, par la réception progressive du principe de loyauté, et d'autre part, par la réception timide des codes de bonne conduite.

En somme, les mécanismes de protection directe de l'intérêt social, nonobstant leur encadrement par le législateur, nécessitent une amélioration conséquente.

Enfin, nonobstant, la réception de certains principes de la « corporate governance » en droit OHADA des sociétés commerciales, on peut légitimement se demander si l'éclatement de la notion d'intérêt social ne constitue pas une source d'insécurité juridique et d'instabilité des sociétés commerciales. Aussi, les mécanismes de protection de l'intérêt social n'instaurent-ils pas une sorte de méfiance vis-à-vis des dirigeants sociaux ? Ces mécanismes n'instituent-ils pas une judiciarisation excessive des affaires sociales ?

Il s'y ajoute, pour le regretter, une forte pénalisation du droit des sociétés commerciales, préjudiciable à la pérennité des entreprises. Faut-il dépénaliser le droit des sociétés commerciales OHADA et lui préférer un traitement civil ? En vue d'assurer une protection efficace à l'intérêt social en droit OHADA ne doit-on pas opérer un choix entre : le droit dur (hard law) et le droit souple (soft law) ? Cela est d'autant plus vrai que le droit souple apparaît aujourd'hui comme un outil de réflexion du droit des sociétés au point où on peut s'interroger : le droit souple n'inspire-t-il pas le droit dur ? En effet, l'intérêt social doit s'enrichir des principes de la corporate governance pour ne pas être dépassé.

En l'état, le droit OHADA de l'intérêt social est un droit dur, fait d'une forte judiciarisation et d'une excessive pénalisation.

Bibliographie :

I- Traités, Manuels et ouvrages généraux:

- ANOUKAHA (F.), DIOUF (N.), CISSE (A.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUGOUE (P-G.) et SAMB (M.), « OHADA : Sociétés commerciales et GIE », Bruyant, Bruxelles, 2002 ; 571 pages ;

-BADJI Patrice S. A ; - « Pour un droit des affaires : Quand une approche pluridisciplinaire du droit s'impse », CREDILA, Harmattan-Sénégal, 2018, 523 pages ;

- « Réforme du droit des sociétés commerciales OHADA », CREDILA, éditions harmattan-Sénégal 2016, 211 pages ;

- CARBONNIER (J), - « Droit civil, T. 2, Les biens – Les obligations », PUF, Quadrige, 2004 ;

- « Flexible droit- pour une sociologie du droit sans rigueur », LGDJ, 10^{ème} éd., 2007, 496 pages;

-CADIET Loïc (dir.), « Droit et attractivité économique : le cas de l'OHADA », Tavaux de l'AEDJ, IRJS, 2013, 233 pages ;

- CATALA (N), « L'entreprise », D. 1980 ;

-CHAPUT Y., « Droit des sociétés », 1993, coll. Droit fondamental, PUF ;

-CHARTIER Y., « Droit des affaires », tome 2 : sociétés commerciales, 3^{ème} éd. ; 1993, coll. Thémis, PUF, 606 pages ;

- CORNU (G) (sous la dir.), « Vocabulaire juridique », 9^{ème} éd. Quadrige/PUF, 2011 ;

-COOPERS Pricewaterhouse, « Mémento Droit des sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique OHADA », FIDAFRICA Juridique et Fiscal, 1998, 376 pages ;

- COZIAN (M), VIANDIER (A), DEBOISSY (F), « *Droit des sociétés* », 24^{ème} éd., LexisNexis, 2011 ;

-DIEYE Alioune ; « Régime juridique des sociétés commerciales et du GIE dans l'espace OHADA », 4^{ème} édition CABINET AZIZ DIEYE, 2014, 387 pages ;

--ERNST et YOUNG INTERNATIONAL, « Actes uniformes OHADA : Les études pratiques de ERNST et YOUNG en Afrique », éditions FFA, ernst et young international, 1^{re} éd., octobre 2006, 790 pages ;

-FENEON Alain, « Droit des sociétés en Afrique OHADA », Lextenso, éditions LGDJ, 2015, 887 pages ;

- GUYON (Y.), - « Droit des affaires, Tome 1 ; Droit commercial général et des sociétés », 11^e éd, Economica ; 2001, 996 pages ;

-« Traité des contrats, les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés », LGDJ, 4^{ème} éditions, EJA, 1999, 427 pages ;

-« Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés », 2^{ème} édition, LGDJ, 1995, 403 pages ;

-ISSA-SAYEGH Joseph, - « Répertoire quinquennal OHADA, 2006-2010 », Tome II, 4^{ème} Partie, UNIDA, 805 pages ;

- « OHADA, harmonisation du droit des affaires », Bruylant Bruxelles, 2002, 245 pages ;

-JEANTIN Michel, « droit des sociétés », 3^{ème} édition, Montchrestien, 1994, 456 pages ;

-KALIEU ELONGO Yvette Rachel, « Le droit des procédures collectives de l'OHADA », PUA 2016, 213 pages ;

- LAMY Sociétés commerciales, 2007, 2503 pages ;

-LE CANNU Paul et DONDERO Bruno, « Droit des sociétés », LGDJ, 5^{ème} édition 2013, 1068 pages ;

-LEFEBVRE Francis., Mémento pratique, sociétés commerciales, éd.2011, 42^{ème} édition, A jour au 1^{er} septembre 2010, 1664 pages ;

-MAGNIER Véronique, « droit des sociétés », 6^{ème} édition, Dalloz, 2013, 473 pages ;

-MARTOR (B.) et autres, « Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA », Litec, 2004, 344 pages ;

- MERLE Philippe, « Droit commercial : sociétés commerciales », Dalloz, 15^{ème} édition, 957 pages ;
- MOULOUL Alhousseini, « le régime juridique des sociétés commerciales dans l'espace OHADA : l'exemple du Niger », LGDJ, 2005, 603 pages ;
- NDIAYE Cheikh Abdou Wakhab, « Droit des sociétés de capitaux », Harmattan-Sénégal, 2019, 458 pages ;
- POUGOUE (P.-G.) et autres, « Encyclopédie du droit OHADA », Lamy, 2011, 2191 pages ;
- RIPERT G. et ROBLOT R., « Traité élémentaire de droit commercial », tome 1, vol. 2, 18^{ème} éd., par M. GERMAIN, 2002, LGDJ, 1598 pages ;
- SAMB Moussa ; « Manuel de droit des affaires, Sociétés anonymes et procédures collectives d'apurement du passif », édition Cheikh Anta Diop, mai 1996, 96 pages ;
- SAMBE Oumar et DIALLO Mamadou Ibra, « Guide pratique des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (GIE) », éditions comptables et juridique Dakar 2015, 1144 pages ;
- TERRE François et alii, « Droit civil : les obligations », 9^{ème} édition, Dalloz 2005, 1473 pages ;
- VALETTE Jean-Paul, « Régulation des marchés financiers », Ellipses, 2013, collection « mise au point », 239 pages ;
- VIANDIER A., « droit des sociétés », 25^{ème} édition, 2012, LexisNexis, 850 pages ;
- VIDAL D., « Droit des sociétés », 3^{ème} éd., 2001, LGDJ ;
- WILY Tadjudje, « Le droit des coopératives et des mutuelles dans l'espace OHADA », éditions Larcier, 2015, 557 pages ;

II- Ouvrages spéciaux :

-BISSARA Philippe, FOY Régis, DE VAUPLANE Amicie, « Droit et pratique de la gouvernance des sociétés cotées, conseils et comités », édition Joly 2007, 397 pages ;

-FORIERS Paul Alain, « Les situations de blocage dans les sociétés anonymes » (pdf), 59 pages ;

-GOND Jean-Pascal et IGALENS Jacques, « La responsabilité sociale de l'entreprise », PUF, 2008, 3^{ème} éd. Mise à jour : janvier 2012, Que sais-je ?, 3^{ème} édition 2012, 127 pages ;

-GREVAIN-LEMERCIER Karine, « Le devoir de loyauté en droit des sociétés », presses universitaires d'Aix-Marseille-2013, 509 pages ;

-MOUTHIEU Monique Aimée épouse NJANDEU, « L'intérêt social en droit des sociétés », l'harmattan, éditions 2009, 413 pages ;

-MAGNIER Véronique (sous la direction), « Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ? », collection CEPRISCA, puf 2006, 200 pages ;

- NJOYA NKAMGA Beauclair, « L'administration provisoire des sociétés dans l'espace OHADA », préface du Pr Paul-Gérard POUGOUE, Collection Economica, éditions Vetitas, 2012, 521 pages ;

- SCHMIDT Dominique, « Les conflits d'intérêts dans la société anonyme », éd. Joly, 2004 ;

III- Mémoires et Thèses :

- AMON Jacques Aka, « le contrôle des sociétés commerciales par le commissaire aux comptes », Mémoire UCAD, 2003, 51 pages ;**
- AW Sokhna Oumou, « le droit de vote des actionnaires », Mémoire UCAD, 2010, 38 pages ;**
- BA Amina Touty, « le droit de retrait de l'associé de la société commerciale », Mémoire UCAD, 2001, 39 pages ;**
- BISSALOUÉ Sylvie, « La renégociation contractuelle en droit français et en droit de l'OHADA », Université d'Aix Marseille 2016, soutenue le 15/10/2016 ;**
- DELECOURT Benoist, « L'intérêt social », Mémoire DEA droit des contrats, Université de Lille II, année 2000/2001, droit des sociétés, 100 pages ;**
- DIALLO Awa, « l'expertise de gestion », Mémoire UCAD, 2003, 39 pages ;**
- DIALLO Souleymane, « Les pactes d'associés », Mémoire UCAD, 2006, 48 pages ;**
- DIENG Dioncounda, « la transparence dans les sociétés anonymes », Mémoire UCAD, 2008, 63 pages ;**
- DIENG Magatte Fall, « la rémunération des dirigeants sociaux », Mémoire UCAD, 2008 ;**
- DIOUF Mountaga, « l'intervention du juge dans la vie des sociétés », Thèse UCAD 2007, 492 pages ;**
- EWANE MOTTO Patrice Christian, « La gouvernance des sociétés commerciales en droit de l'OHADA », Université de Douala et Paris-est, présentée et soutenue le 19 octobre 2015 à 14h 30 ;**
- GAYE Massamba, « l'influence du groupe de sociétés sur la relation individuelle de travail », Thèse, Rennes I, 2008, 492 pages ;**
- I. Grossi, « Les devoirs des dirigeants sociaux, bilan et perspectives », thèse dact., Aix, 1998 ;**
- KANE Hamdou Baba, « l'intérêt social », Mémoire UCAD, 2007, 46 pages ;**
- KANOUTE Ladj, « l'intérêt social », Mémoire UCAD, 2007, 45 pages ;**

- KEITA Khadidja, « la sanction de l'abus de minorité », Mémoire UCAD 2008, 41 pages ;**
- KONGATOUA-KOSSONZO Augustin, « l'intervention des actionnaires dans le fonctionnement des sociétés anonymes », Thèse, Panthéon-Sarbonne, Paris I, mai 1997, lextenso, 336 pages ;**
- K. Grévain-Lemercier, « Le devoir de loyauté en droit des sociétés », thèse dact., Rennes I, 2011, Presses univ. Aix-Marseille ;**
- LEDENTU Florent, « Système de gouvernance des entreprises et présence d'actionnaire de contrôle : le cas Suisse », Thèse en vue de l'obtention de grade de docteur, Université de Fribourg, 19 février 2008 ;**
- LEROY Caroline, « Le pacte d'actionnaires dans l'environnement sociétaire », Thèse en vue de l'obtention de grade de docteur, Université Paris-Est CRETEIL VAL DE MARNE, soutenue le 14 juin 2010, sous la direction de Mme le Pr RANOUIL Véronique ;**
- MBAYE Mayatta Ndiaye, « fusions, scissions et apports partiels d'actifs transfrontaliers en Afrique », Thèse, Paris X Nanterre, 2006 ;**
- NZOUABETH Dieunedort, « les litiges entre associés », Thèse UCAD, 2005, 447 pages ;**
- RABANI Adamou, « L'imputation des infractions d'affaires », Thèse Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2009, 315 pages ;**
- SAKHO Abdoulaye, « le groupe de sociétés et le droit : contribution à la recherche sur la notion de pouvoir en droit privé », Thèse UCAD, 1993 ;**
- SANI MANI Larwanou, « La problématique de la protection des intérêts des créanciers en droit OHADA des procédures collectives », Mémoire, Université Cheikh Anta Diop, 2013 ;**
- TALFI I. Bachir, « Contribution du droit des sociétés commerciales de l'OHADA à une théorie générale de la personnalité morale en droit privé », Thèse de doctorat d'Etat de droit privé, UCAD Dakar, 2006 ;**
- TOH Aymar, « La prévention des difficultés des entreprises : étude comparée de droit français et droit OHADA », Université de Bordeaux, thèse soutenue le 09 décembre 2015 ;**

IV- Articles-Actes de colloques-Chroniques, Communications et Rapports :

- ABARCHI (D.), « La supranationalité de l'OHADA », Revue burkinabé de droit, n°37, 1^{er} semestre 2000, consultable sur : www.ohada.com/ohadata/D-02-02, 30 pages ;

-ADJITA Akrawati Shamsidine, « L'achat par la société de ses propres actions : esquisse d'une étude comparative entre le droit français et le droit uniforme OHADA », Revue internationale de droit économique, t. XV, n°1, p.41 ;

-AKAM AKAM André, - « Soliloque sur un exemple d'incohérence en droit OHADA : la cessation des fonctions des dirigeants sociaux », in Les mutations juridiques dans le système ohada, l'Harmattan Cameroun, 2009, p.101 ;

-« La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit OHADA », revue internationale de droit économique, vol. 21, 2007, p.211 ;

-ALGADI Aziber Seïd, « Procédure d'alerte » in Encyclopédie du droit OHADA, POUGOUE P.-G (dir.), Lamy 2011, p.1423 ;

-AMAR Jacques, « Intérêts particuliers, intérêt de l'entreprise, intérêt général en droit du travail », in « les conflits d'intérêts : fonction et maîtrise », colloque du 18 octobre 2012, sous la coordination de François PASQUALINI, Centre Français de Comparé, vol., 15, p. 277;

-ASENCIO Stéphane, « Le dirigeant de société, « un mandataire spécial » d'intérêt commun », Revue des sociétés 2000 p.683, 27 pages ;

-AYNES Laurent, « L'obligation de loyauté », (p. 195-204), L.AYNES, Arch.phil.droit 44 (2000) ;

-BA Ibrahima ; « Observations sur l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE du Traité de l'OHADA » ; 26 pages; ohadata D-10-32 ; www.ohada.com;

-BADJI Patrice Samuel A, - « Les orientations du législateurs OHADA dans l'AUDSCGIE révisé », in Revue ERSUMA n°6, nouvelle édition janvier 2016, p.9 ; consultable sur <http://revue.ersuma.org>;

- « OHADA et bonne gouvernance d'entreprise » in Recueil d'études sur l'OHADA et les normes juridiques africaines, PUAM 2013, p.233 ;

-« L'attitude des législateurs nationaux et OHADA face à la RSE : différence ou simularité d'approche ?», in Actes du colloques sur le thème : « la responsabilité sociale des entreprises (RSE) : regards comparés sénégalais et français », Presses universitaires de Dakar, éd. 2018, p.107 ;

-BAHBOUHI Soror, « Les conflits d'intérêts en matière bancaire : des réformes structurelles, un pas en arrière...deux pas en avant ? », in « les conflits d'intérêts : fonction et maîtrise », colloque du 18 octobre 2012, sous la coordination de François PASQUALINI, Centre Français de Comparé, vol., 15, p. 261 ;

-BARRIERE François, « Ordre public et impérativité » : observations en droit pénal des sociétés anonymes, Revue des sociétés 2009, p.713 ;

-BENNINI Aida, « L'élargissement du cercle des conflits d'intérêts dans les sociétés commerciales », in « les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ? », collection CEPRISCA, puf 2006, 200 pages ;

-BICHERON Frédéric, « L'influence de la RSE sur les notions d'entreprise et de société », in Actes du colloques sur le thème : « la responsabilité sociale des entreprises (RSE) : regards comparés sénégalais et français », Presses universitaires de Dakar, éd. 2018, p.73 ;

-BIOULA Kassia, « Le recul de la nullité dans l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et le GIE », in Penant n°848, 2004, p.252 ;

-BISSARA Philippe, - « Le gouvernement d'entreprise en France : faut-il légiférer encore et de quelle manière ? », Revue des sociétés 2003, p.51 ;

- - « L'intérêt social », Revue des sociétés 1999, Dalloz 2015, p.5, 15 pages ;
- BISSALOUÉ Sylvie, - « Les clauses de gestion de crise dans les contrats des sociétés en droit OHADA », éditions Lamy 2017 ; 7 pages ; consultable sur : <https://www.actualitesdudroit.fr/browse/afrique/ohada/10399/les-clauses-de-gestion-de-crise-dans-les-contrats-de-societes-en-droit-ohada->;
- « Les usages comme source de droit en Afrique subsaharienne », éditions Lamy 2016, AR143_SUPPL_BISSALOUÉ, 22 pages ;
- BLANC Nathalie, « RSE et biopiraterie », in Actes du colloques sur le thème : « la responsabilité sociale des entreprises (RSE) : regards comparés sénégalais et français », Presses universitaires de Dakar, éd. 2018, p.127 ;
- BLONDIAU Monique, « Le règlement des conflits entre associés », UHPC-11/02/2010 ; 31 pages ;
- BOFFA Romain, « RSE et devoir de vigilance », in Actes du colloques sur le thème : « la responsabilité sociale des entreprises (RSE) : regards comparés sénégalais et français », Presses universitaires de Dakar, éd. 2018, p.61 ;
- BOMBA Denis Thérèse, « Le contrôle de gestion des sociétés commerciales dans l'espace OHADA », Revue de faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université de N'Gaoundéré, 2009, p.125 ;
- BOULOC Bernard, « L'action civile d'un actionnaire en matière d'abus de pouvoir et de délit d'initié », note sous Cour de cassation (crim.), 11 décembre 2002 Alain X, D.2003.424, RTD com. 2003.336, obs. N. Rontchevsky ;
- BURY Bénédicte, « La gestion des conflits d'intérêts. Condition du conseil », in « les conflits d'intérêts : fonction et maîtrise », colloque du 18 octobre 2012, sous la coordination de François PASQUALINI, Centre Français de Comparé, vol., 15, p. 321 ;

-CABRILLAC Rémy, « Les conflits d'intérêts en droit civil », in « les conflits d'intérêts : fonction et maîtrise », colloque du 18 octobre 2012, sous la coordination de François PASQUALINI, Centre Français de Comparé, vol., 15, p. 235 ;

- CARDUCC Guido, « L'intérêt en droit et les conflits d'intérêts en droits français et italien du mandat, de la représentation, des sociétés anonymes et du délit d'initié : Notes de droit commun et de droit spécial », in « les conflits d'intérêts : fonction et maîtrise », colloque du 18 octobre 2012, sous la coordination de François PASQUALINI, Centre Français de Comparé, vol., 15, p. 55 ;

- CHAPUT Yves, « De la cause et/ou de l'objet de la société », in Mélanges STOUFFLET, LGDJ, 2001, pages 25 à 32 ;

- CISSE Abdoulaye, « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : l'expérience de l'OHADA à l'épreuve de sa première décennie », Revue internationale de droit économique, 2004/2 t. XVIII, 2, pages 197 à 225 ;

-CONAC Pierre-Henri, - « Les conflits d'intérêts dans les groupes de sociétés », in « les conflits d'intérêts : fonction et maîtrise », colloque du 18 octobre 2012, sous la coordination de François PASQUALINI, Centre Français de Comparé, vol., 15, p. 245;

- « La dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général des sociétés anonymes selon la loi relative aux nouvelles régulations économiques », Droit 21, 2001, ER 052 : consultable sur : <http://www.droit21.com>;

-CONSTANTIN Alexis, « Dispositif de prévention des conflits d'intérêts par l'information en droit des sociétés », in « les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ? », collection CEPRISCA, puf 2006, p.57;

-COULON Jean-Marie et autres, « La dépénalisation de la vie des affaires », Rapport au garde des sceaux, ministre de la justice, Collection des rapports officiels, janvier 2008, 133 pages ;

-COURET Alain, « La structure juridique des entreprises (corporate governance) », Revue internationale de droit économique, 2002/2-t. XVI, p.339-367, consultable sur : <http://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2002-2-page-339.htm> ;

-CUIF Pierre-François, « Le conflit d'intérêts : essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », RTD.com, 2005, p.1, 36 pages ;

-DAMMANN Reinhard et ali, « Indépendance et conflits d'intérêts en droit allemand des sociétés », in « les conflits d'intérêts : fonction et maîtrise », colloque du 18 octobre 2012, sous la coordination de François PASQUALINI, Centre Français de Comparé, vol., 15, p. 45;

-DECOOPMAN Nicole, « Conflits d'intérêts, impartialité, incompatibilités », in « les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ? », collection CEPRISCA, puf 2006, 200 pages ;

-DEUMIER Pascale, « Chartes et codes de conduite des entreprises : les degrés de normativité des engagements éthiques (Circ. DGT 2008/22 du 19 nov. 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur) », RTD Civ. Éditions Dalloz 2012 p. 77 ;

-DIAKHATE Mamadou, SEMBE Ibrahima, « Regards croisés sur l'intervention du juge dans la vie des sociétés commerciales », Revue sénégalaise de droit des affaires, n°1, janvier-juin 2003, p.111. ;

-DIALLO Adoulaye, « La pratique de la responsabilité sociétale des entreprises par les firmes de télécommunication au Sénégal », in Actes du colloques sur le thème : « la responsabilité sociale des entreprises (RSE) : regards comparés sénégalais et français », Presses universitaires de Dakar, éd. 2018, p.51 ;

-DIAWARA Karounga et LAVALLEE Sophie, « La responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) dans l'espace OHADA : Pour une ouverture aux considérations non économiques », Revue internationale de droit économique, 2014/4 t. XXVIII | pages 431

à 451, consultable sur : <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droiteconomique-2014-4-page-431.htm>;

-DIOUF Ndiaw, -« La responsabilité du dirigeant social en droit OHADA », leçon inaugurale, colloque de Douala du 19 au 20 mars 2015 ;

-« La place du droit pénal dans le droit communautaire », Nouvelles-Annales de la faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université Cheikh Anta DIOP n°1, 2007, p.161 ;

-« Actes Uniformes et droit pénal des Etats signataires du Traité de l'OHADA : La difficile émergence d'un droit communautaire des affaires dans l'espace OHADA », ohadata D-05-41 ;

-DJAHA Konan Francis ; « L'exercice du contrôle des sociétés anonymes en droit OHADA ; Actualités Juridiques, Edition Economique » ; n°2/2011, p.133, ohadata D-13-31, 28 pages, www.ohada.com;

-DJEDJE Pierre, HOMMAN-LUDIYE Lamine, « Le contrôle de la gestion des SA et des SARL », Cahiers juridiques et fiscaux, CFCE, 1998, n°2, p.317 ;

-DOGUE Karel Osiris Coffi, « Régard critique et pratique sur l'agent des sûretés de l'OHADA », Séminaire « Comprendre et s'approprier le nouvel Acte Uniforme sur les sûretés. Quels enjeux pour l'activité bancaire ? », Ouagadougou du 18 au 22 mars 2013 et organisé par SIRE-OHADA, 24 pages, dogue.ersuma@ohada.org;

-DONDERO Bruno, « Le traitement juridique des conflits d'intérêts : entre droit commun et dispositifs spéciaux », Recueil Dalloz 2012, p.1686, 14 pages ;

-DORMONT Sarah, « RSE et droit de l'environnement », in Actes du colloques sur le thème : « la responsabilité sociale des entreprises (RSE) : regards comparés sénégalais et français », Presses universitaires de Dakar, éd. 2018, p.141 ;

-EYANGO DJOMBI André Desmonds, « La contractualisation du droit des sociétés commerciales de l'OHADA », PENANT n°893 octobre-décembre 2015, édition juris africa, p.433 à 470 ;

-FAYE Amadou ; « l'égalité entre associés (Acte Uniforme sur le droit des sociétés commerciales et du GIE) », 17 pages ; ohadata D-04-10 ; www.ohada.com;

-FENEON Alain ; - « La mésentente entre associés dans les sociétés anonymes OHADA : prévention et modes de règlement », Penant n°848, 2004, p.265;

-« Les droits des actionnaires minoritaires dans les sociétés commerciales de l'espace OHADA », Penant n°839, 2002, p.153 ;

-FOKO Athanase, - « L'essor de l'expertise de gestion dans l'espace OHADA », Penant n°867, 2009, p.173 ;

- « Analyse critique de quelques aspects du droit pénal OHADA », Penant n°859, 2007, p.195 ;

-GAMET Laurent, « Droits de l'homme au travail : entre initiative publique et initiative privée », in Actes du colloques sur le thème : « la responsabilité sociale des entreprises (RSE) : regards comparés sénégalais et français », Presses universitaires de Dakar, éd. 2018, p.85 ;

-GNAHOUI Rock David, « Intérêt de l'entreprise et des droits des salariés », Ohadata D-04-31, 33 pages ;

-GOURISSE Benoît, « La déontologie et les conflits d'intérêts : un point de vue libre d'ancien déontologue », in « les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ? », collection CEPRISCA, puf 2006, p.75 ;

-GRANIER Thierry, « La permanence de la mission des commissaires aux comptes et ses conséquences sur l'étendue de leur responsabilité », Note sur Cour de cassation (com.), 24 octobre 2000, SA Cabinet J-C. Bertin c/ SA Valotel, Revue des sociétés 2001, p.90 ;

-GUYON Yves, « Preuve de la qualité d'associé », Note sous Cour de cassation (1^{re} civ.), 19 décembre 2000 J. Barbier c/ Coopérative vinicole La Vigne Blanche ; Revue des sociétés 2001, p.81 ;

-HOEGAH Théodore, « Le nouveau droit des sociétés », communication au 1^{er} colloque national de l'Association ivoirienne Henri Capitant, Abidjan 2 avril 2001 in Le nouvel environnement juridique de l'entreprise dans la zone franc. Quel bilan ?, actes du colloque, CNDJ, 2001, p.116 ;

-HOPT Klaus J, « Le gouvernement d'entreprise : expériences allemandes et européennes », Revue des sociétés 2001, p.1 ;

-HOUNKPE Julien-Coomlan ; « Pactes d'actionnaires et prévention des conflits dans la société anonyme de l'espace OHADA » ; 6 pages ; ohadata D-11-100, www.ohada.com;

-HOVASSE Henri, « Les conflits d'intérêts d'origine familiale dans les sociétés », in « les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ? », collection CEPRISCA, puf 2006, p.17;

-HURSTEL Daniel et ali, - « La loi Sarbannes-Oxley doit-elle inspirer une réforme du gouvernement d'entreprise en France ? », Revue des sociétés 2003, p.13 ;

- « Est-il urgent et indispensable de réformer le droit des sociétés au nom de la « corporate governance »?, Revue des sociétés 1995 p.633 ;

-INGEN-HOUSZ Arnaud, « Les conflits d'intérêts en droit néerlandais des sociétés, la voie vers la réforme de 2013 », in « les conflits d'intérêts : fonction et maîtrise », colloque du 18 octobre 2012, sous la coordination de François PASQUALINI, Centre Français de Comparé, vol., 15, p. 137 ;

-ISSA SAYEGH Joseph, - « Droit des sociétés commerciales : droit commun et régimes particuliers », Ohadata D-03-09 ;

- « Le caractère d'ordre public des dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique : AUSCGIE », Ohadata D-09-39 ;

-JOHNSON K.A Franck, « Les principes de gouvernement d'entreprise (l'OCDE) », FLASH n°4, Revue, experts associés, n°6, décembre 2005, Ohadata D-06-18 ; 8 pages ;

-KANGAMBEGA Elisabeth. Lallé, « Observations sur les aspects pénaux de l'OHADA », Penant n°834, 2010, p.312 ;

-KANTE Alassane, « Rapport de synthèse sur la responsabilité sociale des entreprises (RSE) », in Actes du colloques sur le thème : « la responsabilité sociale des entreprises (RSE) : regards comparés sénégalais et français », Presses universitaires de Dakar, éd. 2018, p.157 ;

-KANTE NGUIHE Pascal, « A propos de l'effectivité des codes éthiques : contribution à un changement de perspectives des sources créatrices du droit privé », Revue de l'Ersuma n°2 mars 2013, p.11, consultable sur <http://revue.ersuma.org>.

-KLAUS J. Hopt, « Le gouvernement d'entreprise », Revue sociétés 2001, p.1, Dalloz 2015, 6 pages ;

- KONATE M. et autres ; - « Gestion de crise en OHADA : anticipation conventionnelle et statutaire-gestion négociée et règlement des conflits » ; ohadata D-09-43 ; 11 pages, www.ohada.com;

-KUATE TAMEGUE Sylvain Sorel, - « Quelques ambiguïtés de l'expertise de gestion dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », Recueil d'études sur l'OHADA et l'UEMOA, J. MESTRE (dir.), PUAM 2010, p.147 ;

- « Interrogation sur l'abus de minorité dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », Recueil d'études sur l'OHADA et l'UEMOA, J. MESTRE (dir.) ; Vol. I, PUAM 2010, p.209 ;

-LAMETHE Didier, « Les causes relatives aux conflits d'intérêts dans les contrats internationaux : art de vivre ou tactique guerrière ? », in « les conflits d'intérêts : fonction et maîtrise », colloque du 18 octobre 2012, sous la coordination de François PASQUALINI, Centre Français de Comparé, vol., 15, p. 161 ;

-LAPRUN Charles-Henri, « Les conflits d'intérêts des commissaires aux comptes » ; in « les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ? », collection CEPRISCA, puf 2006, p.25 ;

-LARRIEU Peggy, « L'interprétation des pactes extra-statutaires », Revue des sociétés 2007, p.697 ;

-LE CANNU Paul, « L'expertise de gestion à la suite de la loi NRE : de la chicane au dialogue ? », Droit 21, 2001, ER 047, consultable sur : <http://www.droit21.com>, mise en ligne : 8 octobre 2001 ;

-LEFBVRE Josey, « Création et gestion du conflit d'intérêts en déontologie médicale : un exemple aux antipodes du droit des affaires », in « les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ? », collection CEPRISCA, puf 2006, 200 pages ;

-LOUKAKOU Didier, « Les conventions règlementées dans les sociétés commerciales de l'espace OHADA », Penant n°848, p.326 ;

-LY Ibrahima et BARRY Philippe M., « La RSE comme code de conduite dans les industries extractives », in Actes du colloques sur le thème : « la responsabilité sociale des entreprises (RSE) : regards comparés sénégalais et français », Presses universitaires de Dakar, éd. 2018, p.23.

-MAGNIER Véronique, « Les conflits d'intérêts dans les principes of corporate governance », in « les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ? », collection CEPRISCA, puf 2006, 200 pages ;

-MAHOUE Michel, « Le système pénal OHADA ou l'uniformisation à mi-chemin », Penant n°846, 2004, p.87 ;

-MASSAMBA Roger, « Avantages comparatifs des Actes uniformes OHADA », Penant n°869, p.489, ohadata D-10-24 ;

-MATSOPOULOU Haritini, « Les conflits d'intérêts en droit pénal », in « les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ? », collection CEPRISCA, puf 2006, 200 pages ;

-MBAYE Mayatta Ndiaye, -« Fusion, scission, apport partiel d'actif », in Encyclopédie du droit OHADA, POUGOUE Paul-Gérard (dir.), Lamy, 2011, p.866 ;

-« Les groupes de sociétés dans l'OHADA », Penant 2004, p.2004, p. 265 ;

-MERLE P., « Les nouvelles responsabilités des comités d'audit », Bull. Joly 2009, p.216 ;

-MESTRE Jacques, - « Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat » ; revue de droit HENRICAPITANT n° 3 du 30 décembre 2011; 8 pages ;

- « Droit des sociétés et principes généraux du droit », inédit, 21 pages ;

- « Le droit français des sociétés devant les exigences de la justice », Les Cahiers de droit, Vol. 42, n°3, 2001, p.827-839, consultable sur : <http://id.erudit.org/iderudit/043677ar> ;

-MEUKE Bérénger, - « De la validité en OHADA, d'un pacte d'actionnaire précédant les statuts et la constitution de la société », 2 pages ; ohadata D-11-99 ; www.ohada.com;

- « De l'intérêt social dans l'AUDSC/GIE de l'OHADA » ; 14 pages ; ohadata D-06-24, www.ohada.com;

- « L'information des actionnaires minoritaires dans l'OHADA : Réflexions sur l'expertise de gestion » ; 14 pages, ohadata D-05-56, www.ohada.com;

-MORET-BAILLY Joël, « Définir les conflits d'intérêts », Recueil Dalloz 2011, p.1100 ;

-MULLER-QUOY Isabelle, « Conflits d'intérêts et responsables locaux », in « les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ? », collection CEPRISCA, puf 2006, p.41 ;

-NDIAYE A. Wakhab, « le capital humain dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUDSCGIE) », Annales africaines, décembre 2014, Vol. 2, p.23 et s.;

-NDIAYE Isaac Y., - « Réflexions sur le droit du cautionnement OHADA », in RSDA n° 5, 6, 7 et 8. 2005-2006, 35 pages ;

-« Introduction à la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) », in Actes du colloques sur le thème : « la responsabilité sociale des entreprises (RSE) : regards comparés sénégalais et français », Presses universitaires de Dakar, éd. 2018, p.17.

-PACLOT Yann, - « Les conflits d'intérêts d'analystes financiers », in « les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ? », collection CEPRISCA, puf 2006, p.31 ;

- « La juridicité du code AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées », Revue des sociétés 2011, p.395 ;

-PAGOP NOUPOUE Joseph, « Conflits d'intérêts et acte uniforme ohada sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique », in « les conflits d'intérêts : fonction et maîtrise », colloque du 18 octobre 2012, sous la coordination de François PASQUALINI, Centre Français de Comparé, vol., 15, p.383;

-PAILLUSSEAU Jean ; - « L'Acte Uniforme sur le droit des sociétés » ; Henri Capitant 2002 ; 21 pages ; ohadata D-04-17 ; www.ohada.com;

- La modernisation du droit des sociétés commerciales, «Une reconception du droit des sociétés commerciales », Recueil Dalloz 1996 p.287 ;

-PASQUALINI François (coordonateur), « Les conflits d'intérêts : fonction et maîtrise », colloque du 18 octobre 2012, centre français de droit comparé, volume 15, Paris 2013, 22 pages ;

-PEREIRA Brigitte, « Fraude et intérêt social : la problématique de l'abus de biens sociaux », Annales des Mines - Gérer et comprendre, ESKA, 2013/3 n°113, p.19 à 29, consultable sur : <https://www.cairn.info/revue-gerer-et-comprendre1-2013-3-page-19.htm>;

-PEROT-REBOUL Corinne, « Conflit d'intérêts, procédure collective et office du juge », in « les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ? », collection CEPRISCA, puf 2006, p.85 ;

-PORACCHIA Didier, « Regard sur l'intérêt social », Revue des sociétés 2012, p.475, Dalloz 2015 ;

-PRADEL Jean, « Conflits d'intérêts et matière pénale », in « les conflits d'intérêts : fonction et maîtrise », colloque du 18 octobre 2012, sous la coordination de François PASQUALINI, Centre Français de Comparé, vol., 15, p. 305;

-RABANI Adamou, « Plaidoyer pour une responsabilité pénale des personnes morales en droit OHADA », Revue de l'ERSUMA n°2 mars 2013, p.43, consultable sur : <http://revue.ersuma.org> ;

-RAMQUET Pierre et 2 autres, « Les conflits entre associés de sociétés commerciales » ; lex fori international lawyers ; 59 pages ;

-Rapport sur « Evaluation de l'Impact des Réformes OHADA : Actes uniformes sur le droit commercial général, des sociétés, des sûretés, et de l'apurement du passif », Programme IFC sur le Climat d'Investissement-OHADA (2007-2017), Evaluation indépendante réalisée par ECOPA et ECONOMISTI Association ; décembre 2018, 113 pages, disponible sur : www.ohada.com;

-Rapport AMF 2013 sur la gouvernance d'entreprise et la rémunération des dirigeants des valeurs moyennes et petites, La semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°48, 28 novembre 2013, act.870. ;

-Rapport AMF 2010 sur le gouvernement d'entreprise, la rémunération des dirigeants et le contrôle interne des valeurs moyennes et petites, Droit des sociétés, n°2, février 2011, alerte 8 ;

-Rapport MARINI : résumé des 103 propositions, Bull. Joly. Sociétés, 1^{er} décembre 1996, n°12, p.1003.

-Recommandations MEDEF-AFEP sur la rémunération des dirigeants mandataires sociaux des sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé (octobre 2008) ;

-RELIQUET Frédéric et ali, « Examen comparé des modes en compte des conflits d'intérêts dans les conseils d'administration en France et dans les pays de common law », in « les conflits d'intérêts : fonction et maîtrise », colloque du 18 octobre 2012, sous la coordination de François PASQUALINI, Centre Français de Comparé, vol., 15, p. 147 ;

-RIASSETTO Isabelle, « Conflits d'intérêts en droit luxembourgeois d'investissement », in « les conflits d'intérêts : fonction et maîtrise », colloque du 18 octobre 2012, sous la coordination de François PASQUALINI, Centre Français de Comparé, vol., 15, p. 97 ;

-ROBACZEWSKI Corinne, « le droit pénal des affaires à l'épreuve des principes du code pénal », in Mélanges en l'honneur d'Yves MAYAUD « Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint », Dalloz, 2017, p.241 à 253 ;

-ROUSSEAU Stéphane et TCHOTOURIAN Ivan, « L' « intérêt social » en droit des sociétés : Regards transatlantiques, article réalisé à la Chaire de droit des affaires et du commerce international (CDACI) sur le thème de la responsabilité sociale des entreprises cotées, 32 pages ;

-SAINTOURENS Bernard, - « Difficultés de répartition des pouvoirs entre le conseil d'administration et le directeur général de la société anonyme après la loi NRE du 15 mai 2001 », note sous tribunal du commerce de Bordeaux, ord. réf., 2 janvier 2003, Marchiani c/ Dubernard ; Revue des sociétés 2003, p.134 ;

- « La flexibilité du droit des sociétés », RTDcom., 1987, pages 457 à 494 ;

- SAKHO Abdoulaye, - « les attentes légales en matière de commissariat aux comptes », revue sénégalaise de droit des affaires, n°5-6-7-8, 2005-2006, p.93 ;
 - « l'exécution forcée des obligations de faire résultant des pactes de préférence dans les cessions d'actions », in L'obligation, Etudes offertes à P. G POUGOUE, l'harmattan, 2015, p ; 810 à 833. ;

- SAMB Moussa, - « La réforme du droit des sociétés de l'OHADA : aspects généraux et droit transitoire », Bull. de droit économique, 2014, 2 B.D.E, 13 pages, consultable sur :http://www.droit-economique.org/wp-content/uploads/2015/01/1-Moussa_Samb.pdf;

 - « A propos de la résurgence de la médiation comme mode alternatif de résolution des conflits sociaux en Afrique » ; PENANT n°894 janvier-mars 2016, édition juris africa, p.12 à 32 ;
 - « Régulation et sécurité alimentaire », communication UCAD, avril 2019, 16 pages ;

- SAMBE Oumar, « Nomination d'un administrateur provisoire par le juge dans une société anonyme » ; doctrine OHADA, 2 pages, www.ohada.com;

- SANDS. S Roselyn, « Conflits d'intérêts : quel équilibre entreprise et employés en droit social américain », in « les conflits d'intérêts : fonction et maîtrise », colloque du 18 octobre 2012, sous la coordination de François PASQUALINI, Centre Français de Comparé, vol., 15, p. 25 ;

- SCHMIDT Dominique, - « Les associés et les dirigeants sociaux », in « les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ? », collection CEPRISCA, puf 2006, p. 11;

 - « Conventions réglementées : commentaire du rapport de travail du groupe AMF sur les assemblées générales d'actionnaires de sociétés cotées » ; Revue des sociétés 2012, p.139 ;
 - « Essai de systématisation des conflits d'intérêts », Dalloz 24 février 2013, n°7, 6 pages ;

-SENE Dominique, « La responsabilité sociale des entreprises comme outil de développement communautaire dans les pays en développement », in Actes du colloques sur le thème : « la responsabilité sociale des entreprises (RSE) : regards comparés sénégalais et français », Presses universitaires de Dakar, éd. 2018, p.37 ;

-SORTAIS Jean-Pierre, « Abus de droit (majorité, minorité, égalité) », in Rép. Sociétés Dalloz, mars 2003, 16 pages ;

-TAGOURLA Fatimata, « Les pouvoirs des dirigeants sociaux dans l'espace OHADA à l'épreuve des principes de bonne gouvernance », Revue trimestrielle de droit africain, 123^{ème} année, n°883, avril-juin 2013, p.189 à 221 ;

-TERRE François, « Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires : observations finales », in « les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ? », collection CEPRISCA, puf 2006, 200 pages ;

-TOE Souleymane, « Analyse critique du cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail en droit OHADA », Revue trimestrielle de droit africain PENANT ; juillet-septembre 2016, n°896, pages 416 à 442 ;

-TREBULLE François Guy, « Responsabilité sociale de l'entreprise (Entreprise et éthique environnementale), Dalloz 2015, 22 pages ;

-TSOPBEING Marcel Williams, « L'information des associés, une exigence fondamentale du droit des sociétés OHADA », Penant n°892 , juillet-septembre 2015, p.293 ;

-URBAIN-Parleani Isabelle ; « L'amélioration de l'information sur la gouvernance de l'entreprise » ; revue des sociétés 2013 ; p.393 ; 8 pages ;

-VATINET RAYMONDE, « Le rapport Marini et l'évolution du droit des sociétés vers une « contre-réforme » de l'entreprise ? », Droit social 1997 p.608 ;

-VERKHOVSKOY Pierre, « Les conflits d'intérêts en droit japonais des affaires », in « les conflits d'intérêts : fonction et maîtrise », colloque du 18 octobre 2012, sous la coordination de François PASQUALINI, Centre Français de Comparé, vol., 15, p. 125 ;

- VIANDIER Alain, « L'administrateur indépendant des sociétés cotées », RJDA 6/08, p.599 ;

-WILFRID Eric Goncalves ; « La rupture de l'égalité dans les souscriptions prioritaires d'actions en droit OHADA » ; ohadata D-13-38, 32 pages ; www.ohada.com;

V Textes de lois et réglementaires :

-OHADA, Traité et Actes Uniformes commentés et annotés, juriscope 2016, sous la coordination des professeurs : ISSA SAYEGH Joseph, POUGOUE Paul-Gérard et SAWADOGO Filiga Michel, 1440 pages ;

-OHADA, code bleu, Textes annotés, jurisprudence résumée de la CCJA, Annotations du droit comparé, éd. JURIAFRICA, 2014, sous la direction de MBOCK BIUMLA Jean Michel, 857 pages ;

-Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique ; signé à Port Louis du 17 octobre 1993, modifié et complété le 17 octobre 2008 au Québec ;

-Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du Groupement d'intérêt économique (AUDSC/GIE), J.O. OHADA n°2, 1er octobre 1997, révisé et adopté le 30 janvier 2014 à Ouagadougou, consultable sur www.ohada.com;

--Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA du 10 avril 1998 (AUPC/AP), J.O. OHADA n°7, 1er juillet 1998, consultable sur www.ohada.com ;

--Acte Uniforme portant organisation des sûretés (AUS), adopté le 15/12/2010 à Lomé au Togo, publié dans le J.O. OHADA, n° 22 du 15/02/2011, consultable sur www.ohada.com;

-Acte Uniforme portant sur le droit commercial général, adopté le 15 décembre 2010 à Lomé, JO n° 23 du 15 décembre 2010, consultable sur www.ohada.com;

-Avant projet d'amendements de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, OHADA ; inédit ;

-Loi n° 63-62 du 10 Juillet 1963 portant première partie du Code des Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal (règles générales du droit des obligations), entrée en vigueur le 15 Janvier 1967 ; J.O.S du 15 janvier 1967, consultable sur <http://www.droitafrique.com/images/textes/Senegal/Senegal%20%20Code%20des%20obligations%20civiles%20et%20commerciales.pdf>;

-Loi n°2017-10 du 31 mars 2017 portant infractions relatives au droit OHADA (JOSP/ Niger n°11 du 15 mai 2017) ;

-Loi n° 2008-26 du 28 juillet 2008 portant réglementation bancaire, JO de la République du Sénégal, n° 6437 du samedi 8 novembre 2008, consultable sur <http://www.jo.gouv.sn/spip.php?article7175> ;

-Loi-cadre portant réglementation bancaire (BCEAO), <http://www.bceao.int/IMG/pdf/loi.pdf>;

-Instruction n° 31/2005 du CREPMF sur le commissariat aux comptes des sociétés cotées, http://www.crepmf.org/reglementation/pdf/INSTRUCTION_031.pdf;

-Code civil du 31 mars 1803, rendu applicable par décret du 6 août 1901 et par l'article 76 de la Constitution du 8 novembre 1960, *Recueil des lois et règlements, 1990, Secrétariat général du Gouvernement, Niamey, Niger, Ch. 18.1 ; consultable sur* http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex_browse.details?p_lang=fr&p_isn=28078;

- Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux Nouvelles Régulations Economiques dite Loi NRE, publiée au JO du 16 mai 2001 (p.7776 et suivants) et consultable sur site internet Legifrance ;

- Règlement Général relatif à l'organisation, au fonctionnement et au contrôle du Marché Financier Régional de l'UMOA.

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS.....	II
DEDICACES	III
LISTE DES SIGLES ET PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	IV
INTRODUCTION GENERALE	1
PARTIE I : LES MECANISMES DE PROTECTION INDIRECTE DE L'INTERET SOCIAL.....	26
TITRE I : UNE PROTECTION ESSENTIELLEMENT FONDEE SUR DES MECANISMES LEGAUX	27
CHAPITRE I : LA CONSECRATION DES PRINCIPES DE LA GOUVERNANCE D'ENTREPRISE	
RELATIFS A LA TRANSPARENCE DE GESTION.....	29
Section I : L'exigence de la transparence dans la gestion sociale	31
Paragraphe I : Le renforcement du droit à l'information des associés.....	32
A- Une information constante	33
B- Une information susceptible d'amélioration.....	40
Paragraphe II : Le renforcement du droit de contrôle des associés	44
A- Le réaménagement du droit d'alerte des associés	45
B- L'allégement de la procédure d'expertise de gestion.....	48
Section II : Le renforcement de la transparence dans le fonctionnement des sociétés commerciales	53
Paragraphe I : Le rééquilibrage des pouvoirs des organes exécutifs	54
A- La clarification de la mission du conseil d'administration	55
B- La redéfinition des pouvoirs des organes de gestion	61
Paragraphe II : L'omniprésence du contrôleur légal.....	65
A- Le renforcement de la mission du commissaire aux comptes.....	66
B- L'extension des incompatibilités des commissaires aux comptes	75
CHAPITRE II : LA CONSECRATION DES PRINCIPES DE LA GOUVERNANCE D'ENTREPRISE	
RELATIFS A LA PROTECTION DU PATRIMOINE DE L'ENTREPRISE	81
Section I : Les mécanismes de protection de l'intérêt social fondés sur le contrôle des conventions passées avec la société commerciale	82
Paragraphe I : L'efficacité de l'interdiction pure et simple de certaines conventions avec la société.....	83

A- L'étendue de l'interdiction.....	84
B- L'institution d'une sanction à la violation de l'interdiction.....	87
Paragraphe II : L'efficacité relative de l'autorisation préalable pour certaines conventions	90
A- Une réglementation minutieuse.....	91
B- Une réglementation perfectible	98
Section II : Les mécanismes de protection de l'intérêt social fondés sur le contrôle de la situation des dirigeants.....	103
Paragraphe I : Le contrôle des rémunérations des dirigeants.....	104
A- Le rôle prépondérant des associés dans la fixation de la rémunération	105
B- Le contrôle particulier des rémunérations en cas de cumul avec un contrat de travail..	112
Paragraphe II : Le contrôle du cumul de mandats sociaux	120
A- La limitation de mandats d'administrateur	121
B- L'institution d'une sanction à l'inobservation de la règle.....	125
TITRE II : UNE PROTECTION DESORMAIS POSSIBLE A TRAVERS DES MECANISMES COMPLEMENTAIRES.....	129
CHAPITRE I : LA RECONNAISSANCE DES MECANISMES VOLONTARISTES DE PROTECTION DE L'INTERET SOCIAL.....	130
Section I : La protection de l'intérêt social par le recours aux pactes d'actionnaires.....	132
Paragraphe I : Les pactes portant sur le droit de vote : un moyen de protection de l'intérêt social	133
A- Les conditions de validité subordonnées au respect de l'intérêt social.....	134
B- La problématique de la sanction de la violation des pactes de votation	138
Paragraphe II : Les pactes aménageant la négociabilité des titres : un moyen de stabilisation de l'actionnariat	142
A- La soumission des clauses d'inaliénabilité à un régime fermé	143
B- La soumission des clauses d'agrément et de préemption à un régime juridique ouvert	147
Section II : La protection de l'intérêt social par le recours aux codes de bonne conduite....	153
Paragraphe I : La consécration du principe « comply or explain ».....	154

A- Un principe fondamental.....	155
B- Un principe à portée limitée.....	158
Paragraphe II : La problématique de la valeur juridique des codes de bonne conduite..	160
A- La multiplicité des sources des codes de bonne conduite.....	161
B- La diversité des sanctions en cas de violation des codes de gouvernement d'entreprise	165
CHAPITRE II : LA RECONNAISSANCE DES MECANISMES SUPPLEMENTAIRES DE PROTECTION DE L'INTERET SOCIAL.....	171
Section I : La protection par la mise en place des comités spécialisés	172
Paragraphe I : Le comité d'audit, un organe exigé	173
A- Le comité d'audit, un organe indépendant au regard de sa composition	174
B- Le comité d'audit, un organe de contrôle au regard de ses attributions.....	177
Paragraphe II : Le comité de rémunération, un organe prôné.....	180
A- Un organe indépendant, au regard de sa composition.....	181
B- Le comité de rémunération, un organe aux décisions peu contraignantes au regard de sa mission.....	184
Section II : La protection à travers les mécanismes conventionnels.....	187
Paragraphe I : Le recours à la convention d'exclusion, un moyen de protection de l'intérêt de la société.....	188
A- L'encadrement de la procédure d'exclusion	189
B- La difficile conciliation du pouvoir d'exclure un associé avec le droit de rester associé	193
Paragraphe II : Le recours à la clause de retrait, un moyen de protection de l'intérêt de l'associé.....	196
A- L'encadrement de la procédure de retrait.....	197
B- La délicate appréciation des justes motifs et la problématique de l'évaluation des parts.....	199
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	201
PARTIE II : LES MECANISMES DE PROTECTION DIRECTE DE L'INTERET SOCIAL.....	205
TITRE I : UNE PROTECTION ESSENTIELLEMENT BASEE SUR L'INTERVENTION JUDICIAIRE.....	206

CHAPITRE I : LA PROTECTION DE L'INTERET SOCIAL A TRAVERS UNE INTERVENTION	
JUDICIAIRE RELATIVE.....	207
Section I : Un interventionnisme visant à sanctionner les abus de droit.....	209
Paragraphe I : Les conditions d'existence d'abus de minorité et d'égalité justifiant l'intervention du juge	210
A- L'intervention du juge justifiée par la sauvegarde de l'intérêt social dans l'abus de minorité.....	211
B- L'intervention du juge justifiée par l'évitement de la dissolution de la société dans l'abus d'égalité.....	217
Paragraphe II : Les conditions d'existence d'abus de majorité justifiant l'intervention du juge.....	221
A- Les hypothèses d'abus de majorité favorables à la théorie institutionnelle	223
B- Les hypothèses d'abus de majorité accentuées sur la rupture d'égalité.....	227
Section II : Un interventionnisme visant à sanctionner des décisions constitutives d'abus .	
.....	231
Paragraphe I : Les sanctions d'abus de majorité pouvant être prononcées par le juge...	232
A- L'annulation de la décision, sanction principale.....	233
B- L'allocation des dommages-intérêts, sanction éventuelle.....	236
Paragraphe II : Les sanctions d'abus de minorité et d'égalité pouvant être prononcées par le juge.....	240
A- La condamnation au paiement des dommages-intérêts.....	241
B- Le refus des décisions valant vote, un palliatif à l'interventionnisme excessif du juge	
.....	244
CHAPITRE II : LA PROTECTION DE L'INTERET SOCIAL A TRAVERS UNE INTERVENTION	
JUDICIAIRE AFFIRMEE	247
Section I : L'interventionnisme judiciaire à travers l'administration provisoire	249
Paragraphe I : Un interventionnisme affirmé au regard de l'imprécision des cas du recours.....	251
A- Le risque d'une immixtion judiciaire excessive dans le fonctionnement de la société .	
.....	252
B- La nécessaire exigence du risque de compromission de l'intérêt social comme condition de nomination de l'administrateur	256

Paragraphe II : Un interventionnisme affirmé mais encadré au regard des pouvoirs de l'administrateur	259
A- La détermination des pouvoirs de l'administrateur par le juge.....	260
B- Les pouvoirs résiduels des organes de gestion.....	263
Section II : L'interventionnisme judiciaire à travers le mandat ad hoc	266
Paragraphe I : Un interventionnisme limité au regard des cas du recours	267
A- La limitation des cas du recours	268
B- Les illustrations jurisprudentielles	271
Paragraphe II : Un interventionnisme ponctuel au regard de la mission confiée	274
A- Une mission de représentation des associés, un palliatif à la situation de blocage..	275
B- Une mission de représentation de la société, un palliatif au conflit d'intérêts.....	278
TITRE II : UNE PROTECTION DE L'INTERET SOCIAL PEU SATISFAISANTE	281
CHAPITRE I : L'EFFICACITE RELATIVE DE CERTAINS MECANISMES SANCTIONNANT LA VIOLATION DE L'INTERET SOCIAL	282
Section I : La sanction de la violation de l'intérêt social à travers le délit d'initié, un mécanisme peu satisfaisant	283
Paragraphe I : Le délit d'initié, une infraction aux contours incertains	285
A- L'extension possible de la liste d'initiés	286
B- La subtilité de la notion d' « information privilégiée » :	293
Paragraphe II : Le délit d'initié : une infraction à système de répression dual.....	296
A- Les sanctions pénales au plan national.....	297
B- Les sanctions administratives au plan communautaire	299
Section II : La sanction de la violation de l'intérêt social à travers la responsabilité des dirigeants sociaux, un mécanisme perfectible.....	302
Paragraphe I : Une responsabilité civile permanente.....	304
A- La multiplicité des cas de responsabilité.....	305
B- Une responsabilité à la mise en œuvre facile	309
Paragraphe II : Une responsabilité pénale handicapante	315
A- La sévérité du régime juridique de responsabilité pénale des dirigeants	316
B- Le nécessaire adoucissement du régime juridique de la responsabilité pénale des dirigeants sociaux.....	322
CHAPITRE II : UNE PROTECTION DE L'INTERET SOCIAL DIFFICILEMENT ATTEINTE	327

Section I : L'éclatement de la notion d'intérêt social	328
Paragraphe I : Un éclatement voulu par le législateur	329
A- L'intérêt social tantôt assimilé à l'intérêt commun des associés	330
B- L'intérêt social tantôt assimilé à l'intérêt de la société	334
Paragraphe II : La nécessité d'une conception extensive de l'intérêt social.....	338
A- L'évitement de la disparition précoce de la société	339
B- La nécessaire prise en compte de la responsabilité sociale de l'entreprise.....	344
Section II : Le faible recours aux mécanismes unificateurs.....	350
Paragraphe I : La réception progressive du principe de loyauté	351
A- La consécration de l'exigence de loyauté comme mécanisme de prévention des conflits d'intérêts	352
B- L'institution des sanctions à la violation de l'exigence de loyauté.....	357
Paragraphe II : La réception timide des codes de bonne conduite.....	361
A- Le caractère facultatif du recours aux codes de bonne conduite.....	363
B- Le caractère non contraignant des codes de bonne conduite	369
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE	379
CONCLUSION GENERALE	384
BIBLIOGRAPHIE :.....	389
TABLE DES MATIERES	413

Nom et prénoms du Candidat : SANI MANI Larwanou

Titre de la thèse : L'intérêt social dans la réforme du droit OHADA des sociétés commerciales au regard de la « corporate governance »

Date et lieu de soutenance :

Jury :

Président : M. NDIAYE Isaac Yankhoba, Professeur titulaire, agrégé des facultés de droit privé, Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar (SENEGAL), ancien doyen de la FSJP, ancien vice-président du Conseil constitutionnel.

Membres :

-M. SAKHO Abdoulaye, Maître de Conférences agrégé de droit privé, Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar (SENEGAL), ancien directeur de l'EDJPEG/UCAD,

-M. NDIAYE C.A. Wakhob, Maître de Conférences agrégé de droit privé, Faculté des Sciences Juridiques et Politiques, Université Cheikh Anta Diop de Dakar (SENEGAL),

-M. TALFI I. Bachir, Maître de Conférences agrégé de droit privé, Faculté des Sciences Juridiques et Politiques, Université Abdou Moumouni de Niamey (NIGER).

-SAMB Moussa, Professeur assimilé, agrégé de droit privé, Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar (SENEGAL), **directeur de thèse.**

Résumé :

Il s'agit à travers cette thèse de relever la réception des principes de la « corporate governance » dans la réforme du droit OHADA des sociétés commerciales. La réception de ces principes devait d'une part, changer le paradigme autour de la notion d'intérêt social et d'autre part, influencer sur les mécanismes de protection de l'intérêt social. En effet, la lecture groupée des dispositions de l'Acte Uniforme, permet de conclure à l'institution par le législateur des mécanismes de protection tant directe qu'indirecte de l'intérêt social.

D'abord, en ce qui concerne la protection indirecte, les mécanismes mis en place s'inspirent largement des principes de la « corporate governance ». Ainsi, le législateur OHADA a consacré ces principes pour apporter une certaine protection au patrimoine de la société contre les prélèvements des dirigeants et/ou associés et, d'autre part, il a renforcé les pouvoirs des associés qui ne participent pas à la gestion de la société. En effet, les droits reconnus à ces associés, s'ils sont bien exercés leur permettront de contrôler les actes des dirigeants en vérifiant si ces derniers sont conformes à l'intérêt social. La bonne information est gage de transparence de la gestion sociale. Le législateur offre également aux associés la possibilité de conclure des conventions extra statutaires qui, si elles sont bien utilisées permettront d'assurer une protection supplémentaire à l'intérêt social.

Ensuite, en ce qui concerne la protection directe de l'intérêt social, les mécanismes mis en place par le législateur légalisent l'intervention extérieure dans la gestion sociale. Il faut dire que l'intérêt social n'a pas fait l'objet d'une définition par le législateur OHADA, même s'il l'évoque par endroits. De ce fait, son appréciation se fait au cas par cas, d'où on y voit une notion éclatée. Cet éclatement voulu par le législateur permet de concilier les différentes conceptions de l'intérêt social et l'adaptation des solutions aux différentes situations. Le législateur OHADA consacre ainsi les différentes conceptions de l'intérêt social, même si aujourd'hui, les principes de la « corporate governance » invitent à repenser et à reconfigurer la notion d'intérêt social.

Toutefois, l'interventionnisme extérieur poussé dans la protection de l'intérêt social, peut entraîner une immixtion du juge dans la gestion sociale d'une part, et d'autre part, un recours excessif aux solutions du droit dur (hard law) dans le traitement des situations de conflits d'intérêts au détriment des solutions du droit souple (soft law). En effet, le droit des sociétés commerciales OHADA se révèle « répressif à l'excès mais en définitive peu « responsabilisant », trop contraignant pour être réellement efficace » pour reprendre les mots du Professeur Jean PAILLUSSEAU.

Au regard de tout ce qui précède des propositions sont faites, en vue d'améliorer les mécanismes de protection de l'intérêt social afin qu'ils assurent une certaine stabilité à l'actionnariat. Ensuite, à l'ère de la « corporate governance », l'intérêt social n'est plus ce qu'il était, au delà de l'intérêt des associés, il intègre d'autres dimensions : sociales, économiques et environnementales. Ainsi, les leçons tirées de la doctrine et de la jurisprudence OHADA, ainsi que le recours au droit comparé ont servi de sève nourricière à ce travail.

Mots clés : société commerciale, intérêt social, corporate governance, conflit d'intérêts, gouvernement d'entreprise, dirigeant social, associé, OHADA, administration provisoire, responsabilité sociale.