



Khaled AGUEMON

Réflexion sur l'abus en droit des sociétés dans l'espace OHADA : contribution du droit français

AGUEMON Khaled. *Réflexion sur l'abus en droit des sociétés dans l'espace OHADA : contribution du droit français*, sous la direction de - M. Franck MARMOZ. - Lyon : Université Jean Moulin (Lyon 3), 2013.
Disponible sur : www.theses.fr/2013LYO30038



Document diffusé sous le contrat Creative Commons « Paternité – pas d'utilisation commerciale - pas de modification » : vous êtes libre de le reproduire, de le distribuer et de le communiquer au public à condition d'en mentionner le nom de l'auteur et de ne pas le modifier, le transformer, l'adapter ni l'utiliser à des fins commerciales.

Doctorat de Droit privé

Khaled AGUEMON

**REFLEXION SUR L'ABUS EN DROIT DES SOCIETES DANS
L'ESPACE OHADA :
CONTRIBUTION DU DROIT FRANCAIS**

Présenté et soutenu publiquement le 7 septembre 2013

Devant le jury composé de :

- **M. Franck MARMOZ**, Doyen de la Faculté de droit de Lyon 3 (Directeur de recherche).
- **M. Nicolas BORGA**, Professeur à l'Université de Grenoble.
- **M. Joseph DJOGBENOU**, Professeur à l'Université d'Abomey-Calavi (BENIN).
- **M. Georges CAVALIER**, Maître de conférences habilité à diriger des recherches à l'Université de Lyon 3.

L'Université de Lyon 3 n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses, ces opinions devront être considérées comme propres à leurs auteurs.

REMERCIEMENTS

A M. **Franck MARMOZ**, Doyen de la faculté de droit de Lyon 3, sans qui ce travail n'aurait pu voir le jour ;

A mes parents, en particulier **Sikirath AGUEMON** : que ce travail soit le fruit de tes efforts considérables ;

A mes frères et sœur : **Hamet, Amir et Monia AGUEMON** ;

A **Ralia MAMA, Salim FAGBEMI, Stan OGBONNAYA**, et **Ramatou Mireille ALIO KORONEY** ;

A **Maître Eyal CHVIKA**, Avocat au Barreau de Paris pour son soutien indéfectible.

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIERE PARTIE - L'ASSIMILATION DE L'ABUS EN DROIT DES SOCIETES DANS L'ESPACE OHADA

TITRE I : DETERMINATION DE L'ABUS DANS L'ACTE UNIFORME RELATIF AU DROIT DES SOCIETES COMMERCIALES ET DU GROUPEMENT D'INTERÊT ECONOMIQUE

Chapitre I : Le concept d'abus dans l'acte uniforme

Chapitre II : L'abus : un concept à préciser dans l'acte uniforme

TITRE II : LES MANIFESTATIONS DE L'ABUS DANS L'ACTE UNIFORME RELATIF AU DROIT DES SOCIETES COMMERCIALES ET DU GROUPEMENT D'INTERÊT ECONOMIQUE

Chapitre I : Les abus de droit de vote dans l'acte uniforme

Chapitre II : L'abus de biens et du crédit sociaux dans l'acte uniforme

SECONDE PARTIE - LA MISSION DE L'ABUS EN DROIT DES SOCIETES DANS L'ESPACE OHADA

TITRE I : L'ABUS EN DROIT DES SOCIETES, UN INSTRUMENT DE PREVENTION DANS L'ACTE UNIFORME RELATIF AU DROIT DES SOCIETES COMMERCIALES ET DU GROUPEMENT D'INTERÊT ECONOMIQUE

Chapitre I : Les mécanismes conventionnels de prévention des abus dans l'acte
uniforme

Chapitre II : Les mécanismes alternatifs de prévention des abus dans l'Acte uniforme

TITRE II : L'ABUS EN DROIT DES SOCIETES, UN INSTRUMENT DE SANCTION DANS L'ACTE UNIFORME RELATIF AU DROIT DES SOCIETES COMMERCIALES ET DU GROUPEMENT D'INTERÊT ECONOMIQUE

Chapitre I : La responsabilité des acteurs sociétaires en matière d'abus dans l'acte
uniforme

Chapitre II : Observations sur une construction adaptée et nécessaire en matière d'abus
dans l'acte uniforme

CONCLUSION

TABLE DES ABREVIATIONS

Actes prat. ing. sociétaire	Revue Actes pratiques ingénierie sociétaire
Aff.	Affaire
AMF	Autorité des marchés financiers
A.J.D.A.	Actualité juridique de droit administratif
Al.	Alinéa
A. Colin	Armand Colin
Art.	Article
AUA	Acte uniforme de l'arbitrage
AUPOPCAP	Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif
AUPSRVE	Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution
AUSCGIE	Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique
BCEAO	Banque centrale des Etats de l'Afrique de l'Ouest
Bibl.	Bibliothèque
B.J.B.	Bulletin Joly bourse
BRDA	Bulletin rapide de droit des affaires Francis Lefebvre
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambres civiles)
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambre criminelle)
Bull. Joly Sociétés	Bulletin Joly Sociétés
Cah. Dr. Aff.	Cahiers de droit des affaires
Cah. Dr. entr.	Cahiers de droit de l'entreprise
CA	Cour d'appel
Cass. ass. plén.	Cour de cassation réunie en chambre plénière
Cass. civ.	Chambre civile de la Cour de cassation

Cass. ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
CE	Conseil d'Etat
CEDEAO	Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest
CEMAC	Communauté monétaire et économique de l'Afrique centrale
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
COCC	Code des obligations civiles et commerciales (Sénégal)
Coll.	Collection
Cons. Const.	Conseil constitutionnel
Contr. Con. Cons.	Contrats concurrence consommation
CREDA	Centre de recherche sur le droit des affaires
Chron.	Chronique
D.	Recueil Dalloz
D. Aff.	Dalloz droit des affaires
Dr. et patr.	Droit et patrimoine
D. sociétés	Droit des sociétés
D. soc.	Droit social
Ed.	Editions
ERSUMA	Ecole régionale supérieure de la magistrature
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du palais
In	Dans
Infra	ci-dessous
JCP	Juris-classeur périodique (Semaine juridique)
JCP E	Juris-classeur périodique édition Entreprise
JCP G	Juris-classeur périodique édition Générale

JCP N	Jurisqueleur périodique édition Notariale
Journ.	Journal
Journ. Soc.	Journal des sociétés
J.O.	Journal officiel
Jurispr.	Jurisprudence
LGDJ	Librairie de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites affiches
MEDEF	Mouvement des entreprises de France
Obs.	Observations
Ohada	Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires
Ohadata	Base de données doctrinale et jurisprudentielle de l'association UNIDA sur le droit Ohada
Op. cit.	Ouvrage précité
n°	Numéro
NRE	Nouvelles réglementations économiques (Loi)
p.	Page
Penant	Revue de droit des pays d'Afrique
préc.	Précité
PUA	Presses universitaires d'Afrique
PUF	Presses universitaires de France
Req.	Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation
Rec.	Recueil
RJ. Com.	Revue de jurisprudence commerciale
Rev. Sociétés	Revue des sociétés
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RTD. civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD. com.	Revue trimestrielle de droit commerciale
S.	Sirey
s.	Suivant

SA	Société anonyme
SARL	Société à responsabilité limitée
SCA	Société en commandite par actions
SCS	Société en commandite simple
SNC	Société en nom collectif
Somm.	Sommaire
Spéc.	Spéciale
Supra	ci-dessus
T.	Tome
T. dactyl.	Thèse dactylographiée
TRHC de Dakar	Tribunal régional hors classe de Dakar
Trib. com.	Tribunal de commerce
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
UNIDA	Association pour l'unification du droit en Afrique
UEMOA	Union économique monétaire ouest africaine
v.	Voir
Vol.	Volume

INTRODUCTION GENERALE

« *Tout usage finit par se changer en abus* »,
Jean DUTOURD, *Le fond et la forme*, 1958.

1- L'abus de droit a progressivement trouvé place dans la littérature juridique qui, le fait est connu, s'est considérablement élargie au fil du temps. Il est de moins en moins discuté que celui qui dépasse les frontières de son droit ou commet une faute dans l'exercice de celui-ci, particulièrement lorsqu'il s'en sert pour nuire à autrui, engage sa responsabilité¹. L'abus de droit a toujours existé dès le moment où les Hommes ont commencé à vivre en société². Une société est régie par un certain nombre de règles et par le fait que le droit des uns s'arrête là où commence celui des autres. A compter de cet instant, certains individus ont dépassé les frontières exigées et ont été condamnés pour leur comportement lorsque les tribunaux ont convenu du caractère abusif de leurs agissements³. C'est donc sans surprise véritable que ses germes se retrouvent dans le droit des sociétés de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (« Ohada »)⁴. Ainsi appliqué, l'abus de droit a pour effet de

¹ G. RIPERT, « La règle morale dans les obligations civiles », LGDJ, Paris 1949, n° 89, p. 157.

² Voir R. MOISE, « L'abus de droit en droit communautaire », Thèse, Toulouse I, 2009, p. 22.

³ L'abus de droit s'intitule à juste titre à une théorie abstraite et compliquée dont le juge n'aime pas faire une nette application. Il constitue un mode de régulation des droits. La théorie de l'abus de droit est une invention juridique destinée à revoir les excès que pourrait provoquer le sentiment d'avoir un droit légalement protégé ou reconnu. Il s'agit en quelque sorte d'une moralisation de l'exercice des droits, opérée par voie de justice. Par ailleurs, l'efficacité pratique de cette théorie ne peut être que l'œuvre du juge du fond lequel statue selon le contexte de chaque cas soumis à sa compétence.

définir un code de bonne conduite de l'exercice des titulaires qui exercent leurs droits. Il s'agit surtout d'instaurer un correctif qui permet d'intervenir en cas de dérives manifestes. Les tribunaux font usage de ce concept pour faire évoluer des notions de droit en réinterprétant les objectifs des textes législatifs selon les évolutions juridiques, sociales et sociétales qui les entourent⁵.

2- Le droit relatif à l'Ohada n'a pas jugé utile de faire une construction portant sur la théorie de l'abus de droit, il apparaît donc primordial de se référer à la doctrine et la jurisprudence française anciennes⁶ pour mieux cerner cette notion. Toutefois, si la théorie de l'abus de droit est absente de la plupart des textes Ohada, elle fait partie intégrante de l'Acte Uniforme sur le droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique (« AUSCGIE »). Tout paraît possible pour l'abus de droit en raison d'un silence de consécration de la notion dans l'espace Ohada, mais l'appréhension de cette notion dans ledit Acte doit nous permettre de délimiter les différentes hypothèses d'abus compte tenu de démonstrations efficaces bien précises, ce qui nous mènera d'instinct à détailler le plan de cette présente étude.

⁴ Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires. Cette organisation regroupe à l'heure actuelle 17 pays à savoir : le Bénin, le Burkina-Faso, le Cameroun, la Centrafrique, les Comores, le Congo, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée, la Guinée-Bissau, la Guinée Equatoriale, le Mali, le Niger, la RD Congo, le Sénégal, le Tchad et le Togo.

⁵ J. MESTRE, « Quelques éclairages récents sur le rôle du juge dans la vie de la société », Revue Lamy Droit des affaires 2009, n° 40, p. 14 ; L. MOSSER, « L'abus toléré: à la recherche d'une autorégulation - Abus de majorité, abus de minorité: le choc des cultures - Colloque: l'abus en droit des affaires et le pouvoir modérateur du juge- A propos de Cass. com., 20 mars 2007, n° 05-19.225, société Hexagone hospitalisation Ile-de-France, société anonyme c/ société La Roseraie clinique hôpital et autres », Gaz. Pal. 2009, n° 352, p. 13 ; F. PÉRROTIN, « Abus de droit, le juge réduit encore la frontière entre optimisation fiscale et abus de droit », Petites affiches 19 mars 2007, n° 56, p. 3 ; B. DONDERO, « Droit des marchés financiers », JCP E 2012, n° 6, 1111, p. 43 ; P. DOM, « Le gouvernement d'entreprise, technique d'anticipation », JCP E 2012, n° 24 ; A. SOTIROPOULO, « les obligations d'information des sociétés cotées en droit communautaire », Bull. Joly bourse 2012, n° 1 ; I TCHOTOURIAN, « Gouvernance d'entreprise en Belgique. la nouvelle donne », Rev. internationale de droit comparé 2011, n° 2, Étude, p. 403 ; E. DAOUD, C. FRANCESCHI, « Droit pénal et bonne gouvernance », AJP 2011, n° 11, p. 512 ; A. BEBEEPALÉ, « L'administrateur inerte », Petites affiches 2011, n° 196, p. 6 ; D. DANET, « Misère de la corporate governance », Rev. internationale de droit économique 2008, n° 4, p. 407 ; B. EDDING, « The Long Arm of the Law ou le risque hégémonique de la réglementation américaine sur les marchés internationaux - Colloque du 29 mars 2007 ? L'entreprise mondialisée face aux risques répressifs : de nouvelles exigences de prévention et de gouvernance », Revue de droit des affaires internationales 2007, n° 5, p. 659.

⁶ L. JOSSERAND, « De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits », Dalloz, 2006, n° 10 ; E. ROSENFELD, « L'abus de biens sociaux », Droit et Patrimoine, oct. 1995, p. 29, cité par C. DUCOULOUX - FAVARD, « Les déviances de la gestion dans nos grandes entreprises », D. 1996, Chron., 191 ; E. LEVY, « La vision socialiste du droit », collection internationale des juristes populaires, Paris, 1926, p. 47, D. 1972, Chr. 67 : « la notion d'abus de droit débouche inévitablement sur une question politique » ; L. REYNAUD, « L'abus de droit », Thèse Paris, 1904, p. 49 ; P. ESMEL-BERAUDY, « De la spécificité de l'abus de droit en matière fiscale », Thèse, Nice-Sophia Antipolis, 2000, n°3, p. 2 ; P. BATHMANABANE, « L'abus du droit syndical », LGDJ, 1993, p.2, n° 3 ; L. CAMPION, « De l'exercice antisocial des droits subjectifs : la théorie de l'abus des droits », Bruylant, 1925 ; E. PORCHEROT, « De l'abus de droit », Thèse, Dijon, 1902 ; L. De MONTERA, « De l'abus des voies de droit », Thèse, Lyon, 1912 ; G. MORIN, « L'abus des droits », Rev. de métaphysique et de morale, 1929, p. 267 ; G. RIPERT, « Abus ou relativité des droits ». à propos de l'ouvrage de Louis JOSSERAND, Rev. Crit., 1929, p.33 ; J. VOYAME, B. COTTIER, B. ROCHA, « L'abus de droit en droit comparé, in « L'abus de droit et les concepts équivalents : principes et applications actuelles », Actes du 19^e colloque de droit européen, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1990, p. 23 ; M. ROTONDI, « L'abus di diritto », thèse, Padova, 1923 ; M. FATHY, « La doctrine musulmane de l'abus des droits », Thèse, Lyon, 1913.

Avec l'avènement de l'Ohada, il a fallu adopter un nouveau droit des sociétés compte tenu d'une part de son inadaptation qui devenait trop archaïque dans la plupart des pays africains, et d'autre part de ce que ces pays étaient mis en présence à la nécessité d'harmoniser leur droit des affaires dont le droit des sociétés à un encadrement économique et social nouveau très différent de celui de l'époque antérieure aux indépendances. Au sujet du droit des sociétés relatif au droit Ohada⁷, beaucoup de choses ont déjà été dites, mais tout n'a sûrement pas encore été débattu, étant donné que l'utilisation régulière de ces règles suscite de nouvelles questions et de vives réactions de la part des professionnels du droit. Deux exemples ont inspiré la conception et la rédaction des textes, nous avons les modèles guinéen et français⁸. Il en découle qu'un grand nombre de dispositions de l'AUSCGIE avoisinent le droit français des sociétés, ce qui permet d'assurer une unité de culture juridique entre l'Afrique, la France et l'Europe, tout en facilitant de façon primordiale les recherches doctrinales et pratiques.

3- Dans un souci de simplification de la nomenclature sociale par rapport aux législations nationales antérieures⁹ et même par rapport au droit français¹⁰, l'AUSCGIE n'a retenu que quatre formes de sociétés commerciales : la société en nom collectif (« SNC »), la société en commandite simple (« SCS »), la société anonyme (« SA ») et la société à responsabilité limitée (« SARL »). Le droit Ohada a donc supprimé la catégorie des sociétés en commandite par actions qui était pratiquement en désuétude et n'a pas cru nécessaire d'instituer la société par actions simplifiées¹¹ créée par la loi française du 3 janvier 1994. La société anonyme a été conçue dans l'AUSCGIE comme le modèle de la société de capitaux. Son organisation a été décalquée puis allégée pour régir la SARL. Toutefois, des dispositions en matière boursière sont venues accroître la spécificité des SA car elles peuvent être cotées ce que ne peut être une SARL. A l'heure actuelle, il existe trois marchés financiers réglementés sur le territoire que

⁷ Le Droit des sociétés français est l'homologue dans l'Ohada de l'Acte Uniforme relatif au droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique.

⁸ Pour la Guinée, l'ordonnance 63-87 du 29 juillet 1987 portant réglementation de l'activité commerciale et des sociétés et pour la France, la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

⁹ Dans la plupart des pays membres de l'Ohada, il y avait cinq types de sociétés : la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société en commandite par actions, la société à responsabilité limitée et la société anonyme. Pour une appréciation générale, V. « Encyclopédie juridique de l'Afrique », tome 7, Droit des entreprises, Les Nouvelles Editions Africaines, 1982.

¹⁰ Le droit français rajoute à la liste précédente, la société pas actions simplifiées.

¹¹ V. A. COURET, « La société par actions simplifiées », éd. Joly, 1994 ; M. GERMAIN, « La société par actions simplifiées », JCP E 1994, I. 341.

constituent les pays membres de l'Ohada. Nommément, il s'agit du Marché Régional¹² de l'Union Economique Monétaire Ouest Africaine (« UEMOA »)¹³, du Marché Financier Régional¹⁴ de la Communauté Economique et Monétaire d'Afrique Centrale (« CEMAC »)¹⁵ et du Marché Financier national du Cameroun¹⁶. Toutefois, le droit des marchés financiers *a priori* ne rentre pas dans le champ d'application du droit des affaires dont le droit Ohada a pour rôle l'uniformisation. L'explication politique la plus immédiate de cette absence découle du fait que l'Ohada n'est pas une organisation d'intégration économique, mais leur existence peut être relevée brièvement, étant donné que chaque Etat-partie est membre d'une union économique¹⁷. C'est donc tout naturellement que la société cotée est régie dans l'AUSCGIE¹⁸.

4- La vie sociale, particulièrement au sein d'un groupement tel qu'une société, nécessite d'œuvrer dans le même sens pour le bien de tout le monde. Toutefois, il n'est pas étonnant qu'une ou plusieurs personnes essaient et parviennent à briser cette règle. Nombre d'expressions se rapportent à l'idée d'abus, et les démonstrations où l'abus est en rapport avec l'activité d'une société sont multiples¹⁹. Pour autant, aucune étude en droit Ohada portant sur un sujet précis de la théorie de l'abus ou de l'« abus » lui-même ne peut être dénombrée et la doctrine Ohada parle plus de ses hypothèses qu'elle ne le théorise²⁰. L'abus de droit a donc

¹² Ce marché a été créé par la convention du 3 juillet 1996 et couvre les territoires du Bénin, du Burkina-Faso, de la Côte-d'Ivoire, de la Guinée-Bissau, du Mali, du Niger, du Sénégal et du Togo.

¹³ Le traité modifié du 29 janvier 2003 énonce que l'un des objectifs de l'Union est de créer entre les Etats membres un marché commun basé sur la libre circulation des personnes, des biens, des services, des capitaux, et le droit d'établissement des personnes exerçant une activité indépendante ou salariée, ainsi que sur un tarif extérieur commun et une politique commerciale commune.

¹⁴ Ce marché a été créé par la convention relative à l'Union Economique de l'Afrique Centrale et regroupe les territoires de la Centrafrique, du Congo-Brazzaville, du Gabon, de la Guinée équatoriale et du Tchad.

¹⁵ La convention du 25 juin 2009 a pour objectif de créer entre les Etats membres un marché commun basé sur la libre circulation des personnes, des biens, des services, des capitaux.

¹⁶ Il a été créé par la loi du 22 septembre 1999 portant création et organisation du marché financier. La création de ce marché repose sur le fait que les chefs d'Etats de la CEMAC ont pris la résolution en 2000 de localiser la bourse régionale de l'Afrique centrale au Gabon. Le Cameroun a donc décidé de faire cavalier seul en instaurant son propre marché financier. V. à cet effet, B. MARTOR, S. THOUVENOT, « Management et financement de la société anonyme », Pratiques et actualités du droit Ohada, Juriscope, p. 121.

¹⁷ A l'exception de la Guinée Conakry qui n'est pas membre de l'UEMOA et de la République démocratique du Congo qui n'est pas membre de la CEMAC.

¹⁸ Art. 81 et 823 de l'AUSCGIE.

¹⁹ A. COURET, « L'abus dans le droit des affaires, et plus spécifiquement l'abus et le droit des sociétés », Droit et Patrimoine, n° 83, juin 2000, p. 66 et s. ; B. DONDERO, « Sociétés, droit des sociétés, dispositions générales et communes, Gaz. Pal. 2012, n° 41, p. 31 ; L. NURIT-PONTIER, « La loyauté en droit des sociétés », Actes pratiques et ingénierie sociétaire, Doctrine, mars 2011, n° 116, p. 6 ; C. TUAILLON, « L'abus en droit des sociétés, vague concept ou vaste concept de protection », LPA, 10 mars 2004, n° 50, p. 4 ; E. CORDELIER, « L'abus en droit des sociétés », Thèse Toulouse I, 2002 ; L. MOSSER, « L'abus toléré : à la recherche d'une autorégulation », Gaz. Pal. 19 déc. 2009, p. 13.

²⁰ V. par exemple, A.-M. CARTRON, B. MARTOR, « L'associé minoritaire dans les sociétés régies par le droit Ohada », Cah. Dr. De l'entreprise, 2010, n° 1, Dossier, 2 ; B. Le BARS, « Droit des sociétés et de l'arbitrage international, pratique en droit de l'Ohada », Lextenso, 2011 ; A AKAM AKAM, « Les mutations juridiques dans le système Ohada », L'Harmattan, 2009 ; M. A. MOUTHIEU, « L'intérêt social en droit des sociétés », L'Harmattan, 2009.

été écarté des analyses dans l'espace Ohada, pourtant pléthoriques en droit français. En effet, le droit Ohada n'a pas fait le choix d'une construction jurisprudentielle ou doctrinale basée sur la théorie de l'abus de droit, il a directement établi les éléments d'un régime juridique dans les différentes manifestations de l'abus dans l'AUSCGIE. Nonobstant cette constatation, l'abus de droit est une notion bien présente et joue un rôle bien particulier et délicat dans ledit Acte. C'est ce que nous entendons révéler dans le cadre de cette recherche. Sans construction jurisprudentielle, l'incertitude peut conquérir cette expression passionnée, car même dans son champ de prédilection, le droit privé, l'abus de droit n'est pas un concept aisé à la portée des juristes, encore moins des profanes. Les applications de l'abus de droit sont quasi innombrables et cette augmentation des illustrations rend en principe aléatoire toute tentative de systématisation de la théorie. Cette élévation puise son origine aussi bien dans la « *multiplication des droits subjectifs* » « *qu'à l'emploi abondant de la notion d'abus de droit* » par les juridictions²¹.

5- L'abus est au nombre de ces concepts juridiques qui, sublimant la séparation des disciplines, constitue une exclusivité commune des juristes. Il a donc donné lieu à plusieurs analyses dans toutes les matières ou presque à de célèbres controverses doctrinales, d'autant plus ardentes que la question est au carrefour de pensées politiques opposées. Georges RIPERT, le « *philanthrope* »²² contre Louis JOSSERAND, le « *progressiste* »²³. Aussi, compte tenu de sa trop vaste nébulosité, cette notion d'abus qui conduit à ne dénoncer rien de plus qu'un excès, un acte fautif et l'état d'âme arbitraire qui l'accompagne, ne saurait être accrochée pour rechercher l'existence d'un concept d'abus doté d'une caractéristique

²¹ F. PERROTIN, « Abus de droit et fait générateur », Petites Affiches 2012, n° 115, p. 2 ; C. NOUEL, « La nouvelle définition de l'abus de droit », Bull. Joly sociétés, 2011, n° 5, Doctrine, p. 444 ; A. KARIMI, « Essai de systématisation sur l'application de la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle », Mélanges Litec, 2006, p. 587 ; M. OUDIN, « Les conflits de droits subjectifs », Revue de la recherche juridique - Droit prospectif 2007, n° 1, p. 67 ; L. JOSSERAND., « De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits », Dalloz, 2006, n° 10 ; E. ROSENFELD, « L'abus de biens sociaux », Droit et Patrimoine, oct. 1995, p.29, cité par C. DUCOULOUX - FAVARD, « Les déviations de la gestion dans nos grandes entreprises », D. 1996, Chron., 191.

²² Pour Georges RIPERT : « L'exercice des droits, pour cet auteur, doit être conforme aux exigences morales de la conscience individuelle », in G. RIPERT, « La règle morale dans les obligations civiles », LGDJ, Paris 1998, p. 157, n° 89.

²³ Louis JOSSERAND entreprenait, il y a plus d'une décennie, l'une des premières conceptualisations d'une théorie qui, par la suite, a imprégné l'ensemble du droit : la « *théorie* » dite de « *l'abus de droit* ». Cette théorie se propose à partir de l'examen du droit positif français tant privé que public, d'approfondir la sensibilité du Droit français à la théorie de l'abus de droit. L'auteur étudie ensuite le droit comparé pour instruire le débat, puis en vient à tenter de systématiser la théorie de l'abus de droit. La théorie de l'abus de droit est particulièrement une aubaine pour Louis JOSSERAND d'expliquer sa conception du droit comme science sociale évolutive et de placer les repères d'un dogme particulier du droit naturel. Il offre donc une conception plus extensive de la notion d'abus de droit. Il y aurait abus de droit toutes les fois qu'un droit n'est pas pratiqué dans l'objectif qui lui est socialement destiné. Cette thèse fut largement critiquée par d'autres penseurs tels que Marcel PLANIOL et Georges RIPERT. Voir en ce sens, L. JOSSERAND, « De l'esprit des droits et de leur relativité : Théorie dite de l'abus des droits », Préface de D. DEROUSSIN, Dalloz, 2006.

largement attrayante. Abuser de son droit ou de son pouvoir serait agir dans les limites apparentes de son droit tout en accomplissant une faute²⁴. Effectivement, les prérogatives accordées à un individu par la loi ne le sont pas de façon autoritaire, on peut alors défendre a minima que tout droit s'escorte d'un devoir d'ordre général : « *ne pas abuser de son droit, ne pas en user dans une pensée illégitime pour nuire à autrui* »²⁵. Ceci met en cause qu'un droit n'est jamais discrétionnaire, que sa finalité ne peut constamment être égoïste. Cela est confirmé par Messieurs les Professeurs Jacques GHESTIN et Gilles GOUBEUX qui considèrent que « *la théorie de la finalité sociale des droits concoctée par Louis JOSSERAND apporte un appui illustratif assez honorable à l'emploi de l'abus de droit* »²⁶.

Les propos mêmes d'abus de droit ne paraissent cacher aucun mystère, pourtant, le problème terminologique posé par l'abus de droit est complexe. Les différents auteurs tels que cités plus haut, sont partagés pour donner une définition à l'abus de droit, soupçonnant qu'il y ait une capacité d'une définition unitaire à cette notion. Les fondements recensés infra ne sont pas entiers les uns des autres. Cette complexité vient du fait que si l'étiquette d'abus de droit est d'utilisation aisée, elle cache très souvent une marchandise très disparate. Le sens réel des termes d'abus de droit varie en fonction des circonstances dans lesquelles ils sont utilisés, et pire encore de ceux-là mêmes qui les utilisent.

6- La thèse conçue interroge sur l'importance de l'attitude que le chercheur doit suivre face à son ambition. Généralement, toute recherche est endoctrinée par des présupposés ontologiques et axiologiques²⁷. Il convient de considérer les différentes hypothèses dans lesquelles l'AUSCGIE fait application de cette théorie. On admet de longue date que des abus de droit puissent être accomplis dans les groupements²⁸ : les sociétés, spécialement les sociétés commerciales en administrent des illustrations variées. La société implique une activité commune, une collaboration active que les membres d'une société gouvernent tout en accomplissant son objet. Toutefois, il existe des circonstances où ces membres ou certains d'entre eux, agissent pour leur seul profit. En effet, en employant leurs droits de manière

²⁴ Ce serait sortir des frontières internes de son droit.

²⁵ E. GAILLARD, « Le pouvoir en droit privé », *Economica*, 1985.

²⁶ J. GHESTIN, G. GOUBEUX, « *Traité de droit civil, Introduction générale* », LGDJ, 4^e éd., 1994, p. 69.

²⁷ E. MILLARD, « L'aveu théorique comme préalable au travail juridique savant », AFDC, Montpellier, 10 juin 2005.

²⁸ A. PIROVANO, « La concurrence déloyale en droit français », *Rev. int. de droit comparé*, 1974, pp. 346 ; A. CONSTANTIN, « *Droit des sociétés* », Dalloz, 5^e éd., 2012, p. 97 ; A.-L. CHAMPETIER de RIBES-JUSTEAU, « Les abus de majorité et de minorité », Préface de J.-J. DAIGRE, Dalloz, 2010, p. 19.

douteuse, ils discréditent les intérêts de la société dans un but exclusivement individuel, autrement dit, ils usent de leurs pouvoirs en vue d'un autre but autre que celui pour lequel ils lui ont été conférés²⁹.

7- Le droit des sociétés dans l'espace Ohada comme son homologue français est influencé par le droit administratif en la matière. La théorie de l'abus de droit nous conduit tout naturellement à la recherche de l'élément final impliqué dans la décision administrative. Nous sommes nécessairement ramenés à la théorie du détournement de pouvoir qui nous fournit le type classique de contrôle des fins poursuivies par l'activité administrative³⁰. Cette pensée éclaire admirablement les diverses hypothèses dans lesquelles l'abus peut être identifié au sein d'une société à vocation.

8- Recherche abstraite des abus dans l'AUSCGIE.- La recherche de l'abus dont l'examen dépend de certains exemples méthodologiques, constitue la racine de difficultés considérables. C'est donc par une disposition textuelle que l'abus trouve sa possibilité d'existence. On serait étonné de voir qu'un comportement abusif ne puisse pas être réprimé sans base littérale. Il s'agit d'interpréter les dispositions dudit Acte d'une manière que leur contenu n'interdit pas, plutôt que de s'éloigner de textes. Par conséquent, afin d'examiner l'abus de droit dans l'Acte uniforme, il suffit de découvrir les textes prévoyant ce dernier³¹. L'on peut donc supposer que l'usage d'un droit hors des frontières au préalable déterminées par les dispositions, recueillera la qualification d'abus de droit pour les investigateurs les plus sages, ou de violation pour ceux qui n'acceptent pas l'existence de l'abus et du droit subjectif. L'abus de droit désigne une dissociation entre la légalité et la légitimité d'un comportement³². En effet, au sein d'un groupement social, il n'est pas rare qu'un ou plusieurs individus agissent en vue de satisfaire exclusivement leurs intérêts personnels aux dépens de ceux

²⁹ G. VEDEL, P. DELVOVE, « Droit administratif », PUF, 1984, p.737 ; J. BONNARD, « Droit des sociétés », Hachette, 8^e éd., 2012, p. 81 et s ; E. LAJUS-THIZON, « L'abus en droit pénal », Dalloz, 2011, p. 101.

³⁰ E. CHEVALIER, « La loyauté contractuelle : portée d'une notion novatrice en droit des contrats administratifs », JCP A 2012, n° 50 ; R. GENTILHOMME, « Vingt ans d'abus de droit : une réforme inachevée », Droit et Patrimoine 2011, n° 204, p. 65 ; M. WELTER, cité par L. DUBOUIS, « La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative », Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1962, p. 194 ; E. LAPARRE, « La théorie de l'abus du droit et la théorie du détournement de pouvoir », thèse, Paris, 1913, p. 81 ; J. CHATELAIN, « Contribution à l'étude de la notion d'abus des droits dans le contentieux administratif », Thèse, Paris, 1945 ; L. DUBOUIS, « La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative », Thèse, Paris, 1962 ; R. GOY, « L'abus de droit en droit administratif français », R.D.P.1962, p. 5 ; P. DURAND, « L'abus de droit : bête du Gévaudan ou Frankenstein ? », Rev. Adm., 2003, n° 334, p. 378.

³¹ Il s'agit plus ou moins d'analyser les sources dont ces règles découlent en remarquant à titre d'exemple, l'aptitude de l'auteur de l'acte, l'élaboration de la procédure appropriée, etc.

³² F. OST, « Droit et intérêt. Entre droit et non droit : l'intérêt », Publications des facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 1990, vol. 2, p.141. Il s'agit ici du devoir de loyauté des acteurs sociaux dans notre étude.

d'autrui, en particulier d'une société. Pour atteindre leur but, ils n'hésitent pas à user à l'excès de leurs prérogatives de façon litigieuse, critiquable et ainsi répréhensible. Une règle de droit constitue dans la théorie du droit naturel, un repère à l'idée de légitimité. L'existence d'une règle juridique résulte donc de la légitimité de celle-ci, de façon à ce que l'abus de droit, étant donné qu'il permet d'alpaguer certains comportements illégitimes³³, peut être réputé dans ce concept comme une volonté juridique valide.

9- Recherche méthodique de l'abus dans l'AUSCGIE.- L'abus apparaît comme une notion-cadre indéterminée ou floue³⁴, une notion à contenu variable³⁵, étant donné sa difficulté à être classifiée ou systématisée³⁶, d'où son caractère protéiforme³⁷ qui vient troubler la dogmatique juridique. Ainsi la recherche pratique nous amène à entreprendre plusieurs phases dans la reconnaissance de cet abus dans l'AUSCGIE. Soit l'on embrasse une attitude pratique partant de la précision juridique de la notion pour dégager par la suite une caractérisation de l'abus de droit dans l'Acte uniforme, soit l'on adopte une perspective qui a pour nature de définir les manifestations de l'abus de droit dans l'AUSCGIE. La première étape consiste à déterminer au regard des prérogatives attribuées aux acteurs sociétaires, de définir quels sont les comportements susceptibles d'abus dans le fonctionnement d'une société, ensuite il s'agira de trouver une similitude commune entre ces abus. Mais ce procédé ne permet pas de considérer toutes les hypothèses d'abus, il s'agira de trouver par là une définition de l'abus en droit des sociétés dans l'espace Ohada à travers les différents critères à même de mieux déterminer la notion d'abus de droit. A partir de cette définition, la seconde méthode consistera dans le fait de rechercher l'emploi de la notion « *abus de droit* » dans les dispositions de l'Acte uniforme et dans les décisions rendues dans les tribunaux. Ces deux procédés regroupés, il est donc permis de faire un aphorisme général dans le cas d'espèce.

10- La société n'est pas seulement un contrat même si le rapport MARINI³⁸, déjà un peu ancien, allonge ce sentiment qui oblige le spécialiste de droit des sociétés préoccupé de faire

³³ L. HUSSON, « Etudes sur la pensée juridique. Les transformations de la responsabilité », PUF, Paris, 1947, p. 244.

³⁴ F. HAID, « Les notions indéterminées dans la loi, Essai sur l'indétermination des notions légales en droit civil et pénal », Thèse, Aix-Marseille 3, 2005.

³⁵ V. C. PERELMAN, R. VANDER ELST, « Les notions à contenu variable en droit », Bruylant, Bruxelles, 1984.

³⁶ V. FORTIER, « La fonction normative des notions floues », RRJ, 1991, p.755.

³⁷ La notion vague d'abus de droit peut être décelée par la jurisprudence, mais également de façon volontaire par le législateur ou le constituant.

³⁸ P. MARINI, « Rapport Marini sur la modernisation du droit des sociétés », Documentation française, 1996.

convenance à admettre le principe contractualiste. Toutefois, la société peut se révéler être autre chose. Effectivement, elle peut être considérée comme une simple technique d'organisation, une institution, ou encore un accord unilatéral de volonté³⁹. L'interrogation de la nature juridique de la société reste une discussion alternante dont les termes et les enjeux ne sont pas nettement déterminés⁴⁰. En la matière, l'incertitude découle littéralement des termes mêmes de l'alinéa 2 de l'article 4 de l'AUSCGIE, autrement dit, « ...*la société est créée dans l'intérêt commun des associés...* ».

11- La présente réflexion a pour but de façonner une philosophie de l'abus de droit dans l'Acte uniforme. Autrement dit, de mettre en œuvre un édifice intellectuel rationnel et ordonné visant à fonder un appareil illustratif de l'abus dans le droit des sociétés de l'espace Ohada. Cette approche nous conduira à un autre concept qui n'est autre que le corollaire de cette théorie à savoir l'intérêt social⁴¹. En effet, les critères reconnus par la doctrine et la jurisprudence française en matière d'abus de droit ne sont pas suffisamment fidèles et démonstratifs dans la normalité dans les agissements des acteurs sociétaires. Ainsi, il peut arriver que des individus utilisent par des moyens légaux, seulement en apparence, pour tirer des avantages irréguliers qui leur sont à la fois essentiellement bénéficiaires et nuisibles aux autres, d'où la survenance de conflits d'intérêts⁴². Quelle que soit la discussion sur la qualification de la société, l'abus de droit revêt une acception dans le contrôle des privilèges afférents aux associés. En laissant donc les débats doctrinaux sur la conception de la société, recourons à l'AUSCGIE pour parvenir aux hypothèses relatives à l'abus de droit.

12- Le phénomène de l'abus décèle habituellement deux attributs d'expression dans l'AUSCGIE. Sur une représentation purement civile, les actes abusifs peuvent donner lieu à

³⁹ Dans le cas d'une société unipersonnelle, en ce sens, B. DONDERO, A.-F. ZATTARA-GROS, « Droit des sociétés », Gaz. Pal. 2012, n° 130 ; K. RODIGUEZ, « Réflexion sur la société anonyme unipersonnelle », Bull. Joly sociétés 2006, n° 1, p. 10 ; J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY, G. WICKER, « Droit des sociétés, dispositions communes », JCP E 2005, n° 50, 1834, p. 2157.

⁴⁰ J.-C. MAY, « La société : contrat ou institution ? » dans l'ouvrage coordonné par B. BASDEVANT-GAUDEMET, « Contrat ou institution : un enjeu de société », LGDJ, 2004, p.122.

⁴¹ V. MAGNIER, « La gouvernance des sociétés cotées face à la crise, pour une meilleure protection de l'intérêt social », LGDJ, 2010 ; M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, « Droit des sociétés », Lexisnexis, 25^e éd., 2012, n° 393 et s., p. 228 et s. ; D. PORACCHIA, D. MARTIN, « Regard sur l'intérêt social », Rev. sociétés, 2012, Etude, p. 475 et s. ; S. ROUSSEAU, I. TCHOTOURIAN, « L'intérêt social en droit des sociétés, regards canadiens », Rev. sociétés 2009, p. 735 et s.

⁴² M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, « Droit des sociétés », Lexisnexis, 25^e éd., 2012, n° 621, p. 347 ; D. SCHMIDT, « Les conflits d'intérêts dans les sociétés anonymes », Joly, éd. Pratique des affaires, Version nouvelle, 2004 ; B. RAYNAUD, « La prévention des conflits d'intérêts dans les sociétés par actions », JCP E 2003, 354 ; P. F. CUIF, « Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », RTD com. 2005, p. 1 ; P. MERLE, « Droit commercial, Sociétés commerciales », Dalloz, 14^e éd., 2010, n° 398, p. 469.

condamnation dans des circonstances bien illustrées et qui opposent en principal une majorité à une minorité. Sur un plan pénal, la notion d'abus apparaît dans l'intitulé d'un certain nombre d'entorses dont la plus flagrante est indubitablement l'abus de biens et de crédit sociaux (« Abus de biens sociaux »). Tout groupement confronte des personnes et une association, une ou des majorités, une ou des minorités. La loi de la majorité qui commande le fonctionnement des groupements acquiert certainement sa lisière de force dans le concept d'abus. Il est réellement sujet à matière d'abus en droit des sociétés lorsque le comportement considéré comme abusif ne peut prendre fonction qu'au sein même de la société.

L'abus de droit recourt à diverses sources du droit en raison de la multiplicité de ses manifestations et de ses applications qu'il faut ici prendre avec précaution. Par conséquent, un besoin de coordination se fait percevoir, car la notion d'abus en droit des sociétés est souvent utilisée inconsidérément⁴³. Ce désir commande de circonscrire la recherche dans l'espace et sur le fond. La convenance du droit français dans les études juridiques n'est plus à prouver. Quoique le cas Ohada constitue la pierre d'achoppement de la réflexion dans la présente étude, puisqu'il s'agit de s'enquérir sur la réalité de l'abus de droit dans l'appareil sociétaire africain, le droit français sera mis à contribution selon les exigences de la démonstration en servant d'illustration à une recherche plus générale, étant donné la faible jurisprudence Ohada en la matière.

13- Les hypothèses où l'abus est en rapport avec l'activité d'une société sont donc nombreuses⁴⁴, l'analyse de ces différentes hypothèses laisserait à croire que les comportements abusifs se réalisent à priori chacun de manière dissemblable et propre. Toutefois, si tel était véritablement le cas, il serait illusoire de tenter d'analyser l'abus dans l'AUSCGIE puisqu'il n'y aurait pas un abus mais une multitude d'abus distincts. Il existe cependant des approches incontestables, un scénario identique étant donné que tous ces comportements sont centralisés sur l'expression d'« *abus* ». Il est indubitablement fait allusion à la notion d'abus dans l'AUSCGIE, lorsque l'acte réputé abusif ne peut s'établir qu'en présence d'une société. Dans ces conditions, l'abus se schématise toujours au sein de la société. Il ne peut y avoir par précision, pareils abus en dehors de l'existence d'un groupement commercial. Les hypothèses où l'abus ne concerne que les sociétés, se

⁴³ M. FABRE-MAGNAN, « De l'usage abusif de la notion d'abus de droit », JCP G 1995, doct. 3828.

⁴⁴ A. COURET, « L'abus dans le droit des affaires, et plus spécifiquement L'abus et le droit des sociétés », Droit et Patrimoine, n°83, juin 2000, p. 66 et s.

restreignent à l'abus des biens et du crédit sociaux⁴⁵, qui frappe la société anonyme⁴⁶, la société à responsabilité limitée⁴⁷ et la société par actions simplifiées. Toutefois, il est important de souligner que la société par actions simplifiées a été écartée de la présente thèse car n'étant pas instituée dans l'espace Ohada. L'introduction de la société par actions simplifiées dans le Droit français, relève d'une loi du 3 janvier 1994⁴⁸ qui a créé une révolution dans les formes traditionnelles rigides des sociétés françaises en ce qu'elle présente la particularité d'être une véritable structure contractuelle, qui donne aux associés une grande liberté pour aménager dans les statuts son organisation et son fonctionnement⁴⁹. On s'étonne, à cet effet, que le législateur africain n'ait pas prévu d'ajouter cette forme de société au sein de l'espace Ohada.

14- L'AUSCGIE aborde dans son livre II intitulé « *fonctionnement de la société commerciale* » des abus de majorité⁵⁰ et de minorité⁵¹ qui ne naissent qu'au sein des sociétés⁵². Concernant ces abus, leur affirmation la plus habituelle si ce n'est leur seule expression, demeure au sein des sociétés, quand le déroulement décisionnel est dénaturé par un ensemble d'associés ou d'actionnaires⁵³. Il est donc impérativement question d'abus dans le système sociétaire lorsque l'acte considéré comme abusif, ne peut prendre place qu'en présence d'une société.

⁴⁵ L'abus de biens sociaux, critiqué de manière quelque peu approximative constitue un délit qui est effectif lorsque les dirigeants d'une société font, de mauvaise foi, des biens ou du crédit dont ils disposent, un usage contraire à l'intérêt de cette dernière. Il ne peut y avoir donc d'abus de biens sociaux, lato sensu abstraction faite de la société puisque celle-ci est formellement poursuivie par l'article 891 de l'AUSCGIE qui en précise la teneur.

⁴⁶ Le capital minimum de la société anonyme (SA) est de dix millions de francs CFA, divisé en actions d'un montant nominal d'au moins dix mille francs CFA. Les actions en numéraire doivent être obligatoirement libérées du quart au moins de leur montant nominal lors de la constitution. Les associés sont responsables des dettes sociales jusqu'à concurrence de leurs apports.

⁴⁷ La Société à Responsabilité Limitée (SARL) est la forme la plus simple et la plus courante de sociétés commerciales. Son capital social est au minimum d'un million de francs CFA, divisé en parts sociales d'un montant nominal au moins égal à cinq mille francs CFA. Les modalités de cession des parts doivent être prévues par les statuts. La SARL est constituée par un ou plusieurs associés qui ne sont responsables des dettes sociales qu'à concurrence de leur apport en capital. La gérance de la SARL est assurée par une ou plusieurs personnes physiques, associées ou non, nommée dans les statuts ou par une décision collective des associés.

⁴⁸ Loi n° 94-1 du 3 janvier 1994 instituant la société par actions simplifiée.

⁴⁹ J. BONNARD, « Droit des sociétés », Hachette 8^e éd., 2012, p. 33 ; M. GERMAIN, V. MAGNIER, « Traité de droit des affaires, Les sociétés commerciales », LGDJ, 20^e éd., 2011, p. 732.

⁵⁰ Art. 130 de l'AUSCGIE.

⁵¹ Art. 131 de l'AUSCGIE.

⁵² J. LARGUIER, P. CONTE considèrent que le délit d'initié serait aussi une question d'abus, un abus de savoir, J. LARGUIER, P. CONTE, « Droit pénal des affaires », Armand Colin, 11^e éd., 2004, n° 371, p. 331 ; Cette analyse demeure cependant minoritaire.

⁵³ A ne pas confondre avec l'abus des voix qui concerne l'utilisation des procurations que peuvent donner certains actionnaires au dirigeant pour que ce dernier les représente aux assemblées générales alors que l'abus du droit de vote touche directement les titulaires du droit de vote.

Parmi les différentes formes d'abus, il convient d'écarter les abus de position dominante ou de dépendance économique relatifs au droit de la concurrence⁵⁴ ou encore ceux qui n'impliquent pas nécessairement la présence d'une société. En effet, l'abus du droit de rompre les pourparlers peut subsister du fait de comportements de personnes physiques. Le principe reste celui de la liberté de rupture des pourparlers, c'est-à-dire que tout négociateur a le droit de se retirer et de repousser la conclusion avec son allocataire malgré l'avancement des pourparlers avec ce dernier. L'on ne peut forcer tout individu à finaliser un contrat avant son approbation définitive sur la chose et le prix. Cependant chacun engage sa responsabilité délictuelle lorsque la rupture revêt un critère abusif⁵⁵. La responsabilité du protagoniste suppose donc un abus dans l'exercice de son droit de rompre unilatéralement les pourparlers contractuels. S'il est véridique que ces abus s'établissent au sein de la société, il n'en demeure pas moins vrai que la notion d'abus dans ce cas précis atteint tous les contrats de mandat, qu'ils soient sociaux ou non d'où son écartement dans l'objet de notre étude.

On a tendance à faire référence à l'abus de confiance⁵⁶ en parlant d'abus en droit des sociétés. En effet l'abus de confiance consiste en une forme d'appropriation frauduleuse du bien d'autrui par détournement. C'est un délit qui est généralement décrit comme un instrument de protection de la propriété et de la bonne foi contractuelle⁵⁷. Dans ce type d'abus, l'auteur de l'infraction s'empare d'un objet qui lui a été remis sans recourir à des actes illicites comme dans l'escroquerie. Le critère préalable est la remise de la chose en vertu d'un contrat de détention précaire. Autrement dit, l'abus de confiance ne nécessite pas forcément l'existence d'une personne morale à capacité commerciale, d'où également le bannissement de cette typologie d'abus dans le cadre de notre étude.

⁵⁴ C. LUCAS de LEYSSAC, G. PARLEANI, « Droit du marché », n° 880, PUF, coll. Thémis, dr. Pr. 2002 ; J. PHILIPPE, M. TRABUCCHI, « Droit de la concurrence », Gaz. Pal., 2011, n° 42, p. 18 ; J.-L. BRUGUIERE, « La contractualisation du droit de suite, entre droit d'auteur et droit du marché », Dalloz 2011, n° 40, p. 2740 ; C. PRIETO, « Loyauté du commerce et droit européen de la concurrence », Rev. aff. Européennes, 2011, n° 2, p. 299 ; S. NICINSKI, « Abus de position dominante - A propos de CA Paris, arrêt, 9 mars 2010, n° 09/07930, SNCM », AJDA, 2010, n° 22, Etude, p. 1246.

⁵⁵ C'est le cas lorsque l'auteur de la rupture est animé par une intention de nuire, ou est de mauvaise foi.

⁵⁶ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, « Droit des sociétés », Lexisnexis, 25^e éd., 2012, n°1158, p. 586 ; N. THOMASSIN, « Le bien susceptible d'abus de confiance », Dalloz, 2012, n° 15 ; S. DETRAZ, E. DREYER, « Doctrine », Gaz. Pal. 2012, n° 13, p. 35 ; T. SAMIN, S. TORK, « Retour sur le délit d'abus de confiance et le dépôt de fonds en banque », JCP G 2011, n° 45, Etude, 1226, p. 1999.

⁵⁷ R. OLLARD, « Du sens de l'évolution de l'abus de confiance : la propriété, toutes les propriétés mais rien que la propriété », Droit pénal 2012, n° 4, Etude, p. 7.

Qu'en est-il de l'abus de la personne morale ? La notion d'abus de la personnalité morale a été employée pour la première fois par Pierre CHAUVEAU⁵⁸ en 1938. La Cour d'appel de Paris, dans une décision du 8 décembre 1989, a défini l'abus de la personnalité morale comme « *la création d'une société dans le but de cacher sa véritable personnalité aux tiers ou d'échapper à une incapacité* ». Le concept d'abus de la personnalité morale abrite une telle multitude d'actes et de manigances, qu'il en devient confus. L'examen des décisions juridictionnelles⁵⁹ permet de remarquer qu'un critère succinct absorbe habituellement l'intérêt de la personne qui accomplit l'abus. La personnalité limitée revêt un caractère spécial étant donné qu'elle a des effets patrimoniaux directs. Elle est l'accessoire de la personnalité morale des sociétés le plus couramment objet de l'abus. Cependant, la personnalité morale de la société en dehors de la liberté patrimoniale peut également occasionner l'intérêt des individus ayant un objectif tout autre que le commerce d'une affaire. L'abus de la personnalité morale ne peut, certes pas s'appréhender indépendamment de la société. Néanmoins, sa nature, ses manifestations et ses caractéristiques apparaissent divergentes de celles de l'abus de biens sociaux ou de l'abus de droit de vote. En effet, ce type d'abus enveloppe des éventualités de fraude⁶⁰ : on conçoit une personne morale dans le but de « *tarabiscoter* » les règlements en fiscalité ou en droit du travail. A l'opposé de l'abus de biens sociaux ou encore de l'abus de droit de vote, l'action douteuse ne prend pas place parmi la société étant donné qu'elle gagne l'essence même de la personne morale. On peut donc considérer qu'il est question moins d'un abus que d'une fraude à la loi qui, par ailleurs, se montre abondamment et naturellement moins considérable, dans l'AUSCGIE, que l'abus de droit de vote ou l'abus de biens sociaux. A l'égard de ces allégations et arguments, il est préférable d'écarter la structure frauduleuse de la personne morale de cette analyse.

15- Une fois reconnu, l'abus dans l'AUSCGIE reprendra une certaine autonomie : nous désirons en effet étudier quelle orientation peut-on attribuer à l'abus pour permettre un meilleur fonctionnement de la société. En effet, la société : entité créant des richesses peut-

⁵⁸ P. CHAUVEAU, « Des abus de la notion de la personnalité morale des sociétés », Rev. Gén. dr. com., 1938, 1, p. 409 ; Dans le même sens, L. DUMOULIN, « Débat sur la personnalité morale et procédures collectives », Rev. juridique d'Auvergne, Presses universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, vol. 2007/01, p. 5 ; F. DEBOISSY, « Montage sociétaire : attention au risque d'abus de droit », RTD com. 2003, p. 181 ; Dr. Sociétés 2007, n° 174, obs. R. MORTIER.

⁵⁹ Cass. 3^e civ., 9 juill. 2003, JCP E 2003, 1371 : dans cette affaire un débiteur avait créé avec son fils une société civile immobilière pour échapper au droit de poursuite de la banque qui lui avait octroyé un prêt ; Cass. 1^{ère} civ. 1^{ère}, 17 mars 1992, D. 1992, somm., p. 401, obs. PH. DELEBECQUÉ ; Cass. com., 15 mai 2007, n° 06-14262, Bull. Joly sociétés 2007, 298, p. 1093, note N. MATHEY.

⁶⁰ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, « Droit des sociétés », Lexisnexis, 25^e éd., 2012, n° 180, p. 103.

elle éviter tous ces abus ? La protection contre les abus⁶¹ en droit des sociétés dans l'espace Ohada passera par deux procédés. La première méthode pourrait consister à combattre les causes même de ces abus dans la société. Il s'agira alors de rechercher des moyens, qui sans entraver les liens existant entre les associés, peut éviter ses dangers. On parlera alors de mission préventive puisqu'on ne contrôle pas les abus mais on s'intéresse à l'environnement de la société. La seconde méthode consistera à contrôler, à réglementer le contenu de ces abus. Il s'agit alors d'une mission régulatrice car le but à atteindre est ici, par l'intermédiaire d'une réglementation stricte, d'assurer les moyens de la sanction contre ces abus. L'utilisation aux dispositions de l'AUSCGIE par nos juridictions étant discrète, nous aurons tout au long de notre travail la contribution du droit français des sociétés dans l'objectif d'apporter des solutions proposées dans l'intention de faire face aux éventuelles difficultés que pourront rencontrer nos juges.

16- La thèse portant sur le droit Ohada impose de s'interroger sur ce que représente ce Droit. En effet, depuis l'indépendance des pays africains, l'on a assisté à une légère modification dans la législation sur les sociétés commerciales transmise par la France. Cependant, de nos jours, l'installation de l'Union Africaine a accentué la faculté des pays africains à œuvrer d'un commun accord pour la fin de la balkanisation, même si l'on peut se poser des questions sur sa praticité. Ce penchant a séduit bien d'autres domaines notamment la partie juridique où l'Ohada s'empare de cette volonté en harmonisant les différents droits des affaires du continent. Avant l'avènement de l'Ohada, l'activité du législateur africain en matière de droit des sociétés est demeurée proportionnellement succincte. En effet, Pêle-mêle des textes, législation hétéroclite et désadaptée, antiquité et survivance des textes : telles sont les afflictions qui constituaient les législations du continent africain à la veille de l'Ohada. Il y régnait une véritable insécurité juridique pour toute personne désireuse de comprendre la législation convenable dans l'une de ces nations et à plus forte raison dans la totalité des pays impliqués⁶². De nombreuses personnes n'ont pas tergiversé à évoquer un authentique « *maquis juridique* »⁶³, il était donc quasi absurde de savoir si telle ou telle disposition bien

⁶¹ Les abus constituent ici l'infraction tandis que l'abus constitue la notion.

⁶² Encyclopédie de droit Ohada, Dir. P.-G. POUGOUE, Lamy, 2011, p. 16 ; J. ISSA-SAYEGH, « Répertoire quinquennal Ohada 2006-2010 », UNIDA, 2011, p. 13 ; B. MARTOR, N. PILKINGTON, D. SELLERS, S. THOUVENOT, « Le droit uniforme africain des affaires issus de l'Ohada », Litec, 2^e éd., 2009, p. 21 ; R. AMOUSSOU-GUENOU, « L'Acte uniforme et son environnement juridique », Rev. camerounaise de l'arbitrage, oct. 2011, p. 11.

⁶³ D. ABARCHI, « Droit nigérien des sociétés », in Common Law et droit des sociétés commerciales d'Afrique et d'Haïti, 1998, p. 374. ; B. MARTOR, N. PILKINGTON, D. SELLERS, S. THOUVENOT, « Le droit uniforme africain des affaires issus de l'Ohada », Litec, 2009, p. 87.

entendu signifiée dans le Code civil ou le Code de commerce était adéquate dans son entièreté, compte tenu du domaine législatif qui a dirigé la conception du droit dans les colonies et fiefs sous tutelle. Conséquemment, le droit des sociétés était éparpillé dans de multiples textes, parfois applicables à un nombre important de pays, parfois aux uns et pas aux autres, parfois à une nation en particulier. Effectivement, les normes juridiques ne convenaient pas indubitablement aux exigences des opérateurs économiques locaux et n'étaient pas appropriées aux agents économiques pour lesquelles elles étaient consacrées, d'où la nécessaire revendication d'une mise en ordre⁶⁴. En outre, quelques-uns de ces textes, élaborés depuis plus d'une décennie, paraissaient largement archaïques à l'égard des pratiques actuelles de constitution, de fonctionnement et de contrôle des sociétés commerciales⁶⁵. Par ailleurs, le droit Ohada certifie la primauté du droit régional des affaires sur le Droit national, de même que son applicabilité directe sur les pays membres. Le choix d'une réglementation uniforme directement adéquat dans les Etats membres a donc été distingué de l'adoption d'un Accord cadre qui aurait contraint chaque nation à insérer, dans un droit national, les modifications nécessaires⁶⁶.

17- Cette thèse a pour objet l'étude de l'abus en droit des sociétés dans l'espace Ohada. Il s'agit donc de s'imprégner sur la conformité qu'entretient cette notion avec cette discipline. L'accomplissement d'un tel objectif nécessite d'accroître et de diriger la recherche de la notion dans deux voies. Il convient non seulement de prouver que l'abus de droit s'assimile dans l'AUSCGIE, mais aussi de déterminer l'utilité de cette démarche. L'assimilation de ce dernier passe donc par un examen préliminaire, tant théorique que pratique de la notion à travers ses critères et de l'interprétation faite de l'abus par la jurisprudence et la doctrine. Une analyse plus poussée nous permettra de constater la présence de ce concept dans la société. Il ressortira que les hypothèses possibles dans la société de la notion aussi bien dans les dispositions, dans la jurisprudence ou encore dans la doctrine, montrent des divergences. Ce

⁶⁴ J. NKOYOK, « La situation juridique des sociétés commerciales au Cameroun : adaptation ou inadaptation de la loi du 24 juillet 1867 », Thèse, Montpellier, 1985 ; J-R GOMEZ, « Les Etats d'Afrique noire francophone à la recherche d'un droit des sociétés », Thèse, 1989 ; G MEISSONNIER, « Analyse de la législation africaine en matière de droit des sociétés », Revue Juridique et Politique, Indépendance et Coopération, 1976, p. 331 et s.

⁶⁵ J. YADOTOE, « Les sociétés commerciales au Burkina Faso » in Common Law et droit des sociétés commerciales d'Afrique et d'Haïti », p. 53.

⁶⁶ L'Ohada et même l'Union Economique Monétaire Ouest Africaine (« UEMOA »), de par leurs institutions tendent vers une supra nationalité, ce qui les distingue des autres organisations économiques africaines, telle que la Communauté des Etats de l'Afrique de l'Ouest (« CEDEAO ») signé le 24 juillet 1993 qui compte aujourd'hui 9 Etats francophones dont 7 font partie de l'Uemoa et 8 de l'Ohada.

qui néanmoins permettra de définir les manifestations de la notion dans l'AUSCGIE en ce qu'elles confirment une trame commune.

18- L'intérêt d'étudier la réception de cette notion en droit des sociétés apparaît délicat. C'est pourquoi il importe de se poser des questions sur le rôle de la théorie de l'abus en droit des sociétés dans l'espace Ohada. Quelle peut être son utilité au sein de cet Acte uniforme ? Vers quelle orientation converge-t-elle ? Dans le but de répondre à ces requêtes, il est possible de discerner deux positions, qui ne sont d'ailleurs pas antinomiques et qui se combinent copieusement. La première attribution de l'abus permet d'examiner le rôle joué par l'abus dans la résolution préventive relatif au manquement du devoir de loyauté des acteurs sociétaires et la seconde s'intéresse à la mission régulatrice de l'abus, ce qui permet de s'interroger sur la manière dont les prérogatives doivent être exercées et sur la conséquence de l'abus dans le fonctionnement de la société, et par là de relever les imperfections du droit Ohada face à cette notion. Aussi étudierons-nous l'assimilation de l'abus en droit des sociétés dans l'espace Ohada (**Première partie**), avant de nous intéresser à la mission qui lui est dévolue en droit des sociétés dans cet même espace (**Deuxième partie**).

Première partie : **Assimilation de l'abus en droit des sociétés dans l'espace Ohada**

Deuxième partie : **Mission de l'abus en droit des sociétés dans l'espace Ohada**

PREMIERE PARTIE

L'ASSIMILATION DE L'ABUS EN DROIT DES SOCIETES

DANS L'ESPACE OHADA

19- Le droit des sociétés rassemble toutes les règles juridiques et jurisprudentielles qui ont pour mission de déterminer la constitution, le fonctionnement et l'extinction de la société⁶⁷. S'enquérir sur la notion d'abus en droit des sociétés nous exhorte à confronter des opinions assez vastes. Mais, au-delà de la controverse sur la nature de la société⁶⁸, il découle une observation commune de l'utilité de la théorie de l'abus de droit dans le contrôle de l'exercice des prérogatives reconnues aux acteurs de la vie sociétaire. Les associés apparaissent au contrat de société, non comme des concurrents débattant leurs intérêts opposés, mais comme des alter egos animés d'un sentiment de confiance et d'entente⁶⁹, même si en premier lieu, ils ambitionnent naturellement la satisfaction de leurs intérêts personnels. Néanmoins, la discordance de positions qui constitue la substance même d'accroissement de toute association, ne devient périlleuse que si dans les limites approuvées de l'application d'un droit, elle engendre un désaccord ferme par la modeste pratique de la règle de droit.

20- En vérité, aucun secteur du droit des sociétés n'est à l'abri de la représentation d'abus. L'avulsion de toute antinomie altérant le « *jus fraternitatis* »⁷⁰ et indiquant la disparition de l'« *affectio societatis* »⁷¹ des associés, s'érige donc en vue d'assurer la survie de la société. L'abus apparaît bien souvent comme un défenseur de l'exactitude des « *montages* » et en

⁶⁷ V. MAGNIER, « Droit des sociétés », LGDJ, 2011, p. 3.

⁶⁸ V. I. CORBISIER, « La société : contrat ou institution, droits Etasunien, français, Belge, Neerlandais, Allemand et Lux », Larcier, 2011 ; T. FAVARIO, « Regards civilistes sur le contrat de société », Rev. sociétés 2008, p. 53 ; G. WICKER, « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT », Mél. Oppetit, Litec, 2009, p. 689.

⁶⁹ G. RIPERT et R. ROBLOT, « Traité élémentaire de droit commercial », par L. VOGEL, LGDJ, Tome 1, 18^e éd., 2001, p. 530 : « La société repose alors sur le concours de déclarations, dont l'interdépendance résulte, non pas de ce qu'il fait naître des obligations réciproques dont chacune trouve sa cause dans l'existence des autres, mais de ce que les volontés en concours poursuivent une fin commune et sont reliées entre elles par la procédure de la constitution ».

⁷⁰ Expression latine signifiant un droit fraternel, une idée selon laquelle les liens qui unissent des associés s'opposent à ce que les uns profitent des autres. Le *jus fraternitatis* les place alors sur un pied d'égalité.

⁷¹ Intention qui doit animer les associés de collaborer sur un pied d'égalité. Cela implique non seulement un esprit de collaboration mais aussi le droit, pour chaque associé, d'exercer un contrôle sur les actes des personnes chargées d'administrer la société.

dernier bouclier contre l'invention parfois excessive des praticiens. Aussi, l'abus est-il l'usage exagéré d'un droit, l'abus de droit étant l'action qui consiste à franchir les limites attribuées à l'exercice d'un droit⁷². L'abus est plus qu'un outil destiné à pallier le trouble dans les relations sociétaires. Il condamne surtout la transgression de l'esprit qui doit consolider la bonne organisation de la société en réaction à une déloyauté de la confiance accordée⁷³. Cette nouvelle étendue de l'abus permet d'encourager son approbation par tous les membres de la société et d'adoucir les reproches dont il fait l'objet. L'examen juridictionnel de l'abus de droit exige inéluctablement un approfondissement prérequis qui entre dans le champ d'application de cette notion. Il s'agit d'une notion qui demeure malgré tout originale et complexe. Le cheminement détaillé donnera lieu à une étude minutieuse de la jurisprudence française à la recherche de la description de cet abus. La notion d'abus nous invite donc à nous interroger sur les fondements de cette dernière. Ce stade franchi, et la prise en compte de la détermination de l'abus dans l'AUSCGIE (**Titre I**), l'objectif sera de déceler quelles sont les manifestations de l'abus dans ledit acte uniforme. (**Titre II**).

⁷² J. LEMEE, « Essai sur la notion d'abus dans le droit positif français », Thèse, Paris 1977.

⁷³ D. MARTIN, « la loyauté dans l'exécution d'un contrat », *Gaz. Pal.*, 2012, n° 144 ; K. GREVAIN-LEMERCIER, « Le devoir de loyauté des dirigeants, le retour », *Gaz. Pal.*, 2012, n° 41, p. 7 ; L. NURIT-PONTIER, « La loyauté en droit des sociétés », *Actes pratiques et ingénierie sociétaire*, mars 2011, n° 116, p. 6.

Titre I

Détermination de l'abus dans l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique

21- La notion d'abus de droit tire son origine depuis la nuit des temps puisque la pensée apparaît dans la maxime célèbre de Cicéron : « *summum jus, summa injuria* »⁷⁴ En effet, c'est dans l'esprit civil et plus principalement dans le domaine de la propriété immobilière, que l'abus de droit a assimilé si l'on peut dire ses valeurs aristocratiques notamment dans l'affaire « *Clément BAYARD* »⁷⁵. Le droit des sociétés se manifeste, quant à lui plus indocile à l'abus de droit. Il est vrai qu'ont vocation à y gouverner plusieurs libertés fondamentales imprégnées d'une envie de challenge et donc d'une plus-value d'avantages économiques individuels : liberté d'entreprendre, liberté de concurrencer, liberté de contracter⁷⁶. De même s'accumulent régulièrement les esquisses des juristes qui tentent de mettre leurs appuis au service des sociétés qui les engagent ou les utilisent, en construisant des montages captieux qui entendent profiter au maximum des réticences de la loi.

⁷⁴ Sur cet adage : H. ROLAND et L. BOYER, « Adages du droit français », Litec, 4^e éd., 1999, n° 405, p. 860 ; CICERON, « Les Offices », trad. Anonyme, Paris, 1962, p. 43, Cicéron pour illustrer la notion d'abus avait pris comme exemple ; des belligérants décident une trêve de trente jours, ce qui n'empêche pas l'un d'entre eux de ravager horriblement la campagne toutes les nuits, sous le prétexte fallacieux que le cessez-le-feu n'était que pour le jour, et non pas pour la nuit. Ce comportement révolta Cicéron. Même s'il remarqua l'application littérale et malicieuse de la lettre du pacte, il ne put qu'en déduire que « justice excessive devient injustice ».

⁷⁵ Il est pour la première fois question d'abus de droit dans un arrêt de la chambre des requêtes datant du 3 août 1915 (C.cas, Req. 3 août 1915) surnommé l'arrêt « Clément Bayard ». Dans cet arrêt sont en conflit deux propriétaires mitoyens, le premier faisant s'envoler de son terrain des ballons dirigeables et le second ne supportant pas le passage de ces objets volants sur son terrain lors de leurs décollages et atterrissages. Pour mettre fin à ces survols le second va ériger sur son fonds un amas de carcasses de bois et de ferrailles aux extrémités pointues propres à percer les ballons du premier. Lorsque l'un des ballons du premier voisin nommé Clément Bayard est percé par le dispositif, ce dernier assigne son voisin en réparation du préjudice subi. Pour sa défense, l'auteur du dispositif ayant eu raison du ballon dirigeable de M. Bayard invoquera le caractère absolu du droit de propriété (Art. 544 du code civil). En effet, il prétend être libre d'utiliser son fonds comme il l'entend dans la mesure où cette utilisation ne va pas à l'encontre des lois et des règlements. C'est-à-dire que selon lui, le fait d'ériger sur son fonds une structure inutile et propre à endommager les ballons dirigeables de son voisin relève de son droit d'usage. L'affaire est portée jusque devant la cour de cassation qui fera finalement droit à la demande de Clément Bayard. Pour justifier leur décision, les juges de la chambre des requêtes vont évoquer le fait que la structure en question était totalement dépourvue d'utilité et qu'elle a été érigée dans l'intention de nuire au propriétaire du fonds voisin et qu'au regard de cela le propriétaire a « abusé de son droit ». Cette conception sera par la suite reprise par la jurisprudence pour arbitrer des litiges similaires.

⁷⁶ J. MESTRE, « L'abus de droit dans la vie des affaires : propos introductifs », Droit et Patrimoine, Juin 2000, n° 83, p. 38.

Toutefois, l'abus de droit est loin d'être inexistant du système sociétaire, au contraire il y représente comme ailleurs⁷⁷, son rôle modérateur, épurateur des comportements patents. Il n'est pas étonnant à priori que l'abus de droit fasse l'objet de repères assez constants en droit des sociétés⁷⁸.

22- L'abus de droit, voilà bien une expression juridique ébranlée, sur laquelle tout paraît avoir été dit depuis que Louis JOSSERAND l'a superbement clarifiée au début du vingtième siècle⁷⁹. Toutefois, pour mieux la cerner, il est constamment attrayant de réexaminer cette notion capitale du droit à travers son concept dans l'acte uniforme (**Chapitre I**) pour en évaluer les possibles transformations, surtout dans un champ d'application qui ne paraît pas instinctivement ouvert à sa domination : celle du système sociétaire. Apporter une définition à la notion d'abus de droit reviendrait à la passer au crible afin d'y déceler toutes les informations possibles ayant pour objectif de préciser ce concept dans l'acte uniforme (**Chapitre II**).

⁷⁷ Dans les autres matières inhérentes au droit.

⁷⁸ Les intéressantes réflexions du professeur Y. REINHARD, « L'abus de droit dans le contrat de société », JCP E 1998, n° 6, p. 8 et s.

⁷⁹ L. JOSSERAND, « De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits », Préface de David DEROUSSIN, Dalloz, Paris, 2006.

Chapitre I

Le concept d'abus dans l'acte uniforme

23- L'abus de droit est l'une des conceptions juridiques sur lesquelles la doctrine discutera toujours. La notion d'abus de droit n'est pas illustrée de manière générale par un texte en droit français. Elle se manifeste de nos jours, pour l'essentiel comme un concept doctrinal et jurisprudentiel afférent aux principes généraux du droit. Aller à la découverte de l'étymologie de cette notion amène à se pencher d'abord sur la doctrine du XXe siècle. En effet, cette période a été caractérisée en France par une affluence considérable d'écrits doctrinaux sur l'abus de droit. Le sujet a soulevé de nombreuses opinions⁸⁰ et une multitude d'articles dans les grandes revues de l'époque⁸¹.

A la lumière de ces controverses doctrinales, il convient d'analyser le domaine d'application de la théorie de l'abus de droit. La recherche des critères juridiques de la notion d'abus a nécessité inévitablement une analyse préalable des faits qui entrent dans le champ d'application de cette notion. Son fondement⁸² paraît donc primordial et mérite qu'on s'y intéresse de plus près. En effet, sans critère, impossible de savoir si un comportement est licite et donc inattaquable. L'analyser, permettra une approche analytique plus approfondie dans l'Acte uniforme dans le but d'apporter les fondements à la constatation de cette notion à travers ses critères d'identification classiques (**Section I**). Toutefois, il conviendra d'envisager dans quelle mesure l'abus de droit rend compte d'une situation que constitue le conflit

⁸⁰ L. JOSSERAND, « l'abus des droits », Paris, ROUSSEAU, 1905 ; E. PORCHEROT, « De l'abus de droit », thèse Dijon, 1901 ; P. ANCEL, C. DIDRY, « L'abus de droit : une notion sans histoire ? L'apparition de la notion d'abus de droit en droit français au début du XXe siècle », in « L'abus de droit, comparaisons franco-suisse », Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2001, p. 51 ; E. H. PERREAU, « Origine et développement de la théorie de l'abus de droit », Revue générale du droit, 1913, p. 481 ; J. CHARMONT, « L'abus de droit », RTD civ., 1902, p. 113 ; U. ELSENER, « Les racines romanistes de l'interdiction de l'abus de droit », Thèse, Université de Neuchâtel, 2004, p. 188 et s ; R. SALEILLES, « De l'abus des droits », Rapport présenté à la première sous-commission de la commission de révision du Code Civil », Bull. soc. études et légis., 1905, p. 325.

⁸¹ G. RIPERT, « l'exercice des droits et la responsabilité civile », Rev. crit. 1905, p. 352 ; E. H. PERREAU, « Origine et développement de la théorie de l'abus de droit », Revue générale du droit, 1913, p. 485 ; M. DESSERTAUX, « Abus de droit ou conflits de droit », Rev. Trim. Dr. civ. 1906, p. 119.

⁸² Par fondement, il faut comprendre dans le cas d'espèce « ce qui sert de base, de point de départ d'une suite logique », E. LITRE, A. BEAUJEAN, « Le nouveau petit Littré », POCHE, 2009.

d'intérêts qui *a priori* constitue le critère le plus approprié de l'abus dans l'AUSCGIE
(Section II).

Les fondements de la constatation de l'abus de droit : les critères d'identification classiques de l'abus dans l'AUSCGIE

24- L'étude des jurisprudences contemporaines nous pousse à aller plus loin dans l'analyse de la notion d'abus. La certitude est telle que la doctrine évoque désormais l'abus de droit selon un point de vue d'ensembles où les comportements de chacun s'affectent relativement, eût égard à la bonne ou mauvaise foi⁸³, de la cohérence ou de l'incohérence⁸⁴, de la proportionnalité ou du déraisonnable⁸⁵. Abuser de son droit, c'est alors camoufler son réel dessein, berner des espoirs légitimes, en d'autres termes : enlacer pour mieux étrangler.

25- VERHEYDEN-JEANMART regroupe les hypothèses d'abus de droit à quatre critères : *« abuse de son droit, celui qui l'exerce dans l'intention de nuire à autrui ; celui qui, entre diverses manières d'exercer un droit qui présente un même intérêt, ne choisit pas celle qui est la moins dommageable pour les tiers ; celui qui, dans l'exercice de son droit, cause à autrui un dommage disproportionné à l'intérêt qu'il en retire ; celui qui, dans l'exercice de son droit, ne respecte pas la finalité qui lui a été assignée par le législateur »*⁸⁶. Dans l'intention de dégager la notion des brumes qui l'entourent⁸⁷, il convient de faire une étude approfondie des éléments constitutifs de la notion d'abus de droit dans le but de lui conférer une définition. Une liste de décisions jurisprudentielles sanctionnant l'abus de droit ne sera jamais complète, au moment où elle est établie, elle est déjà dépassée. L'intérêt de critères généraux de détermination paraît fondamental (§.1). On peut lui ajouter néanmoins des critères complémentaires (§.2). Après avoir coiffé ce premier obstacle, l'assimilation systématique de cette notion au droit des sociétés apparaîtra moins périlleuse.

⁸³ Pour plus de précision voir, B. FAGES, « Le comportement du contractant », PUAM, 1997.

⁸⁴ D. HOUTCIEFF, « Le principe de cohérence en matière contractuelle », Thèse dact., Paris XI, 2000.

⁸⁵ S. PECH LE GAC, « La proportionnalité en droit privé des contrats », Thèse dact., Paris XI, 1997.

⁸⁶ N. VERHEYDEN-JEANMART, « Le souci d'équité et le droit », cours de recyclage en droit dispensés aux Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1981, p.18.

⁸⁷ H. CAPITANT, « Sur l'abus des droits », RTD civ, 1928, p. 369.

§ 1. LES CRITERES FONDAMENTAUX DE L'ABUS DE DROIT

26- Le droit français renferme dans ce domaine une majorité de dispositions incomplètes, d'où le rôle important de la jurisprudence⁸⁸. Certains auteurs comme RIPERT, considèrent qu'il y a abus de droit lorsqu'un droit est pratiqué dans une intention de nuire à autrui (**A**). Ainsi, l'usage d'un droit dans le but de faire du tort à autrui serait typique d'un abus de droit, l'abus de droit apparaît donc comme un acte malveillant. L'on accorde à dire que l'absence d'utilité de l'opération par son auteur peut influencer sur l'affirmation de l'intention de nuire lorsque celle-ci est compliquée à attester⁸⁹. Lorsqu'il est établi, ce « *critère subjectif* » est indéniablement la preuve d'un abus de droit.

D'autres écrivains ont une analyse plus poussée et vont déterminer qu'il y a abus de droit quand un droit est exercé sans motif légitime (**B**). L'auteur qui a appuyé ce critère est JOSSERAND, notamment dans le domaine du voisinage. En effet, il insiste sur ce fait en retenant comme critère le détournement de la finalité sociale du droit. L'idée est que les droits subjectifs sont adaptés à certaines fins qui sont conditionnées par l'intérêt général, et que l'abus est caractérisé lorsque l'usage qui est fait du droit n'est pas adéquat à sa finalité sociale⁹⁰. Le souci ici, est de pouvoir identifier la finalité sociale du droit subjectif mis en œuvre. Le pari est de taille car c'est compte tenu de ce « *critère objectif* » qu'on évaluera le supposé abus.

Pour d'autres auteurs⁹¹ encore, le critère de l'abus de droit peut être tiré des méthodes utilisées. Les titulaires d'un droit ne peuvent utiliser ce droit qu'en employant des moyens licites. Celui-ci a été considéré de prime abord comme une « *faute délictuelle* ou *quasi*

⁸⁸ Pour la jurisprudence, l'exercice abusif d'un droit entraîne une faute et engage la responsabilité de son titulaire. Il en est de même à l'étranger avec les codes les plus récents (allemand en ses art. 326 et 386) et suisse. L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. On repère quelque chose de similaire dans le code Soviétique : « Les droits civils sont protégés par les lois, sauf s'ils sont exercés dans un sens contraire à l'ordre économique et social ».

⁸⁹ Voir affaire Clément Bayard.

⁹⁰ Voir dans ce même sens, P. BATHBANAMANE, « L'abus de droit », Petites Affiches, 3 juil. 1992, p. 15 ; G. MORIN, « L'abus des droits », Rev. de métaphysique et de morale, 1929, p. 267.

⁹¹ D. MAINGUY, « Premier regard sur l'abus dans le droit des contrats », Cah. Dr. De l'entreprise, 1998, n° 6, p. 1 ; R. MARTIN, « De l'usage des droits et particulièrement du droit de propriété », Rev. trimestrielle de droit civil 1975, p. 52 ; L. De MONTERA, « De l'abus des voies de droit », Thèse, Lyon, 1912 ; J. VOYAME, B. COTTIER, B. ROCHA, « L'abus de droit en droit comparé, in « L'abus de droit et les concepts équivalents : principes et applications actuelles », Actes du 19^{ème} colloque de droit européen », Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1990, p. 23.

délictuelle »⁹². Ces auteurs allèguent quant à eux, l'abus à la simple notion de faute. Ce courant est accrédité par le fait qu'à défaut de texte général admettant le principe de l'abus de droit, les décisions de justice sont établies sur la base de l'article 1382 du Code civil⁹³ qui repose sur le constat d'une faute.

27- Aussi peut-on affirmer qu'il y a abus de droit toutes les fois que l'exercice d'un droit subjectif reconnu, que la réalisation d'une prérogative inhérente à ce droit, que l'acte résultant de ce droit, que l'usage que le détenteur de ce droit en fait ou que l'attitude manifestée de ce droit présente un caractère désobligeant, exagéré ou abusif. Par conséquent, perpète un abus de droit, tout individu qui transgresse les limites de son droit, soit du fait de sa mauvaise foi ou de son intention de nuire, soit par suite de l'usage anormal, maladroit ou insouciant de son droit, et, ce faisant, occasionne un dommage ou un préjudice à autrui. La recherche des critères de l'abus devient donc une difficulté pour le praticien qui doit avoir la capacité de savoir à quel moment son attitude devient abusive. Par ailleurs, l'abus de droit peut découler d'une action ou d'une abstention. Mais en définitive, c'est le dépassement des limites d'un droit d'agir ou de s'abstenir, lequel provoque un dommage en raison d'un exercice irrégulier eut égard à la portée de ce droit. L'examen de critères permettant de caractériser un abus dans l'élaboration d'un droit subjectif est singulièrement délicat. Sans critère, difficile de savoir si un acte est légal et donc inattaquable. Effectivement, l'intérêt de critères généraux paraît primordial.

A. L'intention de nuire

28- « *Ce qui nous nuit, on le fuit; mais ce qui nous veut nuire, on le hait* »⁹⁴, l'idée faisant de l'intention de nuire⁹⁵ un caractère de l'abus de droit, a été soutenue par le doyen RIPERT et par DABIN, et se base sur une appréciation morale⁹⁶ de l'usage anormal d'un droit.

⁹² G. CORNU, « Etude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public », La Mémoire du droit, 2010, p. 151.

⁹³ Art. 1382 du Code civil : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause un dommage à autrui, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

⁹⁴ J.-J. ROUSSEAU, « Emile ou de l'éducation : livre IV », 1962.

⁹⁵ Selon le vocabulaire juridique de G. CORNU : « En droit civil, faute qui consiste à exercer son droit sans intérêt pour soi même et dans le seul dessein de nuire à autrui ». Cette conception faisant de l'intention de nuire le critère de l'abus de droit est fondée sur une appréciation morale.

⁹⁶ J. DABIN, « Le droit subjectif », Dalloz, 2007, p. 204 : « Où découvrir alors cet abus de droit qui, sans cesse, paraît se dérober ? De fait, il est intenable voire inconcevable, si l'on ne quitte pas le plan de la légalité, même largement entendue. Sur ce plan là, aucune théorie juridique ou para juridique ne livrera le critère de l'abus qui,

Lorsqu'on parle d'abus de droit, l'on sous-entend qu'au fondement de cet abus, se trouve un droit reconnu, défendu et consacré. Ainsi, en cas d'irrégularité constatée dans l'exercice d'un droit, il reviendra donc de chercher à quel moment l'acte sort de la régularité et peut se révéler abusif. Tout individu est détenteur de droits, mais l'usage de ces derniers ne constitue pas pour autant un droit discrétionnaire ou absolu. Il n'est donc pas permis de les utiliser à foison. Il faudra justifier d'une certaine retenue quant à leur exercice, en vue de ne pas produire un trouble anormal⁹⁷. Ainsi, si la loi octroie à tout individu des prérogatives, elles ne le sont pas sans limites. En outre, l'on remarque que la recherche du caractère irrégulier d'un droit, semble davantage montrer l'intention de nuire.

29- Ce critère est sans aucun doute, celui qui a gagné l'assentiment de la doctrine parce que c'est dans cette forme que l'abus de droit paraît le plus flagrant, qu'il choque le plus la conscience juridique et le sentiment moral⁹⁸. En effet, englober l'intention de nuire dans le domaine de l'abus de droit, sur cela, les rivalités s'estompent. Selon un auteur, « *l'intention de nuire est le degré le plus accusé de la mauvaise foi. L'auteur est de mauvaise foi parce qu'il a voulu la réalisation du dommage en vue de la satisfaction d'un intérêt personnel* »⁹⁹. Il s'agit d'une conception assez étriquée, car dérivant d'une inquiétude absolutiste des droits subjectifs envisagés comme les instruments d'une puissance d'un homme sur les autres¹⁰⁰. Néanmoins, si l'intention de nuire constitue un indice de l'abus de droit, il ne saurait être satisfaisant. En effet, le législateur français n'admet pas qu'un droit soit exécuté dans le seul but de nuire à autrui du fait de la nature antisociale de la demande de ce droit alléguant d'une certaine perfidie¹⁰¹. Faut-il aller plus en profondeur et entériner tout individu qui conduit objectivement son droit de façon excessive sans méchanceté, qui nuit par inadvertance, pour la seule raison qu'il aurait pu se comporter de manière positive pour le bien de l'autre et qu'il s'en serait privé ? Ce critère apparaît à notre humble avis un peu trop restrictif en ce sens que préciser le contour de l'intention de nuire, nous amène forcément sur le champ d'application coulissant de l'acte normal ou anormal.

juridiquement est exclu d'avance, mais il existe une légitimité autre que celle juridique, nous avons la légitimité morale », F. POLLAUD-DULIAN, « Abus de droit et droit moral », D. 1993. I. 97.

⁹⁷ J.-D. BREDIN, « Propriété et droits réels », RTD civ. 1964, p. 580.

⁹⁸ M. MARKEVITCH, « La théorie de l'abus de droit en droit comparé », Thèse, Lyon, 1936, p. 78.

⁹⁹ A.-M. GILLES, « Quelques observations sur la mauvaise foi en droit privé », Petites Affiches, juil. 2003, n° 135, p. 6.

¹⁰⁰ G. RIPERT, op. cit., n° 92.

¹⁰¹ Req 3 août 1915 D.1917.I. 79 concernant l'affaire Clément-Bayard.

30- Le doyen RIPERT rejetait cette appréhension car pour lui, celui qui protège ses intérêts nuit inmanquablement à autrui. Il est conforté dans son élan par GAILLARD quand ce dernier mentionne que : « *le titulaire d'un droit subjectif reste libre d'en user à sa guise, en faire un usage égoïste ou en faire un usage altruiste* »¹⁰², d'où la nécessité de l'importance des critères dont la détermination est plus que jamais prioritaire. En résumé, toute personne qui use de son droit dans l'intention de nuire poursuit un objectif répréhensible qui doit être puni par la théorie de l'abus de droit. On est en face du critère le plus originel de l'abus, par ailleurs l'on ne saurait voir dans l'intérêt de nuire, le seul caractère de l'abus. Un tel critère s'accorde à une conception minimaliste de l'abus¹⁰³. Néanmoins, c'est à partir de ce critère que la jurisprudence française a élargi le spectre de l'abus de droit.

Ainsi de nouvelles formules font leur apparition telle que la « *malveillance* », « *l'acte malicieux* », la « *mauvaise foi* », la « *faute lourde* »¹⁰⁴. S'il est certain que la jurisprudence a nettement adouci le critère de l'intention de nuire, il est tout aussi clair que la notion d'abus de droit ne s'établit pas sans un acte intentionnel. En effet, pour la doctrine, le critère de l'intention de nuire ne fournit pas tous les exemples de dégradation des droits en abus, d'où la nécessité de se rapporter au critère maximaliste de l'abus afférent à la finalité du titulaire dans l'exercice de ces droits.

B. Le motif légitime, le détournement de la finalité du droit

31- Abuse de son droit, celui qui le détourne de sa finalité donc de son but soit en l'exerçant égoïstement si la prérogative a une dimension sociale, soit en l'utilisant dans un but étranger à la mission qui est la sienne¹⁰⁵. Cette analyse téléologique qui sert de modèle dans plusieurs législations étrangères¹⁰⁶, a été idéalisée par JOSSERAND. Conformément à ces propos : « *l'acte sera normal ou abusif selon qu'il s'expliquera ou non par un motif légitime qui constitue ainsi la véritable pierre angulaire de toute la théorie de l'abus des droits et comme son précipité visible ; nous sommes tenus de mettre nos facultés juridiques au service d'un*

¹⁰² E. GAILLARD, « le pouvoir en droit privé », *Economica*, 1985, n° 33.

¹⁰³ G. CORNU, « Introduction, les personnes, les biens », *Montchrestien*, 12^e éd., 2005, n° 149, p. 62.

¹⁰⁴ G. COURTIEU, « Abus de droit, notion », *Fascicule 131-10, Jurisclasseur Civil Code*, juin 2005, p. 12.

¹⁰⁵ « On ne commet dans l'exercice des droits, une erreur de direction que par rapport à la direction légitime », L. JOSSERAND, *op. cit.*, n° 298, p.406.

¹⁰⁶ En droit libanais, grec ou allemand.

motif adéquat à leur esprit et à leur mission, sinon nous ne les exerçons plus à vrai dire, mais nous en abusons »¹⁰⁷. L'abus enveloppe alors une grandeur plus imposante puisqu'en finalisant les droits, il concourt à apporter une harmonie dans la société¹⁰⁸ et évite une dépravation et par là même une diminution des prérogatives.

32- Le critère du « *motif légitime* » encore appelé « *l'absence d'utilité personnelle* » apparaît, à l'origine, conforter celui de l'intention de nuire. L'abus de droit est défini donc comme « *l'accomplissement d'actes malveillants, ne se justifiant par aucune utilité appréciable* »¹⁰⁹. Ainsi, tous les droits ont un but social, « *ils doivent demeurer dans le plan de la fonction à laquelle ils correspondent, sinon leur titulaire commet un détournement, un abus de droit ; l'acte abusif est l'acte contraire au but de l'institution, à son esprit, à sa finalité* »¹¹⁰. Tout droit, toute prérogative juridique sont sociaux dans leur essence, dans leur origine et jusque dans la fonction qu'ils sont destinés à remplir¹¹¹. Toutefois, Il faut se garder de faire de l'absence d'utilité personnelle ou d'intérêt légitime un critère absolu de l'abus de droit. Ce procédé soulèverait en effet, si l'on cherche à en faire un moyen d'explication de la jurisprudence, un certain nombre de difficultés¹¹². On observera d'ailleurs que si la Cour de cassation ne s'est pas prononcée directement, elle se garde bien de censurer les décisions condamnant l'abus sans relever l'intention de nuire lorsque le défaut d'intérêt ou de motif légitime est caractérisé¹¹³.

33- L'absence de motif légitime établissant une présomption simple, il appartient au demandeur d'avancer avec suffisamment de pertinence que le titulaire du droit en cause n'avait aucun intérêt ou motif sérieux à l'utiliser comme il l'a fait. Quant au titulaire du droit, il lui incombera de rapporter la preuve de l'absence d'intention de nuire, ne serait-ce qu'en

¹⁰⁷ L. JOSSERAND, « De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits », Dalloz, 2006 n° 296.

¹⁰⁸ J. BONNECASE, « La notion de droit en France au XIXe siècle », Paris, 1919, p. 147.

¹⁰⁹ Cass. 1^{ère} civ., 20 janv. 1964, D. 1964, jurispr. p. 518, JCP G 1965, II, 14035, obs. OPPETIT, RTD civ. 1964, p. 580, obs. J.-D. BREDIN.

¹¹⁰ L. JOSSERAND, « De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits », Dalloz, 2006 n° 296.

¹¹¹ L. JOSSERAND, « De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits », Dalloz, 2006 n° 296.

¹¹² Deux raisons permettent de conforter cette affirmation. La première est tirée de l'ambivalence du critère : s'il peut se rattacher à deux conceptions aussi opposées que l'intention de nuire et la conception finaliste, c'est vraisemblablement que sa valeur explicative est nulle. La seconde est que ce critère constitue une explication dérivée. Il ne permet pas à lui seul de fournir une explication du fondement de l'abus de droit dans la mesure où il ne constitue qu'une présomption.

¹¹³ Cass. 3^e civ., 17 janv. 1978, Bull. civ. III 1978, n° 41, RTD civ. 1978, p. 665, obs. DURRY.

démontrant que son acte est justifié par un intérêt personnel, même moral, ou par un motif sérieux et légitime¹¹⁴. En conséquence, c'est l'absence d'intérêt légitime qui caractérise le révélateur de l'abus de droit. L'évaluation des prérogatives et l'examen de son comportement, de ses intérêts, de sa motivation et de leur nature préjudiciable : tout cela entraîne des recherches, des discussions et des preuves diverses et résulte de l'appréciation des tribunaux dont le rôle de défaire l'exercice d'un droit, s'avère indispensable mais aussi redoutable. Rôle encore plus poussé, si l'on estime les effets qu'ils peuvent prendre de la reconnaissance d'un abus de droit, étant donné qu'il s'agit de réparer de la façon qui semble la plus convenable le dommage causé par l'abus de droit.

§ 2. LES CRITERES COMPLEMENTAIRES

34- D'autres critères à ceux précédemment cités, peuvent faire office de caractérisation dans la présente thèse. Il s'agit de l'existence d'une faute (**A**) à laquelle on peut imaginer d'autres sanctions relatives (**B**).

A. La faute génératrice de responsabilité civile

35- La théorie de l'abus du droit permet de sanctionner celui qui altère sa prérogative en l'exerçant mal, soit que ce dernier agisse en étant inspiré par une intention de nuire, soit qu'il détourne la prérogative qui lui est accordée de sa finalité, soit que l'exercice projeté ne soit justifié par aucun intérêt légitime. Elle s'applique sous le symbole de l'hétérogénéité : diversité des critères, variantes, force versatile compte tenu des droits. La sanction ne se dérobe pas à cette constante de l'abus. C'est ainsi que Louis Josserand avançait que : « *la sanction de l'abus est un système extrêmement souple, empiriquement aménagé, nuancé* »¹¹⁵.

1. La réparation du dommage causé

¹¹⁴ G. COURTIEU, « Droit à réparation, Abus de droit, Notion », Jurisclasseur Lexisnexus, Fasc. 131-10, n° 28.

¹¹⁵ L. JOSSERAND, « De l'esprit des droits et de leur relativité : Théorie dite de l'abus de droits », Dalloz, 2006, n° 332, p. 442.

36- Nombreux sont les adeptes d'un abus de droit constatant une responsabilité civile¹¹⁶, développant ainsi l'absorption des règles juridiques par le principe de la responsabilité civile¹¹⁷. L'utilisation de la responsabilité civile pour assurer la mise en œuvre de l'abus de droit présente le double intérêt, d'une part d'évacuer le débat politique, d'autre part et surtout, d'écarter tout débat sur la détermination de la finalité sociale des droits subjectifs ou sur le caractère immoral de leur exercice, le débat restant alors cantonné sur le terrain de la faute. Il s'agit ici de condamner tout individu ayant abusé de son droit, à verser des dommages-intérêts à celui qui s'en est plaint. Par ailleurs, la concession de dommages-intérêts n'apparaît pas comme la plus essentielle. En effet, la réparation du préjudice se montre captivante lorsqu'il s'agit d'admonester l'abus de droit et que le dommage est irrémédiable. Cela présume que le dommage a été accompli et qu'il convient de l'équilibrer parce qu'on ne peut l'annihiler. Mais il a été démontré qu'une sanction limitée aux dommages-intérêts mépriserait l'étendue de l'abus qui n'est pas qu'individuelle, mais aussi sociale¹¹⁸.

Le principe général de la responsabilité civile est développé par l'article 1382 du Code civil. Cette responsabilité vise donc le dommage causé à la victime. Il faut cependant accentuer que, si l'abus de droit est sans doute caractéristique d'une faute, qui provoque la responsabilité de la personne mise en cause, il s'agit là bien sûr d'une classification particulière de faute. En effet, le fait que le titulaire fonctionne dans le cadre de son droit subjectif (limites externes) lui confère une certaine protection. L'indice du préjudice occasionné ramène au résultat provoqué par le comportement abusif. Par conséquent, juchée au centre de la responsabilité civile, la théorie de l'abus de droit exige pour sa mise en œuvre, l'existence d'un préjudice, d'une faute et d'un lien de causalité. Il apparaît plus aisé de caractériser l'abus en utilisant la souplesse de la notion de faute¹¹⁹. Comme le démontre BUTTIN qui déduit que « *la recherche du dommage provoque l'inanité de la doctrine de l'abus de droit, concurrencée ici sur le terrain de la faute constitutive de la responsabilité* »¹²⁰, la faute doit donc exhiber ici

¹¹⁶ G. RIPERT, « L'exercice des droits et de la responsabilité civile », Rev. crit. lég. et jur., 1906, p. 366 ; R. SAVATIER, « La théorie des obligations », Dalloz, 1974, n° 226, p. 290 ; R. DEMOGUE, « Traité des obligations en général », Paris, 1924, t. IV, n° 686, p. 373 ; L. CAMPION, « La théorie de l'abus de droits », Bruylant-LGDJ, 1925, n° 432, p. 311 ; L. CADIET, PH. Le TOURNEAU, « La responsabilité civile », Dalloz, 1996, n° 3154 ; M.-O. GAIN, « Essai sur l'abus de droit », Thèse Lille II, 1991, p. 424.

¹¹⁷ Pour reprendre le titre d'une chronique d'Henri MAZEAUD, DP 1935, chr.5.

¹¹⁸ L. SULTAN, « Contribution à l'étude de l'abus des droits », Thèse Alger, 1926, p. 168 : « le juge ayant à choisir entre plusieurs systèmes de réparation, devra une fois de plus se laisser guider par l'utilité sociale des intérêts en présence ».

¹¹⁹ R. PRIEUR, « L'abus de droit dans la formation et la dissolution du contrat de travail », Thèse Paris, 1942, p. 21.

¹²⁰ R. BUTTIN, « L'usage abusif du droit. Etude critique », Thèse, Grenoble, 1904, p. 178.

des caractéristiques déterminantes, et l'on revient alors aux critères évoqués plus haut tels que l'intention de nuire, ou encore le détournement de la finalité sociale du droit.

Il est cependant exact que le critère de la faute n'explique pas tout et qu'elle ne permet pas, à elle seule de comprendre pourquoi il y a abus de droit, tout dépend de la position du curseur d'appréciation de la faute de nature à engager la responsabilité de l'utilisateur du droit en cause. Or cette position est variable, en fonction de la nature du droit : « *droits subjectifs ou droits-pouvoirs* », d'une certaine « *densité* » subjective du droit impliqué (certains droits paraissant plus ou moins discrétionnaires), ou du trouble qu'il peut causer par une utilisation anormale telle qu'une procédure abusive perturbant la bonne marche de la justice. En outre ce curseur a tendance à s'écarter de plus en plus de l'intention nocive ou de la faute dolosive pour se diriger, voire se stabiliser, vers la zone de l'absence de motif légitime, et atteindre parfois le secteur de la faute sans qualification particulière¹²¹.

Etant donné que l'abus est loin d'être étranger à la responsabilité civile selon de nombreux penseurs¹²², cette notion se fonde sur des sanctions à finalité réparatrice. Si les adeptes d'un abus de droit autonome en fonction de la responsabilité civile approuvent que cette dernière discipline retrouve son autorité lorsqu'il s'agit de sanctionner, cela ne voudrait pas dire que la théorie de l'abus de droit constitue une mise en pratique pure et simple de la responsabilité civile, mais qu'une fois l'abus fondé selon ses critères propres, la responsabilité entre en jeu. L'approbation de l'article 1382 du Code civil¹²³ montre seulement que ce texte établit une certaine condamnation. La sanction d'un abus de droit consiste en la réparation du dommage que son abus a causé¹²⁴, mais peut également impliquer d'autres responsabilités.

Dans toutes les hypothèses, les juges veillent à accommoder au mieux les intérêts en présence, car il serait nuisible que la sanction de l'abus soit plus injuste que l'abus lui-même. On ne

¹²¹ G. COURTIEU, « Droit à réparation, Abus de droit, Notion », Jurisclasseur Lexisnexis, Fasc. 131-10, n° 21.

¹²² F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, « Droit civil, les obligations », Dalloz, 10^e éd., 2009, n° 713, p. 584, L. CADIET, PH. LE TOURNEAU, « Droit de la responsabilité et des contrats », Dalloz, 2003, n° 3161, p. 668.

¹²³ Art. 1382 C. civ. : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause dommage à autrui, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ».

¹²⁴ P. STOFFEL-MUNCK, « A propos de l'arrêt de la Cour de cassation chambre commerciale du 26 nov. 2003, responsabilité précontractuelle. heureuses précisions sur la nature et la sanction de l'abus dans la rupture des pourparlers », Comm.-Com. Electronique 2004, n° 3, commentaire, 31, p. 34 ; A. KARIMI, « Essai de systématisation sur l'application de la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle », Mélanges Litec Dalloz, 2006, p. 587.

saurait la contredire, la sanction de l'abus est à l'apparence de la théorie elle-même de ses critères, c'est-à-dire qu'elle ne peut être emprisonnée dans un appareil rigide. Autrement dit, elle semble indiquer son profond caractère par rapport au dispositif de la responsabilité civile, en l'espèce la sanction. Ainsi, « *le problème de l'abus déborde du cadre de la responsabilité civile : il ne s'agit pas seulement de dommage causé et de réparation, mais de la valeur en droit des actes constitutifs d'usage immoral des droits* »¹²⁵. Au regard de ces différentes démonstrations, doit on conclure que l'abus de droit est indépendant ou qu'il se rattache uniquement à la responsabilité civile ? La question ne saurait être ainsi résolue mais donne le mérite de préciser le concept qu'est l'abus dans l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

2. Les autres sanctions relatives

37- SALEILLES dans son rapport, accentuait sur le fait « *de ne pas enserrer la théorie dans le moule étriqué et insuffisant d'une pure réparation pécuniaire pour dommage réalisé, de la soustraire au domaine étroit et insuffisant de l'article 1382* »¹²⁶ ; Autrement dit, il proposait une ouverture sur la possibilité de sanctions tout à fait différentes de celles de la réparation du dommage causé¹²⁷. La théorie de l'abus de droit permet de sanctionner de tels agissements. Il s'agit au bout du compte, d'enrayer l'exercice d'une prérogative qui serait contraire aux finalités du droit subjectif. L'abus de droit serait considéré donc comme le docteur qui guérit les maladies inhérentes à tout système juridique¹²⁸.

Comme nous l'avons déclaré plus haut, l'abus représente une utilisation anormale constitutive de faute. Le concept a été appliqué en particulier dans plusieurs cas. En effet, compte tenu de sa diversité et de son application dans plusieurs disciplines du droit, l'abus figure aussi dans le libellé des sanctions pénales. Il sert à la qualification de l'acte considéré dans plusieurs infractions telles que : l'abus de confiance, l'abus de blanc-seing, abus de faiblesse. Il est mentionné également dans des composantes de délits tels que : abus de pouvoir, abus

¹²⁵ J. DABIN, « Le droit subjectif », Dalloz, 2007, p. 303.

¹²⁶ R. SALEILLES, « De l'abus de droit », Paris, 1905, p. 26.

¹²⁷ R. SALEILLES, *op. cit.*, il proposait un texte complètement séparé de la notion de responsabilité qui prévoyait : « un acte dont l'effet ne peut être que de nuire à autrui, sans intérêt appréciable et légitime pour celui qui l'accomplit, ne peut jamais constituer un exercice licite d'un droit ».

¹²⁸ Obligation de moyen puisque résultant de l'appréciation des juges.

d'autorité. En dehors du champ pénal, il s'agit en particulier d'abus de position dominante, d'abus de dépendance économique pour ne citer que ceux-là.

L'appréciation de l'abus de droit est rattachée à celle de beaucoup d'interrogations données à l'observation des tribunaux. Il faut au préalable s'assurer que l'auteur de l'abus de droit supposé, agit dans les frontières objectives de son droit, ce qui implique que les prérogatives qu'attribue ce droit, soient nettement précisées. Autrement dit, il faut analyser la façon dont le titulaire du droit considéré use ou abuse de ses pouvoirs, l'abus de droit prétendant qu'il ne le fasse que par malveillance envers autrui. On peut donc alléguer l'intention de nuire à partir du défaut d'utilité de l'acte dommageable pour son auteur. Il suffit de constituer que l'acte d'un individu est à la fois préjudiciable et insignifiant pour qu'il revêt la qualification d'abus de droit. Par contre, si les comportements examinés montrent un intérêt pour leur auteur, ils s'en trouvent justifiés.

B. L'immoralité du droit

38- En se référant au lexique des termes juridiques, le droit constitue l'ensemble des règles obligatoires qui organisent la vie entre les Hommes, susceptibles d'être imposées par la contrainte, tandis que la morale intervient comme étant un ensemble de principes de jugement et de conduite qui s'imposent à la conscience individuelle ou collective comme fondés sur les impératifs du bien; ensemble de règles, d'obligations, de valeurs¹²⁹.

Parler de la moralité du droit revient donc, à se baser sur leur préférence commune, c'est-à-dire des règles ou des lois du côté du droit et des valeurs plus ou moins communes à un groupe du côté de la morale. Comme le mentionne DABIN, « *on peut avoir pour soi tel droit légal et par conséquent la légalité toute entière, et avoir contre soi la moralité* »¹³⁰. Ainsi, à ce stade, l'on peut trouver une affirmation d'un acte contraire à la moralité que l'on qualifie ici d'abus, compte tenu du rapprochement de l'auteur avec sa victime et les concepts de solidarité et de moralité¹³¹.

¹²⁹ R. GUILLIEN, J. VINCENT, « Lexiques des termes juridiques », Dalloz, 17 éd., 2010.

¹³⁰ J. DABIN, « Le droit subjectif », préf. Christian ATIAS, Dalloz, 2007, p. 290.

¹³¹ Valeurs éthiques d'une personne, qui se manifestent à travers sa conduite.

C. La résolution du but économique et social

39- Ce caractère prend en compte la notion d'intérêt puisque l'abus apparaît comme un acte contraire au but économique et social du droit. Chaque droit est attribué à une personne dans le but de défendre des intérêts socialement nécessaires¹³². Ce qui permet à CAMPION de mettre en relation deux intérêts en jeu¹³³ : l'intérêt du sujet du droit et celui de la victime de l'exercice du droit¹³⁴. La constitution des différents critères de la notion d'abus ne permet pas encore de maîtriser la substance essentielle de ce concept. Il faut donc approfondir davantage son champ d'application pour parvenir à une définition probante de son aspect. Cela nous conduit à rechercher un critère plus pertinent, plus fiable afin de démontrer que l'usage à l'excès des acteurs sociétaires de leurs pouvoirs ou de leurs prérogatives peut s'avérer fort contestable, d'où la survenance de conflits d'intérêts¹³⁵.

¹³² R. SALEILLES, « Etudes d'une théorie générale de l'obligation, d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand », LGDJ, 3^e éd., 1914, p. 370.

¹³³ A partir du moment où ce critère est lié d'ordinaire à celui de l'arrêt de l'équilibre des intérêts.

¹³⁴ L. CAMPION, « De l'exercice antisocial des droits subjectifs, la théorie de l'abus des droits », Bruylant, 1925, p. 300.

¹³⁵ E. CORDELIER, « L'abus en droit des sociétés », Thèse, Toulouse I, 2002, n° 33 et 34.

Le conflit d'intérêt ou le critère d'identification le plus approprié de l'abus de droit dans l'AUSCGIE

40- Le Droit, parce qu'il est l'art des conciliations, est la discipline naturelle des conflits : conflits de lois, conflits de juridictions, conflits d'actes, il n'est pas surprenant que la matière intéresse également les conflits d'intérêts. Mais la similitude de termes ne doit pas tromper. Par opposition aux autres conflits, le conflit d'intérêts n'est pas un conflit impliquant de choisir de manière neutre entre deux normes dont la valeur est équivalente dans l'absolu¹³⁶. L'évolution économique de ces vingt dernières années confrontée par l'internationalisation des échanges et la mondialisation de l'économie, ont fortement influé sur le droit des sociétés en Afrique jusqu'à bouleverser ses schémas habituels. Si ces impératifs ont poussé le législateur français à moderniser le droit des sociétés à travers plusieurs actions¹³⁷, le droit Ohada porte en lui une certaine reconnaissance des conflits d'intérêts dans la société. Il s'agit de la situation dans laquelle une personne voit ses intérêts personnels entrer en conflit avec des intérêts dont elle a la charge.

41- Le conflit d'intérêts se montre comme une notion inconstante et prolixe. A l'image de toutes les représentations abstraites, cette notion ne bénéficie pas évidemment de la même signification en fonction des contextes dans lesquels elle se rencontre. L'examen de cette notion (§.1) présente un grand intérêt pour parvenir à mieux l'entourer et à considérer en conséquence des solutions appropriées au regard des abus qui sont en cause et qu'il conviendra de bien souligner plus-tard. Effectivement, le conflit d'intérêts a une utilité opérationnelle pour les intéressés. La théorie des conflits d'intérêts apparaît comme un système permettant de prévenir leur réalisation lorsqu'ils sont encore latents ou de contenir

¹³⁶ P.-F. CUIF, « Le conflit d'intérêts, Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », RTD com. 2005, p. 1.

¹³⁷ La loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques et à la sécurité financière ; la loi du 1^{er} août 2003 relative à la sécurité financière et à l'initiative économique ; la loi du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie, la loi du 30 décembre 2006 relative au développement de la participation et de l'actionariat du salarié.

leurs incidences quand ils sont avérés¹³⁸. L'approche comparative du droit français encourage la compréhension des différentes figures des conflits d'intérêts en droit Ohada (§.2). L'observation de ces deux droits conduit également à affirmer la pertinence du concept, de révéler son éventuelle dérive ou d'en prévoir la réorientation.

§ 1. LA NOTION DE CONFLIT D'INTERETS

42- Le droit Ohada est assez sensible à la problématique du conflit d'intérêts, qui sera certainement l'une des plus grandes directions de l'AUSCGIE à venir. Tous les associés manifestent ainsi un intérêt convergent : partager loyalement la richesse sociale. Cette communauté d'intérêts unit les associés et assure le bon fonctionnement de la société. En revanche, le mécanisme sociétaire se grippe lorsqu'un associé ou un dirigeant choisit de satisfaire son intérêt personnel, contraire à l'intérêt commun. Exceptionnellement, certains individus sont tenus de respecter un intérêt supérieur et doivent s'abstenir de suivre leur intérêt personnel (A) qui les en détournerait : le conflit d'intérêts résulte donc d'une contrariété entre un intérêt supérieur et un intérêt personnel (B)¹³⁹.

A. La stigmatisation de l'intérêt personnel au regard de l'intérêt supérieur

43- Le droit positif n'énonce pas une définition générale de la notion de conflit d'intérêts mais l'évoque en de multiples doctrines éparses¹⁴⁰. La société commerciale Ohada est créée dans l'intérêt commun des associés¹⁴¹. Quelquefois, ce contrat de société est de préférence le lieu

¹³⁸ Rev. Lamy droit civil, « perspectives », 2012, n° 96 ; V. MAGNIER, « Mouvements et inerties en matière de conflits d'intérêts dans le cadre du droit des sociétés », JCP G 2011, suppl. au n° 52, p. 34 ; B. DONDERO, « Le traitement juridique des conflits d'intérêts, entre droit commun et dispositifs spéciaux », D. 2012. 1686 ; D. SCHMIDT, « Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, Joly Ed., 2004.

¹³⁹ P.-F. CUIF, « Le conflit d'intérêts, essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », RTD com. 2005, n° 1, p. 1.

¹⁴⁰ Dossier « Conflits d'intérêts et déontologie », AJDA 2012. 865 s. ; J. MORET-BAILLY, « Définir les conflits d'intérêts », D. 2011. 1100 ; P.-F. CUIF, « Le conflit d'intérêts, Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », RTD com. 2005. 1 ; J. LESUEUR, « Les conflits d'intérêts dans les lois Hadopi I et II », CCE 2009, étude 25 ; Dossier « Les conflits d'intérêts dans les opérations de marché », Bull. Joly Bourse, n° thématique, 2008 ; P. LINGIBE, « Le point sur les conflits d'intérêts : prise illégale d'intérêt, octroi d'avantage injustifié et notion de conseiller intéressé », AJCT 2012, n° 269 ; J.-B AUBY, « Conflits d'intérêts et droit administratif », Dr. adm. 2010, étude n° 24 ; M. HIRSCH, « Pour en finir avec les conflits d'intérêts, Stock, 2010 ; Actes du colloque de Deauville, les 1^{er} et 2 avr. 2006, de l'Association Droit et Commerce sur « Les conflits d'intérêts », RJ com., 2006 ; MEDEF, « Prévenir et gérer les conflits d'intérêts dans votre entreprise, 2011, www.medef.com.

¹⁴¹ Art. 4 al. 2 de l'AUSCGIE.

de rencontre de multiples intérêts antagonistes qui vont se heurter dans un conflit d'intérêts. Cette divergence peut conduire à une définition du conflit d'intérêts tout en apportant une certaine compréhension en la matière. Chacun est en droit de rechercher la satisfaction de son intérêt personnel. Parfois, une personne a le devoir de soigner un intérêt autre que le sien et lors de l'exercice de ce devoir, l'intérêt à soigner et l'intérêt personnel peuvent entrer en opposition ce qui entraîne un conflit entre ces deux intérêts¹⁴².

Il n'existe pas de définition légale proprement dite du conflit d'intérêts en droit Ohada. Toutefois, un certain nombre de dispositions légales et réglementaires traitent de ce thème¹⁴³. On peut le définir comme une situation dans laquelle un individu possède ou sert, à titre privé, des intérêts qui pourraient avoir une influence sur son objectivité dans l'exercice de sa fonction. On entend par « *intérêt privé* » un intérêt étranger à celui de la société, qu'il soit direct ou personnel¹⁴⁴, ou indirect concernant des parents, amis, partenaires commerciaux ou organisations dans laquelle la personne occupe une fonction (bénévole ou rémunérée). L'intérêt privé peut de ce fait affecter le discernement de cet individu qui n'est ainsi plus exclusivement centré sur l'intérêt social. L'intérêt privé peut être matériel¹⁴⁵ ou immatériel¹⁴⁶. Elle rejoint une certaine définition de Monsieur le Professeur Dominique SCHMIDT qui caractérise l'expression comme étant : « *toute situation dans laquelle un actionnaire (...) choisit d'exercer ses droits et pouvoirs en violation de l'intérêt commun soit pour satisfaire un intérêt personnel extérieur à la société, soit pour s'octroyer dans la société un avantage au préjudice des autres actionnaires* »¹⁴⁷. Toutefois, on peut noter une autre définition qui relève l'expression de la prohibition du comportement égoïste des dirigeants sociaux à savoir que le conflit d'intérêt correspond à une « *situation dans laquelle les intérêts personnels d'une personne sont en opposition avec ses devoirs, lesquels tendent justement à la protection des*

¹⁴² D. SCHMIDT, « Essai de systématisation des conflits d'intérêts », Recueil Dalloz 2013, n° 7, p. 446.

¹⁴³ Des dispositions légales existent également en droit français notamment les dispositions du Code de commerce applicables aux conventions courantes et réglementées (article L.225-38 et 39 C.com), la communication des mandats et fonctions des administrateurs tels que prévus par le Code de commerce (article L.225-102-1 al. 4 C.com.) ainsi que la règle du cumul (article L.225-21 C.com), les mentions que doit comporter le rapport du président de sociétés cotées sur les travaux du conseil d'administration (article L.225-37 al. 6 C.com).

¹⁴⁴ L'association Transparence International précise : « L'intérêt personnel est compris de façon très large. Il peut être direct ou indirect, matériel ou immatériel, volontaire ou involontaire, se traduire par l'obtention d'un avantage, ou la soustraction à un inconvénient ».

¹⁴⁵ Par exemple, obtention d'un gain au détriment de l'entreprise.

¹⁴⁶ Par exemple, approbation d'une transaction qui avantage un tiers pour ménager de bonnes relations avec lui.

¹⁴⁷ D. SCHMIDT, « Les conflits d'intérêts dans la société anonyme », Joly éd., version nouvelle, 2004, n° 19.

intérêts dont elle a la charge »¹⁴⁸. Ces différentes définitions confirment l'extension du cercle des conflits d'intérêts dans les sociétés commerciales. En effet, les intérêts peuvent être ordonnés. D'une façon générale, tout individu peut chercher la satisfaction de son intérêt personnel du moment qu'il ne nuit pas à autrui.

Le conflit d'intérêts peut se définir comme la situation dans laquelle les intérêts personnels d'une personne sont en opposition avec ses devoirs. Le conflit d'intérêts n'est pas un conflit impliquant de choisir de manière neutre entre deux règles dont la valeur est équivalente dans l'absolu. Il s'agit de la situation dans laquelle une personne voit ses intérêts personnels entrer en conflit avec des intérêts dont elle a la charge. Dans cette zone équivoque, chacun dispose d'un intérêt personnel intellectuel et évidemment matériel qu'il peut privilégier au détriment de celui qu'il a l'obligation de défendre. Celui qui a confié son intérêt à l'autre peut aussi attendre un traitement favorable à ses espérances¹⁴⁹. L'intérêt personnel admet un certain avantage que peut bénéficier une personne de sa position. Parce qu'il est nécessaire de protéger ces intérêts, le conflit doit toujours se résoudre en leur faveur, contre l'intérêt personnel¹⁵⁰. Pour qu'il y ait donc conflit d'intérêts, il faut que la situation soit de nature à engendrer un conflit. L'intérêt supérieur, entendu comme intérêt général, quant à lui, renvoie à tout ce qui est, « *pour le bien public, à l'avantage de tous* »¹⁵¹.

En d'autres termes, le conflit d'intérêts doit résulter de l'opposition entre un intérêt dit supérieur et un intérêt personnel. L'intérêt personnel éloigne de l'intérêt supérieur en ramenant celui qui en a la charge à ses propres préoccupations directes ou indirectes ; il est subversif en ce qu'il détourne le sujet de ses devoirs. Mais, même si sa position lui ouvre la possibilité de bénéficier d'un avantage personnel, cette personne doit garantir une mission d'intérêt général. Cette mission l'oblige à respecter un certain devoir de loyauté¹⁵², notamment en droit des sociétés. Ce fondement charge le dirigeant du devoir de cultiver un intérêt autre que le sien¹⁵³.

¹⁴⁸ Y. PONS, N. PONS, « Le conflit d'intérêts, le symbole de la dérive de l'éthique », *Audit et contrôle interne*, 2011, Dossier, n° 204, p. 24.

¹⁴⁹ Y. PONS, N. PONS, « Le conflit d'intérêts, le symbole de la dérive de l'éthique », *Audit et contrôle interne*, 2011, Dossier, n° 204, p. 24.

¹⁵⁰ J. MESTRE, D. VELARDOCCIO, « *Lamy sociétés commerciales* », 2012, n° 840.

¹⁵¹ V. la définition donnée par G. CORNU, « *Vocabulaire juridique* », Association Capitant, Paris, PUF, 9^e éd., 2011.

¹⁵² Le rapport annuel 2006 de la Cour de cassation précise en page 312, « la référence au devoir de loyauté des mandataires sociaux envers l'ensemble des associés, ne doit pas surprendre, ainsi, bien que non mentionné dans les divers dispositions, ce fondement résulte de ce que les mandataires sociaux sont tenus d'agir conformément à l'intérêt social et dans le respect de traitement de l'égalité des associés ».

¹⁵³ Cass. com., 18 déc. 2012, n° 11-24.305, D. 2013. 288, note T. FAVARIO.

Quel que soit l'intérêt, il doit être significatif, c'est-à-dire qu'il doit être susceptible d'exercer une influence sur celui qui est en charge de l'intérêt supérieur et l'amener à se détourner de ses devoirs.

B. La contrariété entre les deux types d'intérêts

44- Le conflit d'intérêts s'apparente à une situation dans laquelle l'intérêt d'une personne peut aller à l'encontre d'un autre intérêt qu'elle doit soigner¹⁵⁴. Cet aspect revêt une sorte d'alternative : la personne ne peut opter de satisfaire l'un des intérêts sans négliger l'autre, autrement dit, si elle choisit l'un, elle porte préjudice à l'autre. La notion de conflit d'intérêts évoque une opposition entre les intérêts personnels de quelqu'un et d'autres intérêts qu'elle doit protéger lors d'opérations déterminées. Ainsi la « *dualité* » d'intérêt est insuffisante à former une situation qualifiée juridiquement de « *conflit* ». De même, l'opposition doit demeurer entre un intérêt personnel d'une personne et un intérêt d'autrui que cette même personne a l'obligation active de défendre. Le conflit est patent, puisque l'intérêt supérieur est sacrifié au profit de l'intérêt personnel.

45- L'on se rend compte en conséquence, de la cénesthésie d'un intérêt personnel de nature à influencer sur l'attitude de la personne. Il semble alors très clair que le seul fait de rechercher une certaine convergence montre que la personne considère son intérêt personnel pour remplir son devoir de servir l'intérêt d'autrui, ce qui démontre le défaut d'indépendance et l'existence du conflit d'intérêts¹⁵⁵. Cet intérêt doit être suffisamment important pour pousser la personne à violer son obligation de garantir l'intérêt dont il est en charge. Pour caractériser au final l'existence d'un conflit, il suffit de reconnaître l'existence d'un tel intérêt personnel et la potentialité du conflit¹⁵⁶. Tout commence ici par la définition même du conflit d'intérêts. Mais pour bien comprendre la notion de conflit d'intérêts il faut saisir d'autre part le sens de ce qu'il convient de nommer « *intérêt* ». La détermination de ce qui relève de l'intérêt supérieur ou de l'intérêt personnel dépendra finalement de la définition qu'on aura retenue de la notion d'intérêt. Rétifs à une approche objective et à tout le moins uniforme, les conflits d'intérêts sont aussi pluriels qu'ils semblent pouvoir embrasser les situations les plus diverses.

¹⁵⁴ D. SCHMIDT, « Essai de systématisation des conflits d'intérêts », Recueil Dalloz 2013, n° 7, p. 447.

¹⁵⁵ A. C. ROUAUD, B.J.B. 2011, n° 50, p. 94.

¹⁵⁶ D. SCHMIDT, « Essai de systématisation des conflits d'intérêts », Recueil Dalloz 2013, n° 7, p. 448.

Plus encore, si on les stigmatise, c'est parce qu'on les présume source d'iniquités, facteurs de détournements de pouvoirs.

46- Le conflit d'intérêts se rencontre en effet dans des situations qui concernent la prise d'une décision de la part de la personne au centre du conflit ainsi que le spécifie cet auteur¹⁵⁷. En conséquence, le conflit d'intérêts voit une même personne chargée de défendre un intérêt A, être tentée ou contrainte de défendre un intérêt B, contradictoire ou concurrent avec l'intérêt A. Il n'est pas nécessaire que l'intérêt A ait été lésé pour que le conflit d'intérêts existe¹⁵⁸. Il convient alors de se poser une question : Le conflit d'intérêts porte-t-il atteinte ou potentiellement atteinte à l'intérêt protégé ? La réponse a été apportée par Monsieur le Professeur Bruno DONDERO qui affirme que : *« la réponse du droit positif à cette question va systématiquement dans le second sens, quels que soient les fondements et les intérêts en jeu. Si c'était le cas, il serait d'ailleurs très difficile de contrôler les situations de conflit d'intérêts, particulièrement parce que le préjudice subi résulte souvent d'un manque à gagner pour la victime du conflit d'intérêts, et parce que les relations concernées laissent généralement une certaine latitude d'action à la personne chargée de défendre l'intérêt. Il sera dès lors difficile à la victime de prouver que le manque à gagner résulte du fait que son intérêt a été sacrifié à un intérêt contradictoire ou concurrent »*¹⁵⁹.

47- Les sources de conflits d'intérêts sont nombreuses. Le conflit d'intérêts, c'est ce fil qui relie l'individu à un objet qui aliène ou risque d'aliéner son libre-arbitre. D'où il ressort que le conflit d'intérêts, c'est avant tout un conflit avec soi-même, une tension de l'esprit qui vient orienter la pensée au risque d'altérer le jugement¹⁶⁰. Et c'est lorsqu'il devient condamnable qu'un tel risque doit être condamné, c'est-à-dire lorsqu'il met à l'épreuve la capacité de l'individu de défendre les intérêts qui lui ont été confiés¹⁶¹.

§ 2. L'APPROCHE DU DROIT DES SOCIÉTÉS OHADA SUR LES CONFLITS D'INTERETS

¹⁵⁷ M. DAVIS, « Conflict of interest in the professions », dir. M. DAVIS et A. STARCK, Oxford, 2001, p. 8.

¹⁵⁸ J. MORET-BAILLY, « Définir les conflits d'intérêts », D. 2011, p. 1100.

¹⁵⁹ B. DONDERO, « La notion de conflits d'intérêts et le devoir de loyauté », JCP E 2012, 1132.

¹⁶⁰ F. PASQUALINI, « Les conflits d'intérêts, fonction et maîtrise », Colloque, oct. 2012, Centre français de droit comparé.

¹⁶¹ N. MOLFESSIS, « Conflits d'intérêts, vers un changement de culture », JCP G 2011, n° 52, p. 1.

48- Il serait impossible dans le cadre de cette partie d'aborder a fortiori l'ensemble des situations de conflit d'intérêts que l'on peut rencontrer dans la vie des sociétés. L'analyse sera articulée autour des thèmes qui relèvent de la présente thèse. La communauté des associés est abondante d'intérêts opposés, en raison du déséquilibre des relations de force qui résultent de la détention plus ou moins importante de parts ou d'actions. C'est finalement en combinant les textes et les principes dégagés par la jurisprudence et la doctrine que l'on pourrait rendre compte des situations conflictuelles en droit des sociétés (**B**). Malgré la diversité des règles qui les concernent en droit Ohada, ils n'y sont appréhendés que de façon parcellaire en référence à la nuisibilité de ces conflits qui a réclamé un édifice de règles générales en la matière (**A**).

A. Construction de la notion de conflit d'intérêts

49- L'évolution du droit des sociétés a laissé paraître la décadence de la conception unitaire de l'intérêt social. Les objectifs du droit des sociétés se sont bel et bien métamorphosés¹⁶² Le législateur français s'est dirigé au sein de la personne morale¹⁶³ vers la reconnaissance des conflits d'intérêts, car la réalisation des richesses n'est plus capable de fédérer les acteurs autour de l'ordre social¹⁶⁴. En effet, ce dernier a reconnu explicitement des conflits d'intérêts à travers la loi du 15 mai 2001 relatif aux nouvelles régulations économiques. Continuant sur sa lancée, le législateur français s'est montré très sensible à la prolifération des conflits d'intérêts, depuis que la financiarisation s'est accaparée du droit des sociétés¹⁶⁵, ce qui a conduit à la révélation au grand jour des conflits d'intérêts. Il convient surtout de reconnaître le rôle indéniable qu'a joué la jurisprudence française dans la construction de cette lutte contre les conflits d'intérêts. L'une des illustrations du rôle de création prétorienne en matière de conflit d'intérêt tient en la reconnaissance du devoir de loyauté pesant sur tout

¹⁶² C. HANNOUN, « Le droit des sociétés à l'épreuve de la modernité », in Etudes à la mémoire du Professeur Bruno OPPETIT, Litec, 2008, p. 309 et s.

¹⁶³ G.-A. LIKILLIMBA, « Préjudice individuel et préjudice collectif en droit des groupements », RTD com., 2009, n° 2, p. 1 ; F. TERRE, « 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 ? », PUF, 2006, p. 191 ; A. MARTIN-SERF, « L'évolution législative et les conflits », in « Les entreprises en difficulté : terre de conflits. Synthèse nécessaire des intérêts contraires », G. P., 2008, n° 177, p. 9.

¹⁶⁴ A. BENNINI, « Le voile de l'intérêt social », Thèse Cergy-Pontoise, 2010, n° 47, p. 52.

¹⁶⁵ C. HANNOUN, « L'impact de la financiarisation de l'économie sur le droit du travail », Droit du travail 2008, n° 5, p. 288.

mandataire¹⁶⁶. Partout où se loge un pouvoir dont l'homme est susceptible d'abuser, surgit l'obligation de loyauté, que ce soit la sincérité contractuelle dans la formation du contrat ou la bonne foi contractuelle dans l'exécution du contrat. On peut y voir aussi un devoir de loyauté pesant sur les associés envers la société, en ce sens qu'une violation du devoir de loyauté est théoriquement fondée sur une lecture exigeante de l'*affectio societatis* et textuellement assis sur l'article 1833 du Code civil.

Le conflit d'intérêt ne s'apparente plus à une situation dans laquelle le dirigeant ou l'actionnaire choisit d'exercer ses droits et pouvoirs en violation de l'intérêt commun¹⁶⁷ ou une contradiction entre les obligations et les droits d'un individu¹⁶⁸. Il s'agit plus vraisemblablement d'une divergence entre un intérêt catégoriel ou individuel et celui de la personne morale. Il se traduit par l'apparition de contre-pouvoirs au sein de la communauté des associés. Cette extension du domaine conflictuel aux associés a d'ailleurs été prise en compte par le législateur Ohada, en ce qu'il a visiblement renforcé les droits de l'actionnariat dans la direction d'un meilleur équilibre entre majorité et minorité.

50- L'on parle de plus en plus de responsabilité sociale dans l'entreprise. En réalité, l'expression conflit d'intérêts n'est véritablement nouvelle qu'en France ; il s'agit de la francisation de la notion anglaise de « *conflict of interest* ». En effet, le conflit d'intérêts a une signification précise en droit anglais : dans un précédent remarquable de 1896, les juges anglais enjoignent à des personnes soumises aux devoirs judiciaires¹⁶⁹ de s'abstenir de se placer dans une situation de conflit d'intérêts. Ce pragmatisme anglo-saxon s'est renforcé grâce au courant de pensée qui a soufflé, vers les années 70, dans ces pays sur la notion de « *corporate governance* ». L'objectif du gouvernement d'entreprise est d'assurer une efficacité des structures de gouvernance et de vérifier que les actionnaires peuvent influencer les grandes décisions de l'entreprise grâce à des procédures bien établies. En conséquence, les conflits d'intérêts ne se bornent pas uniquement à la personne du dirigeant ou du mandataire social qui fait prédominer son intérêt personnel sur ceux des associés ou autres protagonistes de l'entreprise mais côtoie également les associés. Les conflits entre les associés apparaissent

¹⁶⁶ Cet aspect sera abordé dans la prochaine partie de la thèse.

¹⁶⁷ D. SCHMIDT, « Les conflits d'intérêts dans la société anonyme », Joly éd. 2004, n° 19, p. 31.

¹⁶⁸ P.-F. CUIF, « Le conflit d'intérêts, essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », RTD com., 2005, n° 2, p. 1.

¹⁶⁹ Il s'agit des trustees et les mandataires professionnels.

généralement à travers l'exercice abusif du droit de vote. Le droit de vote semble constituer le prototype du droit mixte car il doit s'exercer à la fois dans l'intérêt égoïste de son détenteur et être conforme à l'intérêt de la société. Il traduit la spécification du pouvoir relaté par Emmanuel GAILLARD dans sa thèse lorsqu'il prétend que : « *le droit de vote est orienté vers un but, qu'il est tout entier ordonné à la satisfaction d'un intérêt qui ne se confond jamais totalement avec celui de son titulaire* »¹⁷⁰. Il peut arriver en cours de vie sociale que la société soit confrontée à des distorsions au sein des assemblées. Le fondement juridique des conflits d'intérêts nous amène donc à la distinction selon l'organe impliqué. Tel est la physionomie des systèmes juridiques français et anglo-saxon en matière de conflit d'intérêts en droit des sociétés. Si en France c'est la jurisprudence qui a d'abord reconnu dans un premier temps le conflit d'intérêts, en droit Ohada, c'est le législateur africain qui a porté cette reconnaissance directement dans l'AUSCGIE. En effet, à une époque où le monde occidental accélère sa mutation vers des standards de gestion et de compétitivité anglo-saxons, les milieux d'affaires africains n'entendent pas rester en marge du mouvement. L'AUSCGIE, rattrapant ainsi plus d'un siècle de retard, semble être un début de solution à cette préoccupation. Ce texte se veut complet, simple, flexible et moderne. Ce n'est donc pas étonné si on peut constater qu'il s'intéresse aussi aux conflits d'intérêts.

B. Du conflit d'intérêts aux abus dans la société Ohada

51- Dans la perspective d'une adaptation du droit à la véritable dimension des conflits d'intérêts, le législateur africain a fortement œuvré dans le sens de leur identification, et ceux pour une meilleure appréhension de leurs effets. C'est ainsi qu'il a codifié l'abus de majorité et de minorité¹⁷¹. Lorsqu'il y a une parité de voix à l'assemblée, le projet de délibération est réprouvé. Cette situation qui peut se présenter de façon fortuite, à l'occasion d'une question limitée, on ne saurait évidemment parler d'abus, comme on ne saurait parler d'abus du conseil car celui-ci est divisé sur une situation et rejette dès lors, une opération déterminée. On est tout au contraire, au fonctionnement normal des organes sociaux. En effet, les divergences de vue sur des problèmes particuliers peuvent d'ailleurs avoir un résultat favorable, pour autant qu'ils ne soient pas l'affirmation de désaccords ou d'affrontements cruciaux de politiques.

¹⁷⁰ E. GAILLARD, « Le pouvoir en droit privé », *Economica*, 1985, n° 235.

¹⁷¹ V. chap. I, titre 2 de la 1^{ère} partie de la présente thèse.

C'est l'affrontement systématique qui risque d'aboutir à des abus. Ces abus n'étant que le reflet d'un conflit entre actionnaires ou associés. En pareille occurrence, la situation du juge Ohada était assurément difficile. En effet, contrôleur neutre et indépendant de la gestion, il se retrouvera au centre d'un conflit d'intérêts entre associés dans lequel il sera compliqué de prendre parti, spécialement si aucune des parties n'a commis d'illégalité. C'est donc au cas par cas que le législateur Ohada a pu se déterminer notamment en instituant l'abus de droit de vote. L'abus de droit permet à cet effet, d'éviter une application aveugle de la règle de droit qui risque d'aboutir à des conséquences iniques¹⁷². La notion d'abus de droit utilisée dans l'AUSCGIE nous ramène aux sanctions des abus de majorité ou de minorité dans les assemblées générales. Bien aussi, dans le délit d'abus de biens sociaux, la principale difficulté réside dans un conflit d'intérêts : intérêt de la société et intérêt du dirigeant ou des tiers. Il s'agit de défendre l'intérêt de la société face aux intérêts considérés comme nécessairement nuisibles et divergents des autres membres de l'entreprise ou des tiers. En effet, l'abus n'est caractérisé qu'en cas de détournement de fonction¹⁷³. Il en résulte que le bien-fondé de l'application du droit est évalué en fonction de sa finalité¹⁷⁴. En résumé, en droit des sociétés, le conflit d'intérêts traduit l'opposition entre l'intérêt social d'une part, et l'intérêt personnel de l'actionnaire ou du dirigeant social, d'autre part¹⁷⁵.

52- Ainsi que l'ont démontré ces auteurs, la recherche de critères permettant de caractériser un abus, est foncièrement compliquée. Sans critère, il serait absurde d'identifier si tout comportement est susceptible d'être légal donc imprenable. Dans ce sens, Laurent ECK précise que : *« même si l'abus de droit a fait l'objet de multiples débats, les auteurs s'accordent à reconnaître que pour particulariser cette notion, il faut réunir plusieurs éléments constitutifs indispensables. En premier lieu, l'abus de droit ne peut concerner que l'utilisation d'un droit subjectif régulier. En second lieu, l'action qualifiée d'abus doit avoir pour effet de provoquer un dommage. Enfin, il doit exister une limite que l'on peut déceler à*

¹⁷² J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, « Traité de droit civil, introduction générale », 4^e éd., LGDJ, 1994, n° 761, p. 747.

¹⁷³ M. A. MOUTHIEU, « L'intérêt social en droit des sociétés », l'Harmattan, 2009, n° 356, p. 226.

¹⁷⁴ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, « Droit des sociétés », Lexisnexis, 25^e éd., 2012, n° 402, p. 233

¹⁷⁵ D. SCHMIDT, « Les conflits d'intérêts dans la société anonyme », Joly éd. 2004 ; Prolégomènes, Bull Joly sociétés, 2004, p. 469.

l'intérieur du droit exercé et qui permet de critiquer ou d'interdire la conduite envisagée sur le fondement de l'abus de droit »¹⁷⁶.

¹⁷⁶ L. ECK, « Controverses constitutionnelles et abus de droit », Intervention au congrès de l'association française de droit constitutionnel (A.F.D.C), atelier sur « les controverses constitutionnelles », Montpellier, Juin 2005.

Conclusion chapitre I

53- Il y a incontestablement des théories qui ne cesseront de tourmenter la doctrine et plus principalement le commun des juristes, la théorie de l'abus de droit en fait partie¹⁷⁷. L'évolution de l'abus de droit est quasi considérable en cette fin de siècle et l'abondance d'illustrations rend son autonomie tout aussi majeure. Cette ascension en puissance acquiert sa source autant dans l'intensification des droits subjectifs qu'à l'utilisation à foison de la notion d'abus de droit par les tribunaux.

A l'origine, soit à la fin du XIXe siècle, la jurisprudence encouragée par la doctrine, conçoit la notion juridique de l'abus. Ce concept entre dans la pensée juridique dans le courant du XXe siècle, même si la notion d'abus était plus antérieure. Le développement pris par la doctrine de l'abus de droit, écrit Louis Josserand est le triomphe de la technique juridique. Avec les circonstances et son ascendance, elle se transforme en théorie ; A cet effet, les auteurs parlent de la théorie classique de l'abus de droit. Théoriquement, tout individu titulaire d'un droit est totalement libre de l'exercer. Cependant, l'exercice de son droit ne doit pas être anormal, ni abusif. C'est de ce principe, qu'est apparue la théorie de l'abus de droit. L'abus de droit constitue donc une notion juridique, qui contribue à punir toute utilisation d'un droit qui va au-delà des limites de l'utilisation anormale de ce droit.

Si en France, c'est dans la jurisprudence qu'a vu naître la notion d'abus de droit, ce n'est pas le cas en droit Ohada. En réalité, les imprécisions du texte Ohada sur l'abus proviennent en partie du flou sur la notion d'intérêt social, indépendamment de l'intention de nuire qui en réalité n'en serait que le corollaire. La discrétion de la théorie de l'abus de droit est-elle requise dans cette discipline ? L'on est en droit de penser que son abus tout en étant exceptionnel, se doit d'être dûment constaté. Il est vrai que l'abus ici est une notion cantonnée à la marge. Alors, de quelle manière traduire l'accès normal d'un droit subjectif dans le fonctionnement d'une société à un usage condamnable et caractérisé d'abus ?

¹⁷⁷ Parmi les bibliographies les plus importantes, on peut mentionner : E. BLARY-CLEMENT, « Spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires dans le procès civil », JCP G 1991. I. 3534 ; M. NOUAROS, « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », RTD. Civ. 1966, p. 216 ; E. SCHAEFFER, « L'abus dans le droit de la concurrence », Gaz. Pal. 1981, doctrine 401 ; B STARCK, « Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui », JCP. 1954, I, 1180.

54- L'examen de critères permettant de caractériser un abus dans l'application d'un droit subjectif est spécialement crucial. Ainsi divers critères permettent d'établir l'existence d'un abus, tels que la similitude du comportement avec la finalité sociale du droit appliqué, plus élargie est la notion faisant de la volonté de nuire, le critère de l'abus de droit. Ce critère découle d'une inquiétude absolutiste des droits subjectifs considérés comme les moyens d'un pouvoir d'une personne sur les autres¹⁷⁸. Mais ces critères ne sont pas suffisamment fidèles car étant trop imprécis dans la vie sociale. Par conséquent, leurs applications ne permettaient pas de délimiter l'étendue de l'exercice des droits qu'il admet, reconnaît ou protège. L'abus de droit expose son auteur à des sanctions, en effet, il est susceptible de provoquer des conséquences qui revêtent un caractère individuel, économique ou social. Il a fallu adopter un nouvel critère qui répondait au mieux à nos attentes en ce qu'il permet une identification plus crédible de ces abus à savoir le conflit d'intérêts.

55- Même si la notion d'abus de droit est habituellement officialisée dans le système juridique français, son invasion semble bien délicate et embarrassante en droit des sociétés. Pour Philippe DURAND « *l'abus de droit présente des affinités avec la bête du Gévaudan : elle existe puisque des gens dignes de foi l'ont rencontré, mais en dépit des témoignages sérieux, il demeure difficile d'avoir une idée exacte sur ce à quoi il ressemble précisément* »¹⁷⁹. L'abus de droit est effectivement complexe au même titre que le Droit en général. Le stade de conceptualisation de l'abus oblige une accointance avec ses critères afin de lui donner une définition assez vaste et crédible. En effet, définir l'abus de droit relève d'un véritable acte de foi, car ces critères de scientificité sont relativement absents. La doctrine essentiellement privatiste s'est déchirée sur les caractères pertinents à retenir pour embrasser des pratiques aux traits différents¹⁸⁰.

56- PORCHEROT dans sa thèse écrit : « *ce qui frappe inévitablement, lorsqu'on étudie cette question de l'abus de droit, c'est la place toujours plus grande qu'elle tend à prendre dans les préoccupations des juristes, et c'est aussi que cette place, elle l'a prise depuis peu de temps. Il y a des années, on en parlait à peine : depuis lors les cas d'applications se sont multipliés. Il ne faut cependant pas s'y tromper, la doctrine de l'abus de droit n'est pas*

¹⁷⁸ Ce concept est défendu par le doyen G. RIPERT et J. DABIN et se fonde sur une appréciation morale : la théorie de l'abus de droit représente le correctif de moralité que postule la légalité ; J. DABIN, « Le droit subjectif », Dalloz, 2007, p. 204.

¹⁷⁹ P. DURAND, « l'abus de droit : bête du Gévaudan ou Frankenstein ? », Rev. adm., 2003, n° 334, p. 378.

¹⁸⁰ L. ECK, « L'abus de droit en droit constitutionnel », l'Harmattan, 2010, p. 140.

nouvelle, elle a des origines lointaines : on la retrouve partout et dans toutes les législations »¹⁸¹. Ainsi, il convenait de présenter un panorama aussi complet que possible de ces diverses utilisations qui constituent le domaine de l'abus de droit. En définitive, l'abus de droit n'existe et ne peut être prétexté que si un droit est reconnu. Par ailleurs, le caractère particulier de la notion d'abus de droit nous interroge sur sa compatibilité avec la philosophie du droit des sociétés. Cette question oblige non seulement à relever le challenge de la précision de ce concept dans le champ d'application de l'AUSCGIE.

¹⁸¹ E. PORCHEROT, « De l'abus de droit », Thèse Dijon, 1901.

Chapitre II

L'abus : un concept à préciser dans l'acte uniforme

57- L'Acte uniforme concernant la présente thèse est bien sûr celui relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique qui a constitué une réhabilitation de la société commerciale¹⁸² par le législateur Ohada. Cet acte adopté par le conseil des ministres du 17 avril 1997 est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1998. Les dispositions de cet acte sont d'après le traité relatif à l'Harmonisation du droit des affaires en Afrique, directement applicables et obligatoires dans les Etats membres. Analyser la théorie de l'abus de droit dans l'AUSCGIE, est susceptible de montrer la façon d'adapter cette notion avec les exigences positives du droit des sociétés, puisque l'abus représente la plupart du temps la manifestation contraire d'un droit. Par conséquent, la théorie de l'abus de droit vient balayer cette inquiétude si on l'estime comme un instrument majeur du contrôle de la conformité de l'exercice des droits à leurs fonctions¹⁸³. Ce concept permettrait sans aucun doute de percevoir ce qui est admissible lorsque l'on dispose de prérogatives, afin de discerner son exercice contraire de son acte réglementaire¹⁸⁴.

58- Par ailleurs, la théorie de l'abus de droit révèle une autre particularité évidente. En effet, l'abus de droit rend compte des imperfections et manques des dispositions de l'AUSCGIE. Il participerait donc à une manifestation des malaises à l'intérieur d'une société. La présence d'un abus prouve habituellement un défaut dont il est primordial d'avoir un sentiment avisé. Autrement dit, l'examen de la théorie de l'abus de droit dans l'AUSCGIE indique dans ces conditions, la pathologie¹⁸⁵ des abus en droit des sociétés dans l'espace Ohada. La précision ne peut être dégagée qu'à partir de l'encadrement juridique de l'abus dans l'AUSCGIE

¹⁸² A AKAM AKAM, « Les mutations juridiques dans le système Ohada », L'Harmattan, 2009, p. 26 ; A. MOULOUL, « Le régime juridique des sociétés commerciales dans l'espace Ohada, l'exemple du Niger », LGDJ, 2005, p. 15.

¹⁸³ J.-L. BERGEL, « Théorie générale du droit », Dalloz, 2012, 5^e éd., n° 240, p.252.

¹⁸⁴ C'est ce qu'exprime A. SERIAUX en avançant que cette théorie permet de construire une véritable déontologie de l'exercice d'un droit ou d'une liberté : A. SERIAUX, « Droit des obligations », PUF, 2006, n° 105, p. 371.

¹⁸⁵ Partie de la médecine qui apprend à connaître et à distinguer les maladies.

(Section I). L'une des tâches de l'abus réside ainsi dans la caractérisation de la déontologie de l'exercice des droits, car analysé de toute part, l'espoir serait que l'usage des droits soit approprié à leur fin, à leur destination. La problématique de l'abus dans l'AUSCGIE ne demeure pas forcément dans le contenu du terme « *abus* » ou de l'adjectif « *abusif* » mais dans ses caractéristiques communes (**Section II**) que ne révèle pas d'ordinaire le discours sociétaire. Ainsi, l'observation à la recherche d'une meilleure réflexion, nous contraint à assimiler systématiquement cette notion à l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

L'encadrement juridique de l'abus dans l'AUCGIE

59- D'une manière générale, le fonctionnement de la société commerciale a été conçu sur la base du fonctionnement de la société politique. Ainsi, l'AUSCGIE s'évertue à coordonner un fonctionnement démocratique des sociétés commerciales et c'est en la matière qu'on remarque l'écart entre les souhaits du législateur et le fonctionnement tangible des sociétés issues du droit Ohada. Ceux qui font vivre la société sont dénommés ses « *organes* », ils représentent en effet, l'organisation de la société. Le principe institutionnel de la société conçoit la société comme un « *corps* » à l'intérieur duquel chacun des organes a pour rôle dans un domaine précis, d'exprimer l'intention de la personne morale. Selon l'organe concerné, l'acte juridique accompli peut être un acte collectif ou un acte individuel résultant d'une décision d'une assemblée ou d'un conseil.

Ces règles sont organisées autour de deux pôles qui renvoient à la situation des dirigeants et des associés. En ce qui concerne les associés, le législateur leur a accordé des droits et des obligations. Par contre si la loi Ohada ne définit pas clairement les obligations incombant aux dirigeants sociaux, l'Acte uniforme¹⁸⁶ en se référant au droit français en la matière¹⁸⁷, fait état d'un devoir de loyauté de la part de ces derniers. L'exercice des prérogatives des dirigeants doit se situer dans le respect des droits des associés ; la violation de ceux-ci, si elle est contraire à l'intérêt social est constitutive d'abus¹⁸⁸. Cet exercice doit s'inscrire d'ailleurs dans le respect de l'intérêt social. Les conflits d'intérêts, convient-il de le rappeler, renvoient à une situation dans laquelle les intérêts personnels d'une personne sont en opposition avec ses devoirs, lesquels devoirs tendent justement à protéger des intérêts dont elle a la charge. C'est

¹⁸⁶ Encyclopédie de droit Ohada, Dir. P.-G. POUGOUE, Lamy, 2011, n° 231, p. 671.

¹⁸⁷ I. GROSSI, « Les devoirs des dirigeants sociaux : bilan et perspectives », Th. dact. Aix, 1998 ; LATHÉLIZE-BONNEMAIZON, LPA 2000, n° 125, p. 7 ; A. BEAUQUIER et R. GAUVAIN, « Le devoir de loyauté des dirigeants dans les opérations de restructuration », RLDA 2010/54, n° 3124 ; E. SCHOLASTIQUE, « Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés (Droits français et anglais) », LGDJ, 1998 ; M. CORRADI, « Les opportunités d'affaires saisies par les administrateurs de la société en violation du devoir de loyauté », Bull. Joly Sociétés 2011, p. 157 ; N. DION, « Les obligations fiduciaires des dirigeants des sociétés commerciales, droit des Etats-Unis d'Amérique et droit français », Th. dactyl. Orléans, 1994.

¹⁸⁸ P. MERLE, « Droit commercial : Sociétés commerciales », Dalloz, 15^e éd, 2011, n° 578, p. 679.

ainsi que le conflit a pu être appréhendé comme un manquement à un devoir de loyauté (§ 1). Par ailleurs, en combinant les textes de l'AUSCGIE et les fondements dégagés par la jurisprudence et la doctrine Ohada, l'on retrouve un autre conflit qui vient perturber les relations entre associés ou entre membres du conseil d'administration (§ 2).

§ 1. LE MANQUEMENT AU DEVOIR DE LOYAUTE DES DIRIGEANTS SOCIAUX

60- L'interrogation de loyauté pour ancienne qu'elle soit, intègre aujourd'hui le droit des sociétés puisqu'on y discute des normes qui devraient conduire à l'organisation d'un gouvernement d'entreprise mieux contrôlé, plus efficient et plus indépendant du pouvoir qui le nomme¹⁸⁹. Il n'est pas de société sans organe de direction, pas plus qu'il n'est d'Etat sans pouvoir exécutif¹⁹⁰. Le dirigeant nommé à la direction d'une société s'occupe et contrôle la gestion de celle-ci. Sa mission peut être assimilée à un mandat de gestion et de représentation de la société. Etre dirigeants dans une organisation sociétaire entraîne des droits et des obligations (**A**). La loi (aussi bien celle française qu'Ohada) ne comporte pas de texte général fixant les devoirs des dirigeants. En référence au concept de la représentation, ils doivent agir au mieux des intérêts de la société en apportant l'activité et la diligence nécessaires à la réalisation de l'objet social¹⁹¹.

Tout abus de la part du dirigeant dans la mission qui lui est confiée, entraîne de sa part une responsabilité laquelle peut être soit une responsabilité pénale, soit une responsabilité civile. A côté de ces responsabilités, une nouvelle conception a vu le jour depuis quelques années, conception née de la jurisprudence française, celle du devoir de loyauté du dirigeant social (**B**). Le devoir de loyauté permet de sanctionner les comportements déloyaux des dirigeants. Il trouve sa source dans des jurisprudences peu récentes de la Cour de cassation tels que l'arrêt *Vilgrain*¹⁹² ou encore dans un autre arrêt du 24 février 1998 où la Cour de cassation a considéré que l'ancien dirigeant était tenu à une obligation de loyauté à l'égard de sa société

¹⁸⁹ D. 1995, chron., p. 163, P. Le CANNU.

¹⁹⁰ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, « Droit des sociétés », Lexisnexis, 25^e éd., 2012, n° 272, p. 157.

¹⁹¹ V. en ce sens, E. SCHOLASTIQUE, « Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés », LGDJ, 1998, préface A. TUNC.

¹⁹² Cass. com., 27 févr. 1996, Bull. Joly 1996, note A. COURET, en l'espèce, le président d'une société anonyme s'était porté acquéreur, avec trois de ses proches, des titres d'un actionnaire de sa société. Par la suite, il revendait ces titres en effectuant une importante plus-value. La Cour de cassation considère que le président a manqué au devoir de loyauté qui s'impose au dirigeant d'une société à l'égard de tout associé.

aux motifs qu'il avait démissionné et créé une société concurrente en embauchant plusieurs de ses anciens collaborateurs¹⁹³.

61- Partout où se loge un pouvoir dont l'Homme est susceptible d'abuser, renaît l'obligation de loyauté. Exprimée de façon générale, elle a vocation à s'appliquer aux dirigeants de toutes les sociétés, quelle que soit leur forme, et permet d'élargir ainsi l'application des sanctions prévues par la loi pour les dirigeants de sociétés anonymes et les gérants de sociétés à responsabilité limitée¹⁹⁴. Avant de s'engager comme dirigeant dans une société commerciale en qualité d'associé ou non, le dirigeant doit s'informer du principe de loyauté qu'il endosse. Ce principe de loyauté affranchi par le droit commun des obligations, ressurgit dans l'Acte uniforme dans l'intention de fonder la responsabilité des dirigeants sociaux. Quelle que soit sa forme, la gestion de la société incombe normalement à des dirigeants de droit, néanmoins, il peut arriver que des individus n'ayant pas cette qualité s'immiscent ou interfèrent dans la gestion, d'où l'importance de clarifier la qualité de dirigeant.

A. La notion de dirigeant

62- Comme toute personne morale, la société commerciale nécessite des organes chargés d'endosser son activité. La loi Ohada définit ces organes et leurs fonctions. Que faut-il comprendre par dirigeants d'une entreprise en droit Ohada ? Le concept d'organe dirigeant change parfois compte tenu de la nature de la société. Dans l'espace Ohada, le dirigeant désigne les Gérants, les Administrateurs, Directeur Général et Directeur Général Adjoint, Président du Conseil d'administration, Président-Directeur Général, des Administrateur Général et Administrateur Général Adjoint. Ailleurs, il s'agit de toutes les personnes qui, indépendamment de l'appellation : Manager, Executive Director, Chief Executive Officer, membre du directoire, directeur général unique, directeur général délégué, président du Conseil d'administration etc., ont reçu mandat d'exercer l'administration, la direction ou la

¹⁹³ Cass. com., 24 févr. 1998, Bull. Joly 1998. 813, note B. PETIT ; B. DAILLE-DUCLOS, « Le devoir de loyauté du dirigeant », JCP E 1998. 1486 ; H. LE NABASQUE, « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », RTD com. 1999. 273.

¹⁹⁴ Cass. com., 6 mai 2008, D. 2008. 2113, B. DONDERO.

gestion de la société¹⁹⁵. Toutefois, un dirigeant ne peut pas être vice-président car cette fonction n'est pas connue en droit Ohada¹⁹⁶.

La conception large de la notion de dirigeant social permet d'apprécier tout individu qui possède des pouvoirs à la direction de l'entreprise comme un dirigeant social. Cette notion est plus fonctionnelle que juridique. La notion stricte a pour nature de rattacher le dirigeant social aux appareils de gestion et plus particulièrement aux représentants légaux de la société. Autrement dit, il s'agit d'individus ayant légalement le pouvoir d'engager la société à l'égard des tiers. Le rôle de dirigeant connaît un mouvement dans une double acception. Celle de la considération du titulaire réel du pouvoir patronal dans la société à travers la consécration des dirigeants de faits d'une part, et celle d'une diversification de leur statut à travers l'instauration de plusieurs modes d'administration et de direction des sociétés d'autre part. Compte tenu de cette teneur, on se demande comment les dirigeants sont-ils appréhendés dans l'AUSCGIE dans l'espace Ohada ? La réponse à cette question résulte des objectifs poursuivis par les législateurs qui participent à sa réglementation dans l'espace Ohada.

1. La qualité de dirigeant

63- Le droit Ohada a structuré des éléments de détermination des dirigeants sociaux qui sans avoir mis fin à ces questions, éclairent cependant suffisamment sur sa façon d'appréhender les dirigeants sociaux¹⁹⁷. Il s'agissait de faire un mélange à la fois théorique et plus technique animé par le droit Ohada sur la qualité de dirigeant social. Quel que soit le type de société, la gestion de la société revient normalement à des « *dirigeants de droit* »¹⁹⁸. Par définition, les dirigeants de droit constituent toute personne physique ou morale ou tout membre désigné habituellement pour gérer la société et qui à cette qualité, prend en charge légalement des fonctions d'administration ou de direction en son sein et le représente naturellement à l'extérieur¹⁹⁹. Néanmoins, il peut arriver que des individus n'ayant pas la qualité de dirigeant

¹⁹⁵ Encyclopédie du droit Ohada, « Les dirigeants sociaux », Dir. P.-G. POUGOUE, Lamy, 2011, n° 5, p. 634.

¹⁹⁶ Avis CCJA n° 02/2000/EP, 26 avr. 2000, « Recueil de jurisprudence de la CCJA », janv. 2003, p. 73, Ohadada J-02-03.

¹⁹⁷ V. définition des dirigeants sociaux, « Les dirigeants sociaux », Encyclopédie du droit Ohada, Dir. P.-G. POUGOUE, Lamy, 2011, n° 15, p. 638.

¹⁹⁸ S. XERRI-HANOTE, « Du devoir des administrateurs de société anonyme », La Tribune de l'assurance 2012, n° 165. cah. iurispr., page 36 ; J.-P. LEGROS, « Faute de gestion - A propos de Cass. com., 3 mai 2011, n° 09-13.975 », Dr. Sociétés, 2011, n° 11, comm., 200, p. 33.

¹⁹⁹ La nature juridique des liens entre la société et ses dirigeants ou entre ceux-ci et les associés, est discutée. En général, on considère que les dirigeants sociaux n'ont pas la qualité de préposés. Pour justifier cette solution, on

de droit, interfèrent dans la gestion, en tant que « *dirigeant de fait* ». Ainsi, mis à part les dirigeants de droit, la jurisprudence française retient aussi la responsabilité pénale des dirigeants de faits, c'est-à-dire « *des personnes qui, sans titre, exercent sans entrave et sans indépendance une activité positive de direction des affaires sociales* »²⁰⁰.

64- Le législateur Ohada n'a pas défini le dirigeant de fait. Généralement, le concept de dirigeant de fait est employé par contradiction à celle de dirigeant de droit²⁰¹. Par opposition à l'AUSCGIE qui ne mentionne explicitement que les dirigeants de droit, l'Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives et d'apurement du passif (« AUPOPCAP ») s'applique à tous les dirigeants qu'il soit de droit ou de fait, occultes ou apparents²⁰². En général, on convient à affirmer que la « *qualité de dirigeant de fait est caractérisée par l'immixtion dans les fonctions déterminantes pour la direction générale de l'entreprise, impliquant une participation continue à cette direction et un contrôle effectif et constant de la marche de la société en cause* »²⁰³. La législation Ohada n'ayant pas cité formellement le dirigeant de fait²⁰⁴, les dispositions qui visent les dirigeants de droit, doivent normalement s'appliquer aux dirigeants de fait. En effet, les situations de fait produisant des conséquences juridiques, il est normal que les individus qui s'y retrouvent, répondent également des effets de leurs agissements.

Les dirigeants de fait désignent les individus qui sans avoir été affectés à ce but, jouent le rôle de réels dirigeants en s'impliquant effectivement dans la gestion de la société. Autrement dit,

invoque la théorie institutionnelle qui considère que les dirigeants sont nommés par les organes sociaux sans qu'aucun contrat ne se forme entre la société et eux, et a fortiori entre eux et les associés. Cependant, on a observé que certains dirigeants négocient effectivement les conditions de leur collaboration ou signent des conventions (indemnisation en cas de cessation des fonctions, clause de non-concurrence, etc.). V. P. Le CANNU « Droit des sociétés », Montchrestien, 2011, n° 457, p. 252.

²⁰⁰ J. MESTRE, D. VELARDODOCCHIO-FLORES « Lamy société commercial », 2012, n° 595.

²⁰¹ V. la loi française n° 85-99 du 25 janvier 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises ; elle désigne les personnes physiques ou morales qui, dépourvues de mandat social se sont immiscées dans la gestion, l'administration ou la direction d'une société.

²⁰² JO Ohada, n° 7, 1^{er} juillet 1998, p. 1 ; V. art. 180 qui précise que les dispositions applicables aux dirigeants des personnes morales s'appliquent « aux dirigeants personnes physiques ou morales, de droit ou de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non et aux personnes physiques représentants permanents des personnes morales dirigeantes ». Pour une vue d'ensemble de cet acte uniforme, V. P.-G. POUGOUE, Y. KALIEU, « L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif Ohada », PUA, 1999 ; P. TIGER, « Les procédures collectives après cessation des paiements en droit harmonisé de l'Ohada », Petites affiches, 13 oct. 2004, n° 205, p. 35 ; K. ASOGBAVI, « Les procédures collectives d'apurement du passif dans l'espace Ohada », Penant Revue de droit des pays d'Afrique, 2002, n° 832, p. 55.

²⁰³ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, « Droit des sociétés », 25^e éd., Lexisnexis, 2012, n° 275, p. 159, D. TRICOT, « Les critères de la gestion de fait », Dr. et Patrimoine 1/1996, p. 24.

²⁰⁴ Sur cette notion, J.-P. CASIMIR, M. GERMAIN, « Dirigeants de sociétés : Juridique, fiscal, social », Pratiques d'experts, 2010 ; M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, « Droit des sociétés », 25^e éd., Lexisnexis, 2012, n° 275, p. 160.

le dirigeant de fait est cette personne qui sans aucun titre, effectue directement ou de biais, la gestion sous le manteau au lieu et place de ses représentants légaux²⁰⁵. L'individu ayant la qualité de dirigeant de fait doit exercer de façon souveraine et indépendante un travail positif de gestion et de direction et avoir la possibilité d'engager la société par ses décisions²⁰⁶. Du coup, une abstention simple ne saurait spécifier une direction de fait. Même si cette qualité peut sembler relevée de l'appréciation des juges, ces derniers pour l'établir, doivent démontrer comment la personne inculpée, a exercé une activité positive de direction²⁰⁷. Doit donc être qualifié de dirigeant de fait, toute personne qui conclut avec les banques, qui donne des recommandations aux salariés, reçoit des règlements au nom de la société, spécifie la politique sociale²⁰⁸. On peut également penser que la qualité de dirigeant de fait sera indexée contre l'associé unique de la SARL ou de la SA unipersonnelle, nouvelles formes de sociétés qui viennent d'être illustrées par le législateur Ohada dans l'AUSCGIE²⁰⁹.

2. Le cas de l'associé unique

65- La société d'une seule personne est le nouveau-né des sociétés commerciales de l'espace Ohada²¹⁰. C'est moins une volte-face qu'une révolution qui vient d'apparaître dans les législations africaines avec l'institution de la société d'une seule personne. La société n'est plus nécessairement un contrat, elle peut aussi naître d'un acte de volonté unilatérale. Aux termes de l'article 5 de l'AUSCGIE : « *La société peut être également créée, dans les cas prévus par le présent Acte uniforme, par une seule personne, dénommée « associé unique », par un acte écrit* ». Toute personne physique ou morale peut donc être associé unique sous réserve d'aucune interdiction, incapacité, ou incompatibilité²¹¹.

²⁰⁵ Cette question de pur fait est appréciée par les juges du fond de façon souveraine, en ce sens, Cass. com., 12 juillet 2005, Bull. 2005 IV, n° 174 ; D. 2010. Pan. 1667, obs. MASCALA.

²⁰⁶ CA Paris, 18 octobre 2011, n° 10-25.083.

²⁰⁷ Cass. com., 12 juill. 2005, n° 03-14.045 : il s'agissait de savoir en quoi la personne poursuivie s'est immiscée dans des fonctions déterminantes pour la direction générale de l'entreprise.

²⁰⁸ Cass. com., 10 janvier 2012, n° 10-28.067, La chambre commerciale de la Cour de cassation a défini la notion de dirigeant de fait et posé les conditions pour pouvoir condamner solidairement ce dernier.

²⁰⁹ P.-G. POUGOUE, F. ANOUKAHA et J. NGUEBOU, « Le droit des sociétés commerciales et du G.I.E OHADA », PUA, 2002, pp. 188 et s.

²¹⁰ A. AYAWA TSAKADI, « Réflexion sur les pouvoirs de l'associé unique », in J. MESTRE (dir.), Recueil d'études sur le droit Ohada et Uemoa, vol. I, PUAM, 2010, p. 107, R. NDJEUFACK TEMGWA, « Les titres sociaux assortis de droits particuliers en droit Ohada », Juridis périodique, 2009, n° 77, p. 83 ; R. NDJEUFACK TEMGWA, « La règle de la majorité dans les sociétés commerciales Ohada », Rev. droit Africain, Bruxelles, 2006, n° 37, p. 5.

²¹¹ Art. 7 de l'AUSCGIE.

Le régime juridique de la société d'une seule personne en tant que style autonome est inexistant en l'état actuel du droit uniforme. Il faut donc recourir aux règles spécifiques à chaque type de société pour remarquer que la société d'une seule personne n'a été conçue que comme une version de la S.A.R.L et de la S.A.²¹². Selon que l'associé choisira la forme la plus adaptée à son organisation sociétaire, l'organe de celle-ci, sera soit un gérant dans le cas d'un S.A.R.L.U²¹³, sous la direction des articles 323 à 332 de l'AUSCGIE, soit un administrateur général dans le cas d'une S.A.U²¹⁴, conduite par les articles 494 à 515 dudit Acte.

Dans la gestion de la société commerciale, l'associé unique a le choix entre diriger lui-même sa société ou en confier la direction à un tiers salarié. Toutefois, il est important de savoir que dans le cas où l'associé unique est une personne morale, sa gérance est impérativement confiée à un tiers, personne physique²¹⁵. Cette personne engage donc sa responsabilité envers la société elle-même ou envers les tiers des fautes de gestion²¹⁶. L'animation de la vie sociale varie selon que l'on a affaire à une S.A.U ou une S.A.R.L.U.

En effet, dans le cadre d'une S.A.U, la direction est effectuée par un administrateur général qui peut être soit l'associé unique lui-même, soit un tiers nommé par ce dernier²¹⁷. L'associé unique prend la fonction d'assemblée générale conformément aux dispositions des articles 558 à 561 de l'acte uniforme. Par conséquent, les décisions prises en assemblée ordinaire ou extraordinaire sont du ressort de l'associé unique. En ce qui concerne la S.A.R.L.U, c'est également l'associé unique qui prend seul les décisions de la compétence de l'assemblée²¹⁸. Toutefois, il est exempté du règlement relatif au quorum, ainsi que des règles de convocation et de tenue de l'assemblée. C'est lui qui approuve les comptes sociaux ainsi que la répartition des profits. Assurée obligatoirement par une personne physique, la gérance peut être effectuée par une tierce personne ou par l'associé unique lui-même. Dans le cas où l'associé unique constitue le gérant, il peut exercer ce rôle indéfiniment. Par contre, l'associé unique qui joue

²¹² C'est le sens des articles 309 alinéas 2 et 385 alinéa 2 de l'AUSCGIE.

²¹³ Société A Responsabilité Limitée Unipersonnelle.

²¹⁴ Société Anonyme Unipersonnelle.

²¹⁵ Art 421 de l'AUSCGIE.

²¹⁶ Art. 121 de l'AUSCGIE.

²¹⁷ Par contre, l'associé unique ne peut cumuler plus de trois mandats d'administrateur général de SA ayant leur siège sur le même territoire. Ce mandat n'est pas cumulable avec plus de deux mandats de PDG ou de DG, ayant leur siège sur le territoire d'un même Etat partie.

²¹⁸ Art. 334 de l'AUSCGIE.

le rôle d'assemblée générale, désigne le gérant qu'il peut révoquer, il définit ses pouvoirs ainsi que sa rémunération.

66- La notion de dirigeant social étant déterminée en droit Ohada, il convient de définir le contenu des obligations qui pèsent sur les dirigeants sociaux dans le cadre du fonctionnement de la société commerciale. Trois impératifs fondamentaux pèsent sur le dirigeant. Il s'agit de la vigilance, de la diligence et de la loyauté dans le strict respect des principes de gestion. Le non-respect de ces différentes obligations engage les responsabilités civiles ou pénales des dirigeants. La loyauté, en droit commun, c'est la répression du mensonge. Mais puisqu'il ne s'agit pas, en droit des sociétés, ou alors très rarement, d'abuser de la personne de son cocontractant, on abusera de ses biens ou de sa crédulité pour faire une bonne affaire. On abusera aussi, comme en droit commun, de son autorité ou de ses pouvoirs pour forcer un contrat, privilégier un intérêt... Toutes ces situations traduisent, en fait, le manquement du dirigeant à son devoir de loyauté envers la société.

B. L'obligation de loyauté envers la société et les associés

67- Sous l'autorité conjuguée du principe de bonne foi : « *règle de conduite qui exige des sujets de droit une loyauté et une honnêteté exclusive de toute intention malveillante* »²¹⁹ telle qu'il ressort du droit commun des contrats et du concept de la « *corporatif governance* » telle qu'on la connaît aux Etats-Unis, la jurisprudence en matière de responsabilité des dirigeants évolue depuis quelques années, exigeant ainsi des dirigeants sociaux qu'ils respectent un certain devoir de loyauté²²⁰. Agir de bonne foi, c'est agir loyalement et de manière raisonnable²²¹.

²¹⁹ Y. LOUSSOUARN, « La bonne foi, Rapport de synthèse », in « La bonne foi », Travaux Association H. CAPITANT, Litec, 1992, p. 16.

²²⁰ D. MALKA, « La loyauté dans la négociation du contrat », Gaz. Pal., 2012, n° 144 ; B. DONDERO, « La captation des opportunités d'affaires, regards vers l'étranger », Gaz. Pal., 2012, n° 41, p. 13 ; K. GREVAIN-LEMERCIER, « Le devoir de loyauté des dirigeants, le retour », Gaz. Pal., 2012, n° 41, p. 7 ; L. NURIT-PONTIER, « La loyauté en droit des sociétés », Actes pratiques et ingénierie sociétaire mars 2011, n° 116, Dossier, 3, p. 6 ; D. PORACCHIA, « A propos d'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 12 mai 2004, devoir de loyauté du dirigeant », Dr. et Patrimoine, 2004, n° 131, p. 90 ; B. DAILLE-DUCLOS, « Le devoir de loyauté du dirigeant », JCP E 1998, p. 1486 ; Lamy droit de la responsabilité, « Devoir de loyauté des dirigeants », 2012, n°483-23.

²²¹ G. KEUTGEN, Y. DECORDT, « La loyauté et la bonne foi dans le droit des sociétés », Mélanges E. CEREXHE, Larcier, 1997, p. 193 s.

Historique de l'obligation de loyauté.- L'obligation de loyauté est apparue avec le droit civil des obligations en 1804. Pour découvrir une empreinte de cette obligation dans le droit des sociétés français, il faut remonter à la loi Galland de 1966 qui établit « *une obligation d'équilibre et de loyauté dans les relations commerciales entre entreprises* »²²² Néanmoins, cette loi n'indique pas le principe de loyauté dans le gouvernement d'entreprise donc ne mentionne pas le cas des dirigeants. Pourtant les dirigeants doivent agir de manière loyale envers la société et les associés ou actionnaires²²³. Les règles de comportement par lesquelles s'applique cette obligation de loyauté sont : de ne pas abuser des biens de la société et de la gérer dans l'intérêt de la société, d'informer les associés, les tiers et les autres dirigeants et de ne pas la concurrencer²²⁴. On doit à Monsieur le Professeur LE NABASQUE d'avoir identifié la source la plus convaincante de l'obligation de loyauté du dirigeant. Après avoir rappelé en quoi cette obligation peut être regardée comme découlant du contrat de société lui-même et de la situation de mandataire qui est celle du dirigeant, il propose une autre approche, plus spécifique au droit des sociétés, qui se rattache au statut du dirigeant et au pouvoir en découlant. Le devoir de loyauté serait « *l'obligation pour les dirigeants de société, de ne pas utiliser leurs pouvoirs ou les informations dont ils sont titulaires dans un intérêt strictement personnel et contrairement à l'intérêt de la société ou à celui des associés* »²²⁵. Ainsi, le devoir de loyauté apparaît comme la contrepartie du pouvoir conféré au dirigeant²²⁶.

Même si cette obligation est peu méconnue dans l'espace Ohada car encore mal appréhendée à la charge du dirigeant social vis-à-vis de ses associés ou de la société, elle est pleinement ancrée en droit français. Toutefois, le législateur Ohada se devait de poser des exigences de comportement, c'est ce qui découle de l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil qui impose l'exécution de bonne foi des conventions. On peut ainsi relever à juste titre que l'obligation de

²²² L. n° 96-588, 1^{er} juill. 1996, sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, JO 3 juill. 1996, p. 9983.

²²³ Cass. com., 12 juin 2012, n° 11-14.724 : « la faute du dirigeant consiste notamment dans le manquement au devoir de loyauté d'un dirigeant social vis-à-vis de ses associés » ; Cass. com., 11 juill. 2006, n° 05-12024 : Dr. Sociétés 2007, n° 1, obs. H. LECUYER : « les juges du fond aurait dû rechercher si le dirigeant n'avait pas caché l'existence de négociations conduites avec la société en vue de la revente des actions et ainsi manqué à l'obligation d'information qui s'impose au dirigeant de société, à l'égard de tout associé, en dissimulant aux cédants une information de nature à influencer sur leur consentement » ;

²²⁴ J. MESTRE, I GROSSI, « L'éthique du dirigeant d'entreprise », in Ethique en entreprise, Librairie de l'Université d'Aix en Provence, 2001, p. 241.

²²⁵ H. LE NABASQUE, « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », RTD com. 1999, p. 273 ; B. DAILLE-DUCLOS, « Le devoir de loyauté du dirigeant », JCP E 1998, p. 1486 ; M. ROUSILLE, « De la réticence dolosive du dirigeant en matière de cession de droits sociaux ; quand déloyauté rime avec sévérité », JCP E 2009, 1631 ; J.-J. DAIGRE, « Le petit air anglais du devoir de loyauté des dirigeants, Mél. P. BEZARD, Montchrestien 2002, p. 79.

²²⁶ V. K. GREVAIN-LEMERCIER, « Le devoir de loyauté en droit des sociétés », Thèse, Rennes 1, 2011.

bonne foi en matière contractuelle dont l'application est avérée dans le contrat de société²²⁷ de nos jours, correspond à une exigence de loyauté²²⁸.

68- *Obligation de loyauté à tous les dirigeants sociaux.*- Reste à savoir si cette décision vise tous les dirigeants et notamment les dirigeants de droit qui ne sont pas toujours des dirigeants « *exécutifs* », comme les membres du conseil d'administration²²⁹. La Cour de cassation dans l'arrêt du 18 décembre 2012 apporte un enseignement à savoir que l'obligation de loyauté s'applique à tous les dirigeants sociaux, l'article L. 227-8 du Code de commerce visant « *la responsabilité des membres du conseil d'administration et du directoire des sociétés anonymes* », lesquelles « *sont applicables au président et aux dirigeants de la société par actions simplifiée* », ce visa permettant de clarifier le point abordé de savoir si l'obligation de loyauté pouvait également être étendue, outre le gérant de la SARL, aux dirigeants de sociétés de formes différentes. La Cour nous apporte, semble-t-il, la réponse dans cet arrêt. On peut également se demander avec ces derniers auteurs sur la mise en œuvre de cette obligation lorsque la société dirigée appartient à un groupe dont plusieurs filiales pourraient avoir le même dirigeant²³⁰.

1. La gestion dans l'intérêt de la société

69- Cette obligation de loyauté contraint les dirigeants à n'utiliser leurs prérogatives qu'au profit de la société et des associés, et cela dans l'intérêt exclusif de la société²³¹. Lorsqu'un dirigeant effectue une opération en manquant de loyauté, c'est toujours directement ou indirectement en agissant à des fins personnelles²³². Le devoir de loyauté a expressément vocation à résoudre des situations de conflit d'intérêt où l'intéressé tire avantage de sa position en tant que mandataire social pour réaliser une opération dans son intérêt propre. Pour mettre en cause la loyauté du dirigeant, il faut que l'opération ait été susceptible de ne pas servir

²²⁷ G. KEUTGEN, Y. DECORDT, « La loyauté et la bonne foi dans le droit des sociétés », Mélanges E. CEREXHE, éd. Larcier, 1997, p. 193.

²²⁸ M. A. MOUTHIEU, « L'intérêt social en droit des sociétés », l'Harmattan, 2009, n° 170, p. 112.

²²⁹ Cass. com., 31 mai 2011, n° 09-13.975, 09-16.522 et 09-67661, A. COURET et B. DONDERO, notes précitées sous Com., 15 nov. 2011, n° 10-15.049.

²³⁰ V. réponse à la question dans la partie sur l'obligation de non-concurrence.

²³¹ M. ROUSSILLE, « Responsabilité du dirigeant pour manquement à l'obligation de loyauté », JCP E 2013, n° 6, 1083 ; Com., 18 déc. 2012, n° 11. 24-305.

²³² CA Paris, 6^e ch., 21 Juin 2012, n° 08-00.715.

l'intérêt social, ou encore de ne dégager un profit pour la société. En somme, il faut qu'en réalisant l'opération, le dirigeant ait détourné un gain social potentiel²³³.

2. L'obligation de non-concurrence des dirigeants

70- L'obligation de non-concurrence dérive du devoir de loyauté du dirigeant vis-à-vis de la société qu'il dirige. Il s'agit d'un vieux serpent de mer qui fait beaucoup couler d'encre depuis des décennies²³⁴. Cette obligation de concurrence s'explique par la notion de fidélité qui impose au dirigeant de ne pas concurrencer la société qu'il dirige²³⁵. La règle est depuis longtemps démontrée en droit français²³⁶. L'obligation de non-concurrence pesant sur les dirigeants sociaux, fait ressortir l'un des devoirs cachés qui incombent aux dirigeants dans l'exercice de leurs attributions à l'égard de la société qu'ils assistent. Bien qu'une vaste partie de la doctrine Ohada²³⁷ admette cette obligation, le législateur africain est demeuré silencieux sur le sujet et la jurisprudence dépourvue. De ce fait, cette obligation mérite qu'on s'y attarde afin de mieux la cerner.

En effet, cette obligation a une similitude avec l'une des conceptions primordiales du droit anglo-américain des sociétés : « *les fiduciaire duites* ». Elles comprennent un devoir de diligence « *dut of care* » et de loyauté « *dut of loyal* » qui incombent aux dirigeants dans l'exercice de leurs prérogatives à l'égard de la société qu'ils administrent²³⁸. La désignation d'obligation fiduciaire montre que ces dernières reposent sur les rapports de confiance entre les dirigeants et les associés ou la société. Ainsi, cette obligation tient compte de l'intérêt pour la société d'éviter que le dirigeant ne détourne l'achalandage, ou fasse bénéficier la

²³³ CA Grenoble, ch. Sociale, 11 juil. 2012, n° 11-03151 ; CA Pau, 2° ch., 27 oct. 2011, n° 10-02.276 ; Montpellier, 2° ch., 4 janv. 2011, n° 10-3348.

²³⁴ J.-B. MEYRIER, « Regards croisés franco-américains sur le devoir de loyauté du dirigeant », Les Echos, 8 janv. 2013, Juridique, Etude.

²³⁵ Cass. com., 15 novembre 2011, n° 10-15.049 : « la Chambre commerciale de la Cour de cassation a clairement distingué les régimes de responsabilité des associés et des dirigeants : celui des associés est ainsi dominé par la liberté d'entreprendre et ils peuvent concurrencer la société à laquelle ils participent, mais les dirigeants sont soumis à une obligation de loyauté qui leur interdit de faire de même » ; D. 2011, p. 2865, JCP E 2011, n° 1893, note A. COURET et B. DONDERO ; J. MESTRE, D. VERLADOCCHIO, « Lamy droit commercial 2012 », n° 651.

²³⁶ J.-J. CAUSSAIN, « A propos du devoir de loyauté des dirigeants de société », éd. Lefebvre, 2002, p. 303.

²³⁷ Encyclopédie du droit Ohada, dir. P.-G. POUGOUE, Lamy, 011, n° 375, p. 696 ; A. AKAM AKAM, « L'information dans le contrat de transport de marchandises par route, le droit commun des contrats à l'épreuve du droit Ohada », RRJ, 2006, p. 15.

²³⁸ N. DION, « Les obligations fiduciaires des dirigeants des sociétés commerciales : droit des Etats-Unis d'Amérique et droit français », Thèse Orléans, 1994.

concurrence de son savoir en la matière, de même que l'intérêt au cas où le dirigeant ne ferait plus partie de la boîte, de poursuivre une activité professionnelle. En général, l'obligation de non-concurrence a pour but d'imposer au dirigeant de ne point participer à une entreprise concurrente de façon active pour sa conception et son activité ; également, il ne pourra pas non plus diriger ou devenir associé d'une entreprise concurrente.

71- Par ailleurs, un arrêt de principe rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation du 15 novembre 2011²³⁹ renforce cet aspect du devoir de loyauté du dirigeant. En effet, cette décision oppose d'abord la situation de l'associé à celle du dirigeant en édictant : « *obligation de loyauté et de fidélité [...] en raison de sa qualité de gérant [qui] lui interdit de négocier, en qualité de gérant d'une autre société, un marché dans le même domaine d'activité* ». En conséquence, l'obligation de loyauté est désormais reliée à la seule qualité de gérant, ce que confirme la référence à l'article L.223-22 du Code du commerce sur la responsabilité des gérants de société à responsabilité limitée. Le dirigeant ne doit plus seulement s'abstenir d'actes de concurrence déloyale; il doit s'abstenir par principe de négocier des marchés pour le compte d'une autre société dont il serait également gérant. Ainsi, à l'obligation de loyauté s'ajoute une obligation de fidélité qui ne pesait jusqu'à récemment que sur les salariés²⁴⁰. La mise en avant de cette obligation dans ce nouvel arrêt ne peut que renforcer le devoir de loyauté des dirigeants, voire créer une certaine forme d'exclusivité au profit de la société, dont il restera à mesurer la portée exacte²⁴¹.

Toutefois, sous réserve des règles relatives au cumul des mandats, un dirigeant peut exercer ses fonctions dans plusieurs sociétés. Pour autant, il doit s'abstenir de tout comportement susceptible de porter atteinte à l'intérêt de chacune des sociétés qu'il dirige, quand bien même elles feraient partie du même groupe²⁴².

²³⁹ Cass. com., 15 nov. 2011, n° 10- 15.049, Bull. Joly sociétés 2012, p. 112, note H LE NABASQUE, JCP E 2011, 1893, note A. COURET.

²⁴⁰ Selon l'arrêt, « sauf stipulation contraire, l'associé d'une société à responsabilité limitée n'est, en cette qualité, tenu ni de s'abstenir d'exercer une activité concurrente de celle de la société, ni d'informer celle-ci d'une telle activité, et doit seulement s'abstenir d'actes de concurrence déloyaux ». Ainsi, le simple associé répond d'actes de concurrence déloyaux sur le terrain du droit commun de la responsabilité civile.

²⁴¹ Dns le même sens, Nîmes, 2^e ch., 17 mars 2011, n° 09-05.010 : « Le juge français considère également que le manquement à son obligation de loyauté par le gérant est caractérisé par le fait qu'il a préparé la mise en place d'une société et d'une activité concurrentes « *sur son temps de gérant et au moyen du matériel mis à sa disposition par [la société qu'il gère]* » ; Les Echos, « Renforcement du devoir de loyauté des dirigeants », n° 21182, 10 mai 2012, p. 12.

²⁴² M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, « Droit des sociétés », Lexisnexis, 25^e éd., 2012, n° 277, p. 163.

72- Obligation de non-concurrence de l'associé.- L'associé est-il tenu d'une obligation de ne pas concurrencer la société²⁴³ ?

3. L'obligation d'information et de transparence

73- La conscience de l'importance d'accroître l'affirmation de ce devoir de loyauté a amené le législateur Ohada en se basant sur le modèle français²⁴⁴, à réglementer ou interdire des conventions entre les sociétés et leurs dirigeants. Les dirigeants sont tenus d'informer pour la tenue des assemblées générales annuelles les documents mentionnés à l'article 525 de l'AUSCGIE. Ces documents sont mis à leur disposition au siège social. Il en est de même des documents visés à l'article 526 de l'AUSCGIE à n'importe quelle période de l'exercice. Agissant ès qualités au nom et pour le compte de la société, les dirigeants effectuent tous les actes nécessaires au fonctionnement de la société et à la réalisation de son objet social²⁴⁵. Ainsi, dans l'exercice de leurs attributions, ils doivent faire preuve de compétence²⁴⁶ et de diligence²⁴⁷, et surtout l'on estime qu'ils sont tenus de se comporter de façon loyale, « *les dirigeants ont bien évidemment l'obligation de ne pas tromper les associés (...); de ne pas user des biens ou du crédit de la société contrairement à l'intérêt de cette dernière, dans leur intérêt personnel* »²⁴⁸.

74- L'obligation de loyauté consiste donc essentiellement, pour les dirigeants, à s'interdire de tout comportement susceptible de porter atteinte à l'intérêt de la société²⁴⁹ ou aux intérêts des

²⁴³ V. partie § 2 « La faute de l'associé dans l'exercice de son rôle (d'associé) » de la présente thèse, p.

²⁴⁴ L. NURIT PONTIER, « La loyauté en droit des sociétés », Actes pratiques et ingénierie sociétariaire mars 2011, n° 116, Dossier, 3, p. 6 ;

²⁴⁵ Ces pouvoirs sont limités par ceux que la loi ou les statuts attribuent expressément aux assemblées générales ou réservent spécialement au conseil d'administration. Voir en ce sens les articles 465, 487 et 497 de l'AUSCGIE.

²⁴⁶ Mettre en œuvre ses connaissances techniques ou professionnelles, son expérience, dans la direction ou l'administration de la société. Cela se traduit notamment par la prise des décisions utiles pour la société, le choix des investissements appropriés, la gestion adéquate du patrimoine social, l'accomplissement des actes relatifs à l'exercice des activités économiques, etc.

²⁴⁷ Diriger ou d'administrer la société « en bon père de famille » et d'apporter à la gestion des affaires sociales toute l'activité et l'attention qu'on est en droit d'attendre d'un homme avisé.

²⁴⁸ M.CORRADI, « Les opportunités d'affaires saisies par les administrateurs de la société en violation du devoir de loyauté », Bull. Joly Sociétés 2011, p. 157 ; Rev. sociétés 2005, p. 140, note L. GODON ; Com., 8 nov. 2005, n° 03-19.679, Bull. Joly Sociétés 2006, p 502, note J.-J. DAIGRE ; L'AUSCGIE sanctionne de tels agissements en son article 891.

²⁴⁹ E. BLARY-CLEMENT, « Dix ans de transparence en droit des sociétés : retour sur une évolution prévisible de l'information sociétariaire », in « Dix ans de transparence en droit des sociétés », dir. E. BLARY-CLEMENT et J.-CH. DUHAMEL, 2000-2010, Droit et Sciences économiques, Artois Presses Université, 2011, spé. 11 ; F.

associés. En effet, en 2010, la Haute juridiction a renforcé ce devoir : « *un dirigeant s'était engagé à acquérir les titres d'un associé, mais sous la condition suspensive que le dirigeant parvienne à céder les titres objets de cette cession ainsi que les titres de la société qu'il détenait déjà à un tiers acquéreur. Cette revente est effectivement intervenue, à des conditions financières plus avantageuses que la première cession. L'associé sortant a obtenu des dommages et intérêts au motif que le dirigeant avait manqué à son devoir de loyauté en ne lui fournissant pas une information précise sur la revente, et notamment sur la valorisation des titres* »²⁵⁰. Dans un autre arrêt de la Cour de cassation du 18 décembre 2012, la Haute cour sanctionne la violation d'un dirigeant de SAS de son obligation de loyauté envers sa société pour avoir capté une opportunité d'affaire de celle-ci²⁵¹. En application de la jurisprudence, le dirigeant en fonction est tenu d'un devoir absolu de loyauté et de fidélité envers la société et les autres associés²⁵². C'est ici accrédi-ter l'obligation légale de loyauté du gérant qu'il tire de sa qualité de mandataire social²⁵³.

En conséquence, le manquement des dirigeants à leurs obligations provoque forcément des effets sur la situation de la société et par là même sur ses résultats ou performances. Si ces dirigeants sont incapables de conduire les affaires sociales, prennent des décisions inconvenantes, ou font passer leurs intérêts sur ceux de la société, le risque est important de voir les intérêts de la société, des associés voire des tiers entachés. On ne saurait parler de fonctionnement de la société sans faire allusion au statut des associés dans l'Acte uniforme. En effet, la façon d'apprécier l'organisation interne de la société a connu une transformation importante. Au commencement, les sociétés étaient élaborées comme une démocratie, le pouvoir suprême dépendait des associés regroupés en assemblée générale souveraine, les dirigeants étant les mandataires des associés. L'enchevêtrement de la gestion de la société requérait en effet que les associés délèguent une partie de leurs prérogatives. Aujourd'hui, l'évidence est toute autre car il s'est opéré un renforcement régulier des pouvoirs des dirigeants sociaux aux dépens de ceux de la collectivité des associés. En définitive, l'on peut

DRUMMOND, « L'information des actionnaires et des investisseurs », in *Entreprise : « l'information et la rumeur »*, RJ com. 2006, p. 15 ; V. MAGNIER, « Mouvements et inerties en matière de conflits d'intérêts dans le cadre du droit des sociétés », JCP G 2011, n° 52 ; P. BISSARA, « L'intérêt social », *Rev. Sociétés*, 1999, p. 5.

²⁵⁰ Com., 9 mars 2010, n° 08-21.547, Bull. civ. IV, n° 48 : faute de dirigeants qui avait incité les actionnaires à investir dans les titres émis par la société et à les conserver en raison de fausses informations diffusées par les dirigeants, d'une rétention d'information et d'une présentation aux actionnaires de comptes inexacts.

²⁵¹ Cass. com., 18 décembre 2012, n° 11-24.305 ; Dans le même sens, Cass. com., 15 nov. 2011, n° 10-15.049 qui reconnaît un même devoir au gérant.

²⁵² Arrêt de principe : Cass. com. 11 février 1964, Bull. civ. III, n° 67.

²⁵³ V. notamment Cass. com., 12 févr. 2002, n° 00-11.602, Dr. et patr. 2002, n° 104, p. 94.

affirmer que le devoir de loyauté serait « *l'obligation pour les dirigeants de sociétés, de ne pas utiliser leurs pouvoirs ou les informations dont ils sont titulaires dans un intérêt strictement personnel et contrairement à l'intérêt de la société ou à celui des associés* »²⁵⁴. Il se montre donc comme « *un devoir autonome, puisant sa source, non dans le droit commun des contrats, mais dans la fonction de direction elle-même* »²⁵⁵. Par ailleurs, pour le législateur Ohada comme son homologue français, *associé* et *actionnaire* sont des mots équivalents seulement distincts par la collectivité à laquelle ils se rapportent, mais le concept exprime la même réalité, à savoir une personne physique ou morale qui en compensation de son apport reçoit diverses prestations d'ordre financière, patrimoniale et politique. Il s'agit de la « *théorie des droits individuels* »²⁵⁶. L'associé n'est pas seulement un apporteur en capital, il constitue aussi un participant actif à la vie sociale.

§ 2. LA FAUTE DE L'ASSOCIE DANS L'EXERCICE DE SON RÔLE (D'ASSOCIE)

75- Les associés sont à la société ce que sont les cellules à un être biologique²⁵⁷, pourrait-on trivialement affirmer²⁵⁸. L'associé est citoyen de cette cité qu'est la société²⁵⁹, il doit avoir l'*affectio societatis*²⁶⁰ au commencement et au cours de la société. Cette règle établit un principe général : avoir un esprit de communauté et ne pas être égoïste. L'esprit de communauté constitue le respect de l'intérêt commun ou de l'intérêt social.

²⁵⁴ F.-G. TREBULLE, « Statut du dirigeant social, devoir de loyauté du dirigeant », Dr. sociétés 2004, p. 10.

²⁵⁵ L. GODON, note sous Com., 12 mars 2004, Rev. sociétés 2005, p. 140 : Ainsi, le devoir de loyauté apparaît comme la contrepartie du pouvoir conféré au dirigeant ; la Cour de cassation insiste sur cette qualité de dirigeant et sur le fait que c'est uniquement vis-à-vis des associés que cette obligation s'impose aux associés.

²⁵⁶ P. LEMIEUX, « L'anarcho-capitalisme », Paris, PUF, 1988, p.71-82 : dans ce livre l'auteur fait référence au professeur ROBERT NOZICK qui fait état des divers aspects de sa pensée comme par exemple : « Les individus ont des droits, et il y a des choses que personne ni aucun groupe ne peut leur faire subir (sans violer leurs droits). L'éthique comprend l'ensemble des règles, obligatoires ou non, qui doivent gouverner les relations interindividuelles. La philosophie politique forme le sous-ensemble de l'éthique qui définit les droits individuels, c'est-à-dire des règles obligatoires (à imposer par la force) dans les relations interindividuelles... ».

²⁵⁷ L'analogie dans le cas d'espèce avec la biologie correspond aux protozoaires qui sont par définition des êtres vivants unicellulaires, la paramécie en étant une parfaite illustration.

²⁵⁸ P.-G. POUGOUE, « Associés », in Encyclopédie du droit Ohada, Lamy, 2011, n° 1, p. 354.

²⁵⁹ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, « Droit des sociétés », Lexisnexis, 25^e éd., 2012, n° 354, p. 204.

²⁶⁰ « L'*affectio societatis* constitue l'intention, qui doit animer les associés, de collaborer sur un pied d'égalité. Il implique non seulement un esprit de collaboration mais aussi le droit, pour chaque associé, d'exercer un contrôle sur les actes des personnes chargées d'administrer la société », R. GUILLIEN, J. VINCENT, « Lexique des termes juridiques », Dalloz, 18^e éd., 2011.

L'acquisition de la qualité d'associé ne soulève aucune difficulté : « *est associé, celui qui est propriétaire de titres sociaux, qu'il les ait acquis par voie de souscription ou par voie d'acquisition, à titre gratuit ou à titre onéreux* »²⁶¹. La fonction de la volonté des associés, expression de leur liberté, est essentielle tant dans la constitution que dans le fonctionnement de la société. L'examen de l'abus en droit des sociétés rend indiscutablement primordial celui des associés, qui pour le cas de la présente étude, se bornera aux seuls associés des sociétés prévues par le droit Ohada.

76- L'associé ne se voit pas admettre un statut réel, mais il dispose d'un certain nombre de droits individuels. Ces droits peuvent le cas échéant être diminués mais en aucun cas être supprimés sans son avis. Dans le cadre de notre étude, l'accent sera mis plus en avant sur les « *droits politiques* ». Par ailleurs, ces droits se compliquent selon l'acquisition de la qualité d'associé. En effet, il existe des situations dans lesquelles deux ou plusieurs individus aspirent au droit d'associé sur les mêmes parts ou actions. Ces situations donnent lieu à des droits comparables entre plusieurs individus (indivision), et d'un autre côté à des individus n'ayant pas le même droit (usufruit).

77- L'associé indivisaire.- Plusieurs personnes dans l'indivision peuvent être copropriétaires en commun d'un même bien²⁶². Dans une société comprenant plusieurs associés, un associé défunt peut léguer ses parts à ses enfants. Ainsi, lors de l'héritage, chaque enfant acquiert dans sa portion, les parts de la société. Cependant ses parts peuvent être indivises ; la jurisprudence française²⁶³ a admis « *que tous les indivisaires ont la qualité d'associé, mais il n'en résulte pas pour autant que, tant que dure l'indivision, chacun d'eux puisse exercer son droit d'associé* ». Si une action ou part sociale est indivise, les copropriétaires sont remplacés par un mandataire unique sélectionné parmi les indivisaires²⁶⁴.

78- L'associé usufruitier ou nu-propriétaire.- Le droit Ohada paraît adopter une position que la doctrine française interprète comme le démembrement des prérogatives de la qualité

²⁶¹ COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, « Droit des sociétés », Lexisnexis, 25^e éd., 2012, n° 328, p.193.

²⁶² H. HOVASSE, N. MANFRED, « Indivision et droits sociaux », Actes pratiques et ingénierie sociétaire septembre 2010, n° 113, Dossier, 5, p. 3.

²⁶³ Cass. crim., 4 novembre 2009, n° 09-80.818, Bull. Joly Sociétés 2010, p. 498, note F.-X. LUCAS, Dr. sociétés 2010, comm. 35, note R. SALOMON, Rev. sociétés 2010, p. 379, note L. GODON, RJDA 2010, n° 245.

²⁶⁴ En cas de divergence, le mandataire est désigné par le tribunal compétent, dans le ressort duquel est situé le siège social, à la demande de l'indivisaire le plus actif. Cf. art. 127 de l'AUSCGIE.

d'associé²⁶⁵. Si à l'origine, le démembrement de propriété de parts sociales ou d'actions se trouvait surtout dans le cadre de transmission du patrimoine à la suite d'un décès, la déliquescence entre nu-proprétaire et usufruitier semble désormais comme une technique patrimoniale susceptible de présenter de multiples avantages notamment fiscaux. L'usufruit constitue l'usus et le fructus. La nue-propriété est un droit réel qui ne correspond pas à l'abusus et qui perdure la vie de l'usufruitier²⁶⁶. En effet l'ambiguïté viendrait du fait de savoir qui du nu-proprétaire²⁶⁷ ou de l'usufruitier²⁶⁸, a la qualité d'associé²⁶⁹. La question du démembrement des droits sociaux présente un certain intérêt dans le fonctionnement de la société²⁷⁰. Si en droit des biens, le démembrement du droit de propriété ne crée aucune difficulté étant donné que l'usufruit porte sur une chose matérielle, en droit des sociétés par contre, l'application des droits sociaux au démembrement du droit de propriété ramène à répartir les attributs de l'associé sur deux personnes²⁷¹. En ce sens, Yves BERANGER MEUKE se félicite de ce que l'AUSCGIE a l'avantage de n'avoir pas dénaturé l'institution de l'usufruit empruntée au droit des biens, en ce « *qu'il ne rompt pas l'équilibre des obligations réciproques existant entre le nu-proprétaire et l'usufruitier* »²⁷². Dans les sociétés commerciales, les droits et prérogatives reconnus aux nus propriétaires et aux usufruitiers suscitent toutefois des interrogations. Les statuts peuvent-ils déroger à la norme selon laquelle le droit de vote attaché à l'action appartient à l'usufruitier dans les assemblées ordinaires et au

²⁶⁵ F. DEBOISSY, G. WICKER, « Le droit de vote est une prérogative de l'usufruitier des titres sociaux », JCP E 2004, n° 37, 1290, p. 1378 ; D. FIORINA, « La répartition entre l'usufruitier et le nu-proprétaire du droit de vote attaché aux titres démembrés », Rép. Notariat Defrénois, 2005, n° 22, p. 1792.

²⁶⁶ L. GODON, « Un associé insolite : le nu-proprétaire de droits sociaux », Rev. Sociétés, 2010, n° 5, p. 143 ; J. PRIEUR, S. SCHILLER, T. REVET, R. MORTIER, « L'usufruit de droits sociaux, quelle place pour la liberté contractuelle ? », JCP N 2010, n° 23, Etude, 1221, p. 32 ; A. TADROS, « L'usufruit des droits sociaux, de la propriété démembrée à la propriété ébranlée », Petites affiches, 2009, n° 51, p. 8.

²⁶⁷ L'associé apporte seulement à la société le droit de propriété sur le bien dépouillé de l'usus et du fructus. La société est donc propriétaire du bien mais ne peut ni l'utiliser, ni en percevoir les revenus.

²⁶⁸ L'associé conserve la propriété du bien et n'apporte à la société que "l'usus", le droit de l'utiliser et le "fructus". le droit d'en percevoir les fruits, c'est-à-dire les revenus qu'il procure, pour une durée déterminée qui ne peut excéder ni 30 ans, ni la durée de vie de l'usufruitier.

²⁶⁹ De la lecture des articles 581 à 585 de l'AUSCGIE qui organisent entre les deux personnes l'attribution des actions nouvelles et les conditions d'exercice du droit préférentiel, et des articles 127 et 128 de l'AUSCGIE qui spécifient les modalités de vote pour la prise des décisions collectives, l'on peut en effet prétendre que le nu-proprétaire et l'usufruitier sont co-titulaires de la qualité d'associé, chacun dans la limite des droits que leur reconnaît le législateur ou les statuts.

²⁷⁰ A. BALLOT-LENA, « L'usufruitier des droits sociaux : un statut sui generis ? », Dr. Sociétés, 2010, n° 6, Etudes, 9, p. 5.

²⁷¹ Cass. com., 2 déc. 2008, n° 08-13.185, Bull. Joly sociétés 2009, 26, p. 1116 ; D. 2009, p. 780, note B. DONDERO ; Dr. Sociétés 2009, n° 198, obs. M.L. COQUELET : « l'usufruitier porterait sur le droit de disposer de la chose (droit du nu-proprétaire), mais en tant qu'associé, le nu-proprétaire peut agir en abus de droit de vote contre l'usufruitier » ; L. GODON, « Un associé insolite : le nu-proprétaire de droits sociaux », Rev. sociétés 2010, p. 143 ; H. HOVASSE, R. MORTIER, « L'usufruit de droits sociaux », Actes prat. ing. sociétaire, 2009, p. 5.

²⁷² Y. B. MEUKE, « Observations sur le démembrement de droits sociaux dans l'espace Ohada », Pratique et actualités du droit Ohada, 2009, p. 57.

nu-propriétaire dans les assemblées extraordinaires ? Le fondement est que le droit du nu-propriétaire de prendre part aux décisions collectives est d'ordre public²⁷³. Toutefois, participer n'équivaut pas nécessairement à voter. En conséquence, il est possible de supprimer le droit de vote du nu-propriétaire, à condition qu'il ne soit pas dérogé à son droit de participer aux décisions collectives²⁷⁴ susceptible d'atteindre la substance de l'action. Les caractéristiques de l'usufruitier de titres sociaux sont certains²⁷⁵ : il vote en principe dans les assemblées quand il est question de statuer sur l'affectation de bénéfices²⁷⁶ et il a droit aux dividendes²⁷⁷. C'est pourquoi l'usufruitier et le nu-propriétaire doivent être uniquement convoqués aux assemblées pour lesquelles ils disposent du droit de vote²⁷⁸. Les discussions sur la détermination de la qualité d'associé en France²⁷⁹ comme en droit Ohada²⁸⁰ en matière de démembrement de titres sociaux emporte démembrement du titre de l'associé²⁸¹. Le débat reste donc ouvert.

79- Associés époux.- La qualité d'associé peut être également reconnue à deux époux membres d'une même société. Cette possibilité n'est acceptable que dans l'hypothèse où le type de société projeté n'implique pas pour ses membres une responsabilité indéfinie et solidaire à l'égard des créanciers sociaux²⁸².

²⁷³ Voir en ce sens un arrêt de principe, Com., 4 janv. 1994, JCP E 1994, I, 363, n° 4, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN.

²⁷⁴ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, « Droit des sociétés », Lexisnexis, 25^e éd., 2012, n° 331, p. 194.

²⁷⁵ Cass. com., 2 déc. 2008, n° 08-13.815, Bull. Joly sociétés, 2009, n° 2, 25, p. 116, note T. REVET : Selon la Chambre commerciale, l'usufruitier de droits sociaux aurait la qualité d'associé.

²⁷⁶ C. civ., art. 1844, al. 3.

²⁷⁷ CJCE, 22 déc. 2008, aff. C-48/07, Dr. Fiscal 2009, n° 12-13, comm. 254.

²⁷⁸ La Cour de cassation, dans son arrêt du 31 mars 2004, a précisé les conditions dans lesquelles les statuts peuvent déroger aux règles relatives au droit de vote en cas de démembrement de propriété, Cass. crim., 31 mars 2004, n° 03-16.694, Bull. civ. IV, n° 70, p. 71, Bull. Joly sociétés 2004, n° 6, § 168, p. 836, note J. MADON et T. Jacomet, D. 2004, p. 2925, Obs. J.-C. HALLOUIN, Dr. sociétés 2004, comm. 107, note H. HOVASSE, JCP E 2004, n° 25, p. 1011, note A. RABREAU, RTD com. 2004, p. 542, note P. Le CANNU ; LPA 2004, n° 247, p. 5, obs. R. KADDOUCH.

²⁷⁹ Alain VIANDIER dans sa thèse « La notion d'associé », a prouvé qu'il était juridiquement impossible qu'un usufruitier de parts sociales ou d'actions pût se voir attribuer la qualité d'associé. Maurice COZIAN estime quant à lui que la qualité d'associé doit être reconnue en invoquant le bon sens plutôt que les principes et il est rejoint par Florence DEBOISSY et Guillaume WICKER qui reconnaissent ce droit à l'usufruitier en déclarant : « Chacun se voyant reconnaître une partie des prérogatives sociales, chacun a implicitement, mais nécessairement, la qualité d'associé », in « Le droit de vote est une prérogative de l'usufruitier des titres sociaux », JCP E 1994, I, 374.

²⁸⁰ Conformément à l'article 129 de l'AUSCGIE : « *les droits de vote de chaque associé sont proportionnels à sa participation au capital de la société* », autrement dit, à chaque valeur nominale, chaque action donne un droit de vote égal. Permettre dans ces conditions à l'usufruitier et au nu-propriétaire d'user du droit de suffrage pour la même résolution, c'est casser le fondement posé par de l'article précité en permettant qu'une même action, parce qu'elle appartient à deux individus, donne droit à deux voix, dans la mesure où les deux personnes s'expriment.

²⁸¹ A. LIENHARD, « Démembrement de droits sociaux : vote de l'usufruitier », Rec. Dalloz, 2009, n° 1, p. 12.

²⁸² Art. 9 de l'AUSCGIE.

Ainsi, pour l'exercice de ces prérogatives, la loi Ohada attribue aux associés suivant les dispositions de l'article 53 de l'Acte uniforme le droit de participer aux décisions collectives, le droit de vote et les droits financiers. Tous ces droits puisent leur source dans l'*affectio societatis*²⁸³. Des désaccords ou disparité d'intérêts peuvent naître entre divers associés ou groupe d'associés au cours de la vie sociale pour des causes diverses et avec des conséquences variées, susceptibles de léser les associés mais également de produire des situations de blocages et des effets désastreux pour l'entreprise elle-même. En conséquence, c'est en caractérisant la faute de ses associés qu'un associé victime pourra obtenir réparation de son préjudice. Pour caractériser ici l'abus, il est impératif de faire état des prérogatives de l'associé étant donné qu'elles sont presque indépendantes l'une de l'autre. Evoquer ces droits et ces obligations, permettra de mieux comprendre l'encadrement juridique de l'abus²⁸⁴.

A. Le non-respect par l'associé de ses obligations gouvernant son statut

80- L'associé de « *société* » est tenu par la loi de respecter diverses prérogatives. Le non-respect de ces obligations est susceptible d'abus. Il est possible de caractériser les prérogatives politiques, autrement dit les prérogatives extra-pécuniaires, les droits patrimoniaux et les droits financiers. L'objectif visé ici, est de citer ceux qui rentrent directement dans le cadre juridique de l'abus dans l'AUSCGIE.

1. Les prérogatives politiques

81- Aux termes de l'article 125 de l'AUSCGIE, « *tout associé a le droit de participer aux décisions collectives* ». ²⁸⁵. Il s'agit du fonctionnement de la société. Parmi celles-ci, le droit de participer aux décisions sociales s'exprime principalement par le droit de vote accordé à chaque associé. Mais l'effectivité de ce droit est subordonnée à une information préalable nécessaire à la participation à la vie sociale. Il en découle un droit pour chaque associé d'être

²⁸³ J. LEDAN, « Nouveau regard sur la notion d'associé », Dr. Sociétés, 2010, n° 10, Etude, 14, p. 7 ; J.-F. QUIEVY, « La double physionomie de l'*affectio societatis* », Rev. de la recherche juridique - Droit prospectif 2010, n° 2010, p. 1369 ; A.-V. Le FUR, « Concilier l'inconciliable. réflexions sur le droit de vote de l'actionnaire », Rec. Dalloz 2008, n° 29, p. 2015 ; J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY, G. WICKER, « Chronique de droit des sociétés du premier trimestre 2006, droit des sociétés, dispositions communes », JCP G 2006, I, Chr. 168, p. 1701.

²⁸⁴ Nous nous sommes concentrés sur une énumération des fautes envisageables car il était difficile de faire des sous-parties cohérentes.

²⁸⁵ Dans ce même sens, l'alinéa 4 de l'art. 53 de l'AUSCGIE. Homologue français, C. civ., art. 1844.

informé quel que soit le montant de sa participation dans le capital social. L'associé a le droit de participer à toutes les assemblées générales, peu importe la quantité de titres sociaux en sa possession.

Type de décisions collectives.- Il en existe deux, celles ordinaires et celles extraordinaires²⁸⁶. La participation aux décisions collectives se fait généralement de façon personnelle ou par représentation. Dans le cadre de la représentation, la participation est fixée par les statuts ou l'acte uniforme. Par ailleurs, si une action ou part sociale est indivise, les copropriétaires sont remplacés par un mandataire unique sélectionné parmi les indivisaires²⁸⁷. Est réputée non écrite toute clause contraire aux dispositions de l'article 125 de l'AUSCGIE. Dans le cas où une action ou part sociale est grevée d'usufruit, le droit de vote revient au nu-proprétaire²⁸⁸, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices où il est réservé à l'usufruitier. Ainsi, le nu-propriétaire doit toujours avoir la possibilité de se prononcer sur des décisions susceptibles de mettre en cause la substance de ses droits²⁸⁹.

Cette prérogative politique revêt deux formes. Primo, il s'agit du droit d'information de l'associé sur les comptes et la politique sociale. Secundo, cette prérogative fait référence au droit de participer aux décisions stratégiques.

1.1. Le droit d'information de l'associé

82- L'assemblée des associés est l'appareil de décisions le plus important d'une société de capitaux. Elle constitue le lieu où s'énonce et se prépare la volonté sociale. Pour assurer une collaboration active et effective aux décisions collectives, les associés doivent pouvoir être informés aisément des circonstances de la vie sociale et des préférences politiques des

²⁸⁶ Art. 132 de l'AUSCGIE.

²⁸⁷ En cas de divergence, le mandataire est désigné par le tribunal compétent, dans le ressort duquel est situé le siège social, à la demande de l'indivisaire le plus actif. Cf. art. 127 de l'AUSCGIE.

²⁸⁸ Arrêt De GASTE, Cass. com., 4 janvier 1994, la Cour de cassation française a fait savoir que « si l'article 1844 alinéa 4 du Code civil permet de déroger à l'alinéa 3 du même article qui est relatif au droit de vote et qu'il était donc possible aux statuts litigieux de prévoir une dérogation sur ce point, aucune dérogation n'est prévue concernant le droit des associés et donc du nu-proprétaire de participer aux décisions collectives tel qu'il est prévu à l'alinéa 1er dudit article ».

²⁸⁹ P. KOURALEVA, « L'usufruit, démembrement du droit de propriété », LPA 2009, n° 122, p. 6 ; E. DOCKES, « Essai sur la notion d'usufruit », RTD civ. 1995. 479 ; A. RABREAU, « L'usufruit de titres sociaux », Bibliothèque de droit de l'entreprise, Lexisnexis, 2006.

dirigeants²⁹⁰. Conscient de cet enjeu, l'Ohada voue le droit d'accès à l'information pour tout associé ne faisant aucune différence entre associé majoritaire ou associé minoritaire dans le déroulement de communication des documents sociaux. Cette information peut être occasionnelle ou permanente²⁹¹.

Les associés disposent en permanence d'un droit d'information²⁹². Compte tenu de ces dispositions, l'associé peut à toute période de l'année mais dans le respect de l'intérêt social, consulter au siège social et prendre copie de certains documents, ou poser des questions écrites au Gérant, au Président Directeur Général, au Directeur Général ou à l'Administrateur Général, sur tous faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation²⁹³. Ainsi, le droit Ohada a prévu des règles ayant pour objectif de permettre à tout associé d'être informé de la bonne marche sociale, au moins une fois par an, ce qui lui permet d'être informé lorsque la société connaît de grands bouleversements tels qu'une scission ou une fusion²⁹⁴ par exemple. Toutefois, en ce qui concerne l'information relative aux états financiers de synthèse, le législateur Ohada s'est largement inspiré du modèle français²⁹⁵. L'associé peut également avoir accès aux documents sociaux des trois derniers exercices ainsi que des procès-verbaux des assemblées générales.

Ce droit de communication permanent peut être effectué à tout moment de l'année par l'associé lui-même, mais aussi par le copropriétaire, le nu-propiétaire, et l'usufruitier comme énoncé à l'article 527 de l'AUSCGIE. Cela permet ainsi aux associés de voir que le patrimoine de la société est bien couvert et que l'intérêt social n'est pas altéré. L'information occasionnelle constitue l'information préalable à la tenue d'une assemblée générale, les documents essentiels mis à la disposition des associés sont énumérés par les articles 345 et 525 dudit Acte uniforme. Cependant le droit à l'information revêt quelques inquiétudes dans la mesure où le législateur africain n'a pas su faire preuve comme en droit français, du mode

²⁹⁰ INFOREG, « L'expertise de minorité et l'expertise judiciaire : deux armes à la disposition des associés minoritaires », Cah. Dr. de l'entreprise, 2011, n° 2, cah. prat., 8, p. 68.

²⁹¹ A.-M. CARTRON, B. MARTOR, « L'associé minoritaire dans les sociétés régies par le droit Ohada », Cah. Dr. De l'entreprise, 2010, n° 1, Dossier, 2, p. 21.

²⁹² Articles 345 concernant les S.A.R.L et 526 en ce qui concerne les S.A dans l'AUSCGIE.

²⁹³ La loi ne définit pas la notion de « fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation », toutefois il convient de retenir que, l'associé doit en toute circonstance respecter l'intérêt social et s'interdire de poser des questions ayant déjà reçu réponse, ou mettant gravement en cause le secret des affaires.

²⁹⁴ Art. 674 et 684 de l'AUSCGIE.

²⁹⁵ L-D. MUKA- TSHIBENDE, « L'information des actionnaires : source de contre pouvoir dans les sociétés anonymes de droit français et du périmètre Ohada », PUAM, 2009, p. 272.

de transmission de l'information. En effet, c'est le principe de quérabilité²⁹⁶ qui prédomine dans l'Acte uniforme nonobstant certaines dérogations en faveur de la portabilité des documents sociaux^{297, 298}.

1.2. Le droit de participer aux décisions stratégiques

83- Cette prérogative regroupe d'une part le droit de participer aux assemblées, et d'autre part le droit d'y manifester un vote.

1.2.1. Le droit de participer aux assemblées

Les décisions peuvent être prises soit en assemblée générale, soit par correspondance²⁹⁹. Toutes les décisions prises sont constatées par un procès-verbal³⁰⁰ qui est établi soit sur des feuilles numérotées, soit sur un registre spécial tenu au siège de la société³⁰¹. La participation aux assemblées générales est d'ordre public et tout acte de nature à priver l'associé de ce droit essentiel, doit être proscrit³⁰². La loi accentue cette position, en précisant que toute assemblée convoquée de façon irrégulière peut être annulée³⁰³. En ce qui concerne les droits sociaux démembrés, l'acte uniforme protège ainsi les intérêts des deux catégories d'associé, en donnant à chacun des co-titulaires de droits démembrés d'être associés dans la limite des droits fixés par la loi ou les statuts.

Par ailleurs, la loi apporte une restriction dans le cadre de la société anonyme en se basant sur l'alinéa 2 de l'article 548 de l'Acte uniforme qui dispose : « *les statuts peuvent exiger un nombre minimal d'actions, sans que celui-ci puisse être supérieur à dix, pour ouvrir le droit de participer aux assemblées générales ordinaires*³⁰⁴ ». La dérogation à ce principe s'avère

²⁹⁶ Consultation des documents sociaux au lieu du siège social.

²⁹⁷ Envoi par courrier ou autre mode de télécommunication.

²⁹⁸ Cette partie sera plus explicitée dans le dernier chapitre de la présente thèse en ce qui concerne l'observation sur une émergence du droit Ohada face aux abus dans l'AUSCGIE.

²⁹⁹ Art. 133 de l'AUSCGIE.

³⁰⁰ Art. 134 de l'AUSCGIE.

³⁰¹ Art. 135 de l'AUSCGIE.

³⁰² Annulation d'une assemblée générale, parce que certains actionnaires ont été éliminés par ruse ou par fraude, JCP E 1994, I, n° 363, p. 268, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN.

³⁰³ Articles 286, 303, 339, 519 de l'AUSCGIE.

³⁰⁴ La dérogation ne s'adresse donc pas aux assemblées générales extraordinaires.

compréhensible dans la mesure où, lorsqu'on se retrouve dans une société qui comprend un millier d'associés, la réunion de tous paraît impossible³⁰⁵. Cette dérogation ne porte cependant nullement atteinte au « *droit d'intervention des associés dans les affaires sociales* » expression empruntée au professeur Alain VIANDIER, auteur d'une thèse remarquable³⁰⁶. En effet, le dernier alinéa de l'article 548 de l'AUSCGIE corrobore cet aspect lorsqu'il décrète que « *plusieurs actionnaires peuvent se réunir pour atteindre le minimum prévu par les statuts et se faire représenter par l'un d'entre eux* ».

1.2.2. Le droit de vote de l'associé

84- D'un autre côté, nous avons le droit de vote qui constitue un droit d'ordre public rattaché à la qualité d'actionnaire dont l'exercice peut être réglementé, mais ne saurait être supprimé « *en principe* », toutefois, L'AUSCGIE renferme de nombreuses dispositions sur le droit de vote dont l'application peut soulever une certaine difficulté³⁰⁷. Le droit de vote³⁰⁸ constitue une prérogative fondamentale, on l'a même désigné de « *vache sacrée du droit des sociétés* »³⁰⁹. En effet, c'est par lui que l'associé intervient directement dans la vie sociale, et il n'a pas à justifier de la façon dont il l'exerce. Ce droit d'intervention est formellement reconnu au nu-proprétaire, mais aussi à l'usufruitier³¹⁰. Le droit de vote apparaît comme un droit-fonction que l'associé doit utiliser dans l'intérêt social étant donné qu'il reflète un concept institutionnel de la société³¹¹. En l'espèce le droit de vote est reconnu au nu-proprétaire, sauf si les décisions concernent l'affectation ou la répartition des bénéfices³¹².

Il faut néanmoins observer que le droit de vote est rattaché à l'esprit de la société par actions consacré en France depuis fort longtemps³¹³. Le droit de vote de chaque associé est

³⁰⁵ G. RIPERT, R. ROBLOT, « Traité de droit commercial - Les sociétés commerciales », LGDJ, 18^e éd., 2002, n° 1565.

³⁰⁶ A. VIANDIER, « La notion d'associé », LGDJ, 1978.

³⁰⁷ Art. 54, 129, 334, 543 et 751 de l'AUSCGIE.

³⁰⁸ H. HOVASSE, A. GAUDEMET, « Incapacités et société », Actes pratiques et ingénierie sociétaire 2012, n° 123 ; A. FROTTE, S. DE VENDEUIL, « Loi Warsmann II de simplification du droit », JCP E 2012, n° 19.

R. KADDOUCH, « L'irréductible droit de vote de l'associé », JCP E 2008, 1549 ; J.-P. DOM, « L'existence du droit de vote de l'associé, principe fondamental du droit des sociétés », RJDA 2008, chr., p. 3.

³⁰⁹ A. VIANDIER, « Observations sur les conventions de vote », JCP E 1986.15405.

³¹⁰ Voir Associé usufruitier ou nu-proprétaire de la présente thèse page 61.

³¹¹ J.-J. DAIGRE, « le droit de vote est-il encore un attribut essentiel de l'associé », JCP E 1996, I. 575.

³¹² Art. 128 de l'AUSCGIE.

³¹³ F. LETELIER, « Le droit de vote de l'actionnaire », Thèse, Paris, 1942.

proportionnel à sa participation au capital de la société, à moins qu'il en soit disposé autrement par le présent Acte uniforme³¹⁴. Ainsi le nombre de voix dont peut avoir un associé dépend du nombre de titres sociaux. En effet, l'AUSCGIE permet aux actionnaires de limiter par les statuts, le nombre de voix dont dispose chaque actionnaire dans les assemblées, à condition que cette limitation soit imposée à toutes les actions sans distinction de catégorie³¹⁵. La limitation résultant en droit français d'une exception légale à l'article L. 225-122 du Code de commerce, a été reprise par les articles 543 alinéa 2 et 548 alinéa 2 de l'AUSCGIE³¹⁶. Par ailleurs, il faut noter que le potentiel du vote dont disposent les actionnaires varie en fonction de l'existence des coupures d'actions³¹⁷. Ce fondement ne semble pas avoir été admis dans l'AUSCGIE qui dispose que : « *le montant nominal des actions ou coupures d'actions ne peut être inférieur à dix mille F CFA*³¹⁸ »³¹⁹.

Toute action à nominal égal donne le même pouvoir de vote. Chaque actionnaire disposera dans les assemblées d'une influence en rapport avec le nombre de voix qu'il possède, lorsqu'ils ont le même titre nominal. Toutefois, comme nous venons de le voir, les statuts peuvent limiter le nombre de voix dont dispose un actionnaire, mais aussi prévoir un droit de vote double³²⁰. En effet, dans la société anonyme une dérogation à ce principe est instituée par l'article 544 de l'Acte uniforme qui prévoit qu' : « *un droit de vote double de celui conféré aux autres actions, eu égard à la quotité du capital social qu'elles représentent, peut être attribué, par les statuts ou par une assemblée*³²¹ *ultérieure, à toutes les actions entièrement libérées pour lesquelles il sera justifié d'une inscription nominative depuis deux ans au moins, au nom d'un actionnaire* »³²². Les actions à vote double montre une certaine utilité. En effet, utilisées de façon modérée, elles peuvent apparaître comme une prime de fidélité

³¹⁴ Art. 54 de l'AUSCGIE.

³¹⁵ Cette distinction permet aujourd'hui aux grandes sociétés à l'actionariat dispersé, de défendre les petits porteurs et de se prémunir contre les Offres Publiques d'Achat (OPA).

³¹⁶ Il faut néanmoins constater que, même en droit français, les statuts stipulent rarement une telle limitation, car l'équipe dirigeante dispose le plus souvent d'un nombre suffisant de voix pour s'assurer une majorité.

³¹⁷ B MARTOR, N. PILKINGTON, D. SELLERS, S. THOUVENOT, « Le droit uniforme africain issu des affaires issu de l'Ohada », Litec, 2009, p. 76.

³¹⁸ Franc des Colonies Françaises d'Afrique.

³¹⁹ Art. 750 de l'AUSCGIE.

³²⁰ La jurisprudence a eu à statuer depuis fort longtemps sur la question de la rupture d'égalité entre actionnaires en ces termes : « une résolution limitant le droit de vote à l'assemblée générale, quel que soit le nombre d'actions que possède l'actionnaire, à 5% du nombre d'actions ayant servi de base au calcul du quorum de l'assemblée, crée une inégalité entre les actionnaires actuels ou futurs - Nanterre, 14 juin 1994.

³²¹ Il s'agit de l'assemblée générale extraordinaire.

³²² Repris par l'article 752 de l'AUSCGIE.

donnée aux actionnaires et peuvent retarder ou compliquer une prise de contrôle de la société par un groupe étranger.

Le droit de vote est par tradition d'ordre public, par conséquent, la simple convention des parties est de façon générale insuffisante à supprimer, voire même à restreindre ce droit de vote. La volonté est manifestée par le fait que le droit de vote doit être librement exercé dans l'assemblée par l'associé si l'on admet que les informations données par les dirigeants et les différents débats qui peuvent se dérouler au cours de l'assemblée, apportent à ce dernier des éléments de décision dont il peut tenir compte lors de son vote³²³. En conséquence, toute convention supprimant ou restreignant le droit de vote, doit être considérée comme nulle, par ailleurs, toute convention qui ne prive par l'associé de son droit de vote mais qui limite son autonomie, est valable³²⁴. Néanmoins, l'Acte uniforme prévoit diverses circonstances dans lesquelles certaines actions peuvent être privées du droit de vote, ces cas sont limitativement prévus³²⁵.

En définitive, le droit de vote apparaît donc comme un droit fondamental de l'associé, c'est par le biais de ce droit que l'associé contribue directement au bon déroulement de la vie sociétaire. L'exercice du droit de vote appartient en principe à son titulaire et ceci dans l'intérêt social, car tout abus peut être sanctionné. Il s'agit d'un droit à caractère social dont l'exercice peut être réglementé, car contribuant à la bonne marche de la société, c'est à ceux qui se prétendent victimes d'un abus de ce droit, d'en rapporter la preuve³²⁶.

2. Les prérogatives financières

³²³ G. RIPERT, R. ROBLLOT, « Traité de droit commercial-les sociétés commerciales », LGDJ, 2002, n° 1245.

³²⁴ R. KADDOUCH, « La clause statutaire de plafonnement des voix », JCP E 2005, n° 620, p. 656 ; F.-X. LUCAS, « L'exécution forcée des conventions de vote », Bull. Joly Sociétés 2011, p. 625.

³²⁵ Art. 587 de l'AUSCGIE : « des actions détenues par des actionnaires au profit desquels il a été renoncé au droit préférentiel de souscription » ; Art. 547 de l'AUSCGIE : « des actions détenues par des actionnaires vendant des biens à la société, dans les deux ans de sa constitution, à propos des votes les concernant » ; Art. 177 de l'AUSCGIE : « des actions excédentaires à céder en cas de participations croisées » ; Art. 623 de l'AUSCGIE : « des actions des apporteurs en nature ou des bénéficiaires d'avantages particuliers, à propos des votes les concernant » ; Art. 775 de l'AUSCGIE : « des actions non libérées des versements exigibles » ; Art. 639, 640 et 641 de l'AUSCGIE : « des actions détenues par la société émettrice elle-même ».

³²⁶ L. MOSSER, « L'abus toléré: à la recherche d'une autorégulation - Abus de majorité, abus de minorité: le choc des cultures - Colloque: l'abus en droit des affaires et le pouvoir modérateur du juge - A propos de Com., 20 mars 2007, n° 05-19.225, société Hexagone hospitalisation Ile-de-France, société anonyme c/ société La Roseraie clinique hôpital et autres », Gaz. Pal. 2009, n° 352, p. 13.

85- L'associé a un droit sur les bénéfices réalisés, distribués ou non, et le cas échéant mis en réserve, et sur la totalité des bénéfices futurs que la société pourrait réaliser. Cette créance peut être éventuelle ou subordonnée. Elle est éventuelle lorsqu'elle laisse imaginer la réalisation effective d'un bénéfice par la société, et impose une décision de les distribuer prise à la majorité des associés. Elle revêt un caractère subordonné lorsque les créanciers sociaux sont toujours préférés aux associés dans le but d'obtenir le paiement sur l'actif restant.

La société n'est pas une institution désintéressée ; selon les termes même de l'article 4 de l'AUSCGIE, les associés y entrent pour partager un bénéfice ou profiter d'une économie, cet espoir de profit révélant la cause de leur engagement³²⁷. Les droits financiers désignent la participation aux bénéfices³²⁸ que sont le droit aux réserves et aux dividendes. Comme autre droit financier, nous avons aussi le droit sur les actifs nets de la société, en cas de dissolution de la société³²⁹ qui est sans rapport avec la présente étude mais qu'on a convenu de citer à titre subsidiaire.

86- Droit aux bénéfices de l'associé.- En convenant de mettre en commun leurs apports, les associés ont pour but le partage des bénéfices³³⁰. Les sommes représentant les bénéfices répartis par une société aux associés ou aux actionnaires, sont dénommées dividendes. Les dividendes constituent la part de bénéfice revenant à chaque action ou à chaque part sociale³³¹. Le droit sur les bénéfices est donc attaché aux titres sociaux confiés à l'associé. La part de chaque associé est donc déterminée en fonction de ce qu'il a apporté dans la constitution du capital social. Personne n'est défavorisé, car chaque associé reçoit ce qui lui est dû³³². Cependant, l'associé ne peut disposer pleinement de ce droit que si la distribution des bénéfices a été décidée³³³, autrement dit, le partage des bénéfices au cours de l'existence

³²⁷ Voir en ce sens, H. Le NABASQUE, « Les droits financiers de l'associé », Mél. J. NORMAND, Litec, 2003, p. 307.

³²⁸ Le bénéfice constitue le résultat positif correspondant à un accroissement du patrimoine de la société. Par ailleurs, tous les bénéfices ne sont pas partagés, il existe donc un bénéfice distribuable. L'art. 143 de l'AUSCGIE apporte une définition complète quant à la définition de bénéfice distribuable, en effet, il dispose que « le bénéfice distribuable est le résultat de l'exercice, augmenté du report bénéficiaire et diminué des pertes antérieures ainsi que des sommes portées en réserve en application de la loi ou des statuts ».

³²⁹ Le dernier cas ne fera pas l'étude d'un approfondissement car ne rentrant pas implicitement dans l'objet de notre étude.

³³⁰ Art. 4 de l'AUSCGIE.

³³¹ Art. 144 de l'AUSCGIE.

³³² Cela explique la notion d'intérêt commun si chère au professeur Dominique SCHMIDT : D. SCHMIDT, « De l'intérêt commun des associés », JCP E 1994, n° 404.

³³³ Art. 142 de l'AUSCGIE.

sociale n'est pas de la nature du contrat social³³⁴, même si une mise en réserve des bénéfices s'avère toutefois possible. Les assemblées générales ordinaires des associés ou des actionnaires, réunies annuellement pour se prononcer sur les comptes de l'exercice écoulé, est compétente³³⁵, dans toutes les sociétés, pour convenir s'il y a distribution ou pas de dividende. Une telle décision ne peut être prise qu'après l'approbation de l'état financier de synthèse et la constatation de l'existence de sommes distribuables. La distribution du dividende doit s'effectuer dans un délai de neuf mois à compter de la date de clôture de l'exercice, sauf prorogation de délai accordé par le président de la juridiction compétente³³⁶. Par ailleurs, concernant l'affectation du résultat décidée en assemblée générale ordinaire, « *il peut à peine de nullité, être pratiqué sur le bénéfice de l'exercice diminué, le cas échéant, des pertes antérieures, une dotation égale à un dixième au moins affectée à la formation d'un fonds de réserve dit réserve légale* »³³⁷. Ces réserves ont pour objectif de récupérer des sommes sur les profits pour une affectation précise et elles cessent d'être obligatoires dans le cas où elles atteignent un cinquième du capital. Ici aussi, l'assemblée décide si tout ou partie de la réserve doit être répartie à moins qu'il ne s'agisse d'une réserve stipulée indisponible par la loi ou les statuts.³³⁸

3. Les prérogatives patrimoniales

87- Chaque associé reçoit en échange de son apport, un droit sur le patrimoine social, sous la forme de « *parts sociales* » dans les sociétés commerciales à l'exception des SA où il s'agit d'action et de « *parts d'intérêts* » dans les sociétés de personnes. Ces droits sociaux sont en principe incessibles dans les sociétés de personne. Toutefois le principe de cessibilité existe dans les SARL et les Sociétés par actions. Cependant s'agissant d'actions, l'on parle de « *négociabilité* ».

B. Le non-respect par l'associé de son obligation de bonne foi

³³⁴ M. MENJUCQ, « Droit commercial et des affaires », Lextenso, 7^e éd., 2011, p. 215.

³³⁵ Art. 546 de l'AUSCGIE, tel est le cas par exemple dans les Sociétés Anonymes.

³³⁶ Art. 146 al. 2 de l'AUSCGIE.

³³⁷ Art. 546 al. 2 de l'AUSCGIE.

³³⁸ Aucune répartition n'est possible également si les capitaux propres de la société sont inférieurs au montant du capital social augmenté des réserves que les statuts ou la loi ne permettent pas de distribuer.

88- La notion de bonne foi constitue une conception fondamentale du droit. Le concept de *bonae fidei* constitue à l'origine un « usage : celui des personnes honnêtes, elle signifie donc une conduite générale qui se rapporte à un certain état d'esprit, mais ne vise pas seulement l'activité intentionnelle »³³⁹. L'obligation générale de bonne foi dans les relations contractuelles impose à tout associé un devoir de loyauté envers la société dont il est membre³⁴⁰. L'*affectio societatis*, en d'autres termes la « volonté de s'associer », représente le principe de l'association de la société. Il impose aux associés dans leurs relations, de vouloir collaborer à l'exploitation d'un fonds dans un objectif commun de manière égale entre les associés, et par conséquent de faire passer l'intérêt de la société avant leur intérêt personnel.

Primordial lors de la constitution de la société, l'*affectio societatis* continue par la suite à interpréter une fonction, certes plus effacée mais néanmoins essentielle. En effet, la société est faite pour subsister, or le bon fonctionnement de la vie sociale présume un minimum de bonne foi et d'entente entre les associés. L'*affectio societatis* ferait en quelque sorte apparence de loi non écrite, de limite implicite aux droits et aux obligations de chacun. En conséquence, l'existence de cette notion apporte son originalité au fonctionnement de la société. Elle révèle en partie pourquoi les techniques sociétaires sont différentes de celles qui conduisent l'exécution des contrats.

1. L'*affectio societatis*, fondement des obligations de l'associé

89- L'*affectio societatis* est un élément spécifique du contrat de société et dont le défaut peut compromettre l'existence de la société³⁴¹. A l'instar de nombreux systèmes de droit, le droit Ohada ne fait pas directement référence à la notion d'*affectio societatis*. Toutefois, l'alinéa 2 de l'article 4 de l'AUSCGIE en fait une consécration formelle, en ce sens qu'il constitue une volonté au moins implicite de collaboration égalitaire dans une perspective commune intéressée. L'affirmation « l'intérêt c'est ce qui motive les gens à agir »³⁴² est difficilement opposable. En effet, lorsqu'il est commun, cet intérêt suppose un dépassement de la recherche d'un avantage individuel ; sachant que les notions de d'intérêt individuel et d'intérêt commun

³³⁹ A. VOLANSKY, « Essai d'une définition expressive du droit basée sur l'idée de bonne foi », Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1930, p. 284.

³⁴⁰ Art. 1134 C. civ.

³⁴¹ P.-G. POUGOUE, « Associés » in Encyclopédie du droit Ohada, Lamy, 2011, p. 374.

³⁴² T. HASSLER, « L'intérêt commun », RTD com. 1984, p. 581.

sont cependant très imbriquées, dans la mesure où l'intérêt individuel est une des composantes de l'intérêt commun, à laquelle vient s'ajouter une communauté de vues³⁴³.

90- Dans les sociétés Ohada, les associés minoritaires doivent théoriquement accepter de se soumettre aux décisions votées par les associés majoritaires³⁴⁴. Il existe une accointance entre l'*affectio societatis* et cette obligation. Longtemps analysée comme une notion vide de tout contenu réel dans le droit positif³⁴⁵, autrement dit, un résidu d'équité que le droit ne peut éliminer³⁴⁶, la bonne foi représente de nos jours les concepts considérés les plus prolifiques et les plus aguicheurs du droit privé. Parce qu'il permet selon l'expression célèbre de RIPERT « *de faire pénétrer la règle morale dans le droit positif* »³⁴⁷, le principe général de bonne foi révèle pour de nombreux auteurs, la continuité de l'idéal de justice. Mais si l'on s'adapte sur l'étendue axiologique de la bonne foi en droit positif, encore faut-il s'harmoniser sur l'idéal de justice qu'elle doit conforter. La bonne foi impliquerait pour chacun des contractants de respecter les intérêts essentiels de l'autre³⁴⁸. On pourrait y trouver une certaine origine de rapports juridiques pétris d'un esprit de confiance mutuelle, voire de coopération et de collaboration autour d'un intérêt commun, voire d'une institution commune³⁴⁹.

Du fait de cette bonne foi, chaque associé sera tenu d'hierarchiser son intérêt personnel à l'intérêt social, dans la mesure fixée par les statuts³⁵⁰. En conséquence, l'*affectio societatis* exprimerait la primauté de l'intérêt social sur l'intérêt individuel, alors qu'un bon nombre d'associés ont parfois cette facilité à assimiler et à blâmer systématiquement les décisions qui ne leur sont pas accommodants. La bonne foi, dans son acception la plus courante, se caractérise par référence à un devoir général d'honnêteté, de loyauté, qui n'a pas son origine dans le contrat mais s'impose constamment à chacun. Etre de bonne foi, c'est accepter

³⁴³ B. Le BARS, « Droit des sociétés et de l'arbitrage international, pratique en droit de l'Ohada », Lextenso, 2011, n° 50, p. 26.

³⁴⁴ S. S. KUATE TAMEGHE, « Interrogations sur l'abus de minorité dans l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commercial et du groupement d'intérêt économique », *Revue de la recherche juridique*, 2009, n° 2, p. 969 ; A.-M. CARTRON, B. MARTOR, « L'associé minoritaire dans les sociétés régies par le droit Ohada », *Cah. Dr. De l'entreprise*, 2010, n° 1, Dossier, 2, p. 21.

³⁴⁵ R. VOUIN, « La bonne foi. Notion et rôle actuels en droit privé français », *LGDJ*, 1939, n° 243.

³⁴⁶ G. LYON-CAEN, « De l'évolution de la notion de bonne foi », *RTD civ.*, 1946, p. 83.

³⁴⁷ G. RIPERT, « La règle morale dans les obligations civiles », *LGDJ*, 4^e éd., 1998, n° 157.

³⁴⁸ F. GAUDU, R. VATINET, « Les contrats de travail », *LGDJ*, 2001, n° 185.

³⁴⁹ P. DURAND, « Aux frontières du contrat et de l'institution. La relation de travail », *JCP*, 1944, I, 387.

³⁵⁰ « Les conflits entre associés », *Cah. Dr. De l'entreprise*, 2010, n° 5, Entretien 5 ; A.-M. CARTRON, B. MARTOR, « L'associé minoritaire dans les sociétés régies par le droit Ohada », *Cah. Dr. De l'entreprise*, 2010, n° 1, dossier 2 ; D. PORACCHIA, « Droit des sociétés 2007, une année très dense », *Dr. et patr.* 2008, n° 171, p. 98 ; D. SCHMIDT, « Abus de majorité et de minorité, évolution ? », *Bull. Joly sociétés* 2007, n° 6, p. 745.

l'existence d'une situation juridique régulière alors que la réalité est tout autre, c'est avoir un comportement honnête, un comportement loyal. « *Est loyale, adéquate à la bonne foi, une situation juridique conforme aux lois morales, fussent-elles seulement celles du juge* »³⁵¹. L'on parle parfois de bonne foi subjective, car on analyse le comportement d'une personne compte tenu d'un règlement plutôt que par rapport à sa réelle intention.

91- En conséquence le non-respect de cette bonne foi serait inconciliable avec l'*affectio societatis* comme le rappelle la Cour de cassation³⁵² du 16 décembre 2009 à propos « *d'un abus de minorité où il y avait lieu d'ordonner la désignation d'un mandataire ad hoc afin de voter en lieu et place de l'intéressé dans l'intérêt de la société. La Haute Cour a qualifié dans cet arrêt que le vote de la gestion rémunérée dudit immeuble doit être qualifiée d'opération essentielle à la survie financière de la société et à la sauvegarde de l'existence de l'affectio societatis* »³⁵³. Le fondement de la bonne foi interroge par ailleurs sur les relations qu'elle peut entretenir avec la responsabilité civile. En effet, l'une des idées maitresses qui étaye la responsabilité civile est le défaut d'une règle de conduite. Néanmoins, la bonne foi doit être perçue comme étant le devoir à respecter et la responsabilité civile comme étant l'instrument qui permet de punir le manquement à ce devoir. Mais dans un sens objectif, il semble difficile de séparer la bonne foi de la responsabilité civile, car cette dernière trouve sa sanction dans la responsabilité civile. Cette situation s'observe également dans la distinction avec la faute civile.

De manière générale, les juridictions recourent à la notion de faute afin d'analyser le comportement des individus et d'établir s'il y a manquement aux exigences de bonne foi. Comme nous l'avons mentionné en début de thèse, pour qu'il y ait faute, il faut d'abord qu'il subsiste un manquement à un devoir fixé par le contrat ou la loi et, qu'ensuite que l'on évalue le comportement à la lumière de la personne raisonnable. La faute demeure dans l'agissement de toute personne, alors que la bonne foi est la règle en vertu de laquelle on examine ce comportement. Par conséquent, la bonne foi devient un modèle pour apprécier s'il y a faute, lorsqu'elle peut être considérée comme un critère d'application de l'abus de droit. En effet, la

³⁵¹ P. SANZ De ALBA, « Sur quelques aspects de l'équité », Thèse, Université Aix- Marseille, 1980, p. 361.

³⁵² Dans d'autres arrêts relatifs à l'*affectio societatis* on peut citer également : CA Agen, ch. civ., 4 juil. 2011, n° 10-00.713 ; CA Douai, 27 mai 2010, n° 09-04.730 ; CA Pau, 1^{ère} ch., 9 juil. 2007, n° 07-02.638 ; Cass. 3^e civ., 16 mars 2011, n° 10-15.459, Bull. civ. III, n° 42, Bull. Joly Sociétés 2011, p. 471, note F.-X. LUCAS.

³⁵³ Cass. civ., 16 déc. 2009, n° 09-10.209, Bull. civ. III, 2009, n° 287, Bull. Joly Sociétés 2010, p. 468, note F.-X. LUCAS, D. 2010, p. 147, obs. A. LIENHARD, Dr. sociétés mars 2010, comm. 44, note H. HOVASSE, RTD com. 2010, p. 136, obs. CL. CHAMPAUD et D. DANET.

bonne foi consiste à délimiter l'exercice d'un droit lorsqu'un tel exercice irait à l'encontre des contraintes de la bonne foi et constituerait un abus de droit. Il s'agit de « *ramener l'exercice excessif d'un droit subjectif à un degré surement (...) qui peut être considéré comme légitime* »³⁵⁴. La bonne foi agit ici comme un « *chien de garde* » afin que toute personne n'use de ses droits à bon escient. Le caractère d'abus de droit peut s'assimiler non seulement à la bonne foi-intention mais aussi à la bonne foi objective. Ainsi, la bonne foi devient une règle de comportement et l'intention s'estompe.

Base du pouvoir majoritaire, l'*affectio societatis* en est aussi la limite³⁵⁵. L'AUSCGIE est désormais très lié à ce second aspect de l'*affectio societatis*. Effectivement, la majorité n'est pas faite pour tyranniser la minorité, mais pour désigner et mettre en œuvre les méthodes de réaliser l'objet social. L'*affectio societatis* tire ainsi le « *signal d'alarme* » et évoque qu'il existe un intérêt de la société qui diverge de l'intérêt des associés majoritaires³⁵⁶.

2. L'*affectio societatis* et l'obligation de non-concurrence de l'associé

92- Dans la pratique, l'associé n'est pas tenu en cette seule qualité à une obligation de non-concurrence à l'égard de la société comme l'a démontré l'arrêt de la Cour de cassation du 15 novembre 2011³⁵⁷. Ce fondement est toutefois inapproprié dans certaines circonstances tenant à la forme de l'apport³⁵⁸ comme le précise Monsieur le Professeur Paul-Gérard POUGOUE lorsqu'il affirme que : « *l'apport en industrie au regard de la formule de l'article 40 alinéa 2 implique l'exercice véritable d'un travail, sont donc exclues les autres formes d'apport en industrie constituées simplement par le savoir-faire, le crédit commercial, la notoriété* »³⁵⁹,

³⁵⁴ P. WIDMER, « Bonne foi et abus de droit-Principe ? Portée ? Panacée? Une tentative de synthèse possible », Séminaire sur « l'abus de droit et le principe de la bonne foi », Suisse, septembre 1992, p. 8.

³⁵⁵ Cass. civ., 14 janvier 2009, n° 07-20.813, Bull. Joly Sociétés 2009, p. 560, note D. GALLOIS-COCHET ; Cass. com., 6 févr. 2007, n° 05-19.008, Bull. Joly Sociétés 2007, n° 187, note P. SCHOLER, Droit et patr. 2008, n° 171, p. 110, obs. D.PORRACHIA ; D. 2008, p. 383, obs. J.-C. HALLOUIN et E. LAMAZEROLLES, Dr. sociétés 2007, comm. 73, obs. H. HOVASSE.

³⁵⁶ J.-J. ANSAULT, « Le contrôle de l'intérêt à agir en nullité des délibérations », Rev. sociétés 2012, n° 1, Etude, p. 7 ; B. DONDERO, « Droit des sociétés », Gaz. Pal 2012, n° 41, p. 31 ; J. PRIEUR, « Le salarié, sujet de droit des sociétés, rapport de synthèse », Bull. Joly sociétés 2005, n° 7, p. 109.

³⁵⁷ Cass. com., 15 nov. 2011, n° 10-15.049, Bull. Joly sociétés 2012, 116, p. 112, note H Le NABASQUE, JCP E 2011, 1893, note A. COURET, B. DONDERO.

³⁵⁸ C. civ., art. 1843-3, al. 6 : « L'associé qui s'est obligé à apporter son industrie, doit rendre compte à la société de tous les gains réalisés dans le cadre de l'activité faisant l'objet de l'apport ». En conséquence, l'associé est soumis à obligation de non-concurrence et d'exclusivité tout à fait originale.

³⁵⁹ P.-G. POUGOUE et autres Ohada, « Traités et actes uniformes commentés et annotés », Juriscope, 2002, p. 342.

ou encore à la forme de la société³⁶⁰. Il est à noter également qu'une obligation de non-concurrence peut être stipulée dans les statuts ou encore dans un pacte d'associés, à condition que les personnes intéressées l'acceptent³⁶¹.

L'importance de l'« *affectio societatis* » apparaît constituer un élément déterminant pour le bon fonctionnement de la société. Le non-respect par l'associé de son obligation de bonne foi doit provoquer la disparition de l'*affectio societatis*. La jurisprudence française procède à ce constat en indiquant que la perte de l'*affectio societatis* est consécutive de mauvaise foi par l'associé³⁶², ou autrement formulé comme dans l'arrêt du 16 mars 2011³⁶³, que le non-respect de la bonne foi entre les associés a entraîné la disparition de l'*affectio societatis*. En outre, il convient de relever que, si la formulation diffère légèrement dans les arrêts rendus par les différentes chambres de la Cour de cassation, la relation de cause à effet est toujours présente : le non-respect de cette obligation entre les associés provoque la disparition de l'*affectio societatis*.

Le bouclier de la personnalité morale ne protège plus donc l'associé lorsque sont en jeu ses rapports internes. L'associé fautif engage donc sa responsabilité personnelle quand il cause un préjudice à un autre associé. Le fonctionnement des sociétés commerciales offre, à n'en pas douter, un terreau propice à l'éclosion d'abus. Mais là encore, déterminer l'abus en droit des sociétés nous paraît relativement risqué. Pour mieux la cerner, il convient de mettre en commun les différentes caractéristiques de l'abus dans l'Acte uniforme.

³⁶⁰ L'associé d'une société civile professionnelle est tenu de ne pas concurrencer ladite société. En effet, cette forme de société a nécessairement pour objet l'exercice commun de la profession par ses membres. Autrement dit ; la loi (L. 29 nov. 1966, art. 3) soumet l'associé à une obligation d'exclusivité, puisque, en principe, il ne peut être membre que d'une seule SCP et ne peut exercer la même profession à titre individuel ; H. HOVASSE, « Les parts d'industrie dans les sociétés civiles professionnelles », Mélanges Foyer, Economica, 2008, p. 551.

³⁶¹ P. Le CANNU, « La clause de non-concurrence dans les pactes d'actionnaires », Bull. Joly sociétés 2011, 261, p. 524 ; D. 2011, p. 1261, note Y. PICOD, JCP E 2011, 1826, n° 5, obs. F. DEBOISSY, G WICKER.

³⁶² Cass. 1^{ère} civ., 3 juin 2010, n° 09-65.995, Bull. civ. IV, n° 125.

³⁶³ Cass. 3^e civ., 16 mars 2011, n° 10-15.459, Bull. civ. III, n° 42, Bull. Joly Sociétés 2011, p. 471, note F.-X. LUCAS, BPAT Lefebvre 3/2011, n° 212, p. 32.

Les caractéristiques communes à l'abus dans l'AUSCGIE

93- Tous les comportements abusifs s'exécutent par des comportements apparemment identiques dans l'AUSCGIE. Autrement dit, l'abus découlerait d'un acte d'« usage » (§.1), et cet usage caractériserait une certaine contrariété voire une méconnaissance de l'intérêt social (§ 2).

§ 1. L'ACTE D'USAGE

94- Dans l'AUSCGIE, les diverses espèces d'abus se retrouvent à travers une indication semblable : celle de l'« usage ». En matière pénale dans l'AUSCGIE, l'abus est établi à partir du moment où il est fait un usage délictueux des biens ou du crédit conformément à l'article 891 de l'AUSCGIE. Abstraction faite du système pénal, il est aussi envisageable de remarquer que l'abus de majorité et de minorité se dévoile par un usage pernicieux du droit de vote dont la constitution est spécifiée par les articles 130 et 131 du même Acte uniforme. Le concept d'usage se reconnaît ainsi dans chaque démonstration faite. Il constitue donc la première condition primordiale.

A. La notion d'« usage »

95- Les dispositions de l'Acte uniforme ne précisent pas la notion d'usage qui est perçue par le discours commun. En effet, l'usage révèle l'emploi d'une chose ou l'exercice d'un droit. Il exprime souvent un acte positif³⁶⁴ sans que l'appropriation soit assurément décisive, même si sa détermination entraîne une commission, particulièrement un acte d'administration, de

³⁶⁴ C.-D. FAVARD, « L'usage, acte positif », in « Lamy droit pénal des affaires 2013 », n° 1750 : « Du fait que la loi fait état de l'usage, on en déduit qu'il s'agit d'un délit d'action. Car se servir, c'est employer les biens, le crédit, les pouvoirs ou les voix qui ont été confiés. Il suit de là que ne pas faire usage, quel que soit le résultat découlant de cette inaction ne saurait entrer dans le champ pénal, même si cette abstention pourrait être source de responsabilité civile.

gestion ou de disposition. Ainsi, si la forme de l'usage peut paraître indifférente, seul l'accomplissement de l'usage est primordial, qu'il découle d'une omission, d'une action ou encore d'une abstention délibérée³⁶⁵. Par conséquent, une abstention ou une réticence peuvent signifier l'existence d'un abus. La menace ou la nature néfaste de l'acte l'emporte donc sur le caractère de l'acte positif ou négatif.

96- Acte d'usage et abstention.- « *S'abstenir c'est aussi décider* » souligne un auteur à la suite d'une décision de la chambre commerciale³⁶⁶ de la Cour de cassation. Si l'affirmation semble s'imposer au regard des règles de la vie de l'entreprise et résulter des pouvoirs et fonctions mêmes du dirigeant social, elle n'a pas, a priori, vocation à pénétrer le domaine du droit pénal où règne le principe de la légalité des délits et des peines, source de l'interprétation stricte du droit pénal et qui impose de s'en tenir à l'exacte définition des termes et d'exclure tout procédé d'interprétation large. L'arrêt de principe de la chambre criminelle du 28 janvier 2004 rendu en matière d'abus de biens et de crédit sociaux, apparaîtra donc fort audacieux qui décide que « *l'usage des biens ou du crédit de la société (...) peut résulter non seulement d'une action, mais aussi d'une abstention volontaire* ». L'intérêt de l'arrêt de la chambre criminelle du 28 janvier 2004 demeure donc plus dans l'affirmation très nette que l'usage peut également s'accorder comme une abstention volontaire³⁶⁷ et dans sa justification au regard, notamment, de l'obligation d'interpréter strictement la règle pénale tant il est vrai que le sens courant du mot « *usage* » renvoie à une « *action* », « *au fait de se servir de quelque chose* ». La notion d'usage s'apparente alors aux notions civilistes d'acte conservatoire, d'acte d'administration et d'acte de disposition³⁶⁸.

L'usage est donc une conception qu'il est nécessaire de préciser tant le mot se montre équivoque et indécis, et il serait audacieux de vouloir le caractériser hors contexte. Pour spécifier l'usage, fondement premier de l'abus dans l'Acte uniforme, il s'avère astucieux d'examiner cette notion dans les sphères où l'abus se manifeste.

1. L'usage, acte contesté en matière pénale

³⁶⁵ Cass. crim., 28 janv. 2004, n° 02-88.094, Bull. Joly 2004, p. 861, note J.-F. BARBIERI, Rev. sociétés 2004, p. 722, note B. BOULOC, JCP E 2005, n° 736, p. 814, obs. E. FORTIS et Y. MULLER.

³⁶⁶ Cass. com., 20 oct. 1999, JCP E 1999, p. 30, note A. VIANDIER.

³⁶⁷ Dans le même sens, V. Cass. crim., 16 mai 2012, n° 11-83.299 ; CA Toulouse, 2^{ème} ch., 6 avr. 2011, n° 09-01.095.

³⁶⁸ E. FORTIS, « Droit pénal de l'entreprise », JCP E 2005, n° 20, 736.

97- L'AUSCGIE pour préciser les contours de l'abus sur le fond pénal, fait explicitement référence à l'usage dans son article 891 à propos de l'abus de biens et de crédit sociaux. Dans son sens général, l'usage se définit dans le Larousse comme étant : « *action, le fait de se servir de quelque chose ; utilisation, emploi* ». Le mot « *usage* » ramène à tous les actes plausibles de disposition ou d'aliénation. Le législateur a souhaité entériner les actes consistant à s'accaparer directement des biens appartenant à la société, à faire payer par celle-ci des charges de nature personnelle ou à user du crédit de la société. Il est donc jugé opportun pour constituer un tel abus, qu'il y ait forcément une utilisation, un emploi.

L'usage en question, peut ainsi être appliqué aussi bien sur les biens de la société³⁶⁹, que sur son crédit³⁷⁰. La notion d'usage ne présume pas obligatoirement une appropriation et/ou un transfert du patrimoine de la société dans celui de l'associé dirigeant telle qu'elle est spécifiée dans une vieille jurisprudence assez éclairante³⁷¹. User, c'est se servir de manière passagère, et même parfois avec la volonté de restituer³⁷². Il y'a donc usage par exemple dans le fait de profiter d'avances, de logements, de véhicules, de prêts, et/ou d'employer du matériel, du personnel de la société dans un but personnel. Par ailleurs, l'acte d'usage du crédit de la société correspond à soumettre la signature de la société en affichant celle-ci à des pertes d'actif éventuelles. Les opérations impliquées, n'emportent donc pas une perte soudaine. L'usage du crédit, pouvant être établi même si, à terme il ne mène pas la société à inscrire un décaissement³⁷³.

Pour que l'abus soit effectivement établi, il ne suffit pas qu'il y ait usage, encore faut-il que cet usage soit opposé à l'intérêt social. Cela se déduit aisément par la démonstration de l'abus donnée par l'article 891 de l'AUSCGIE, mais également par l'application de la théorie de l'abus de droit dans cette sphère spécifique de l'Acte uniforme.

2. L'usage, acte contesté en matière civile

³⁶⁹ Par biens de la société, il faut comprendre tout bien meuble, immeuble corporel ou incorporel.

³⁷⁰ Sa renommée et surtout son étendue financière, qui constitue la bonne marche de l'entreprise à travers son capital, son volume et la nature de ses affaires

³⁷¹ Cass. crim., 8 mars 1967, n° 93-757.65.

³⁷² Cass. com., 7 juin 2000, n° 99-84.487.

³⁷³ Ce passage sera plus explicité dans la partie Abus de biens sociaux relatif à l'usage du crédit.

98- Hormis la matière pénale, l'abus se manifeste exclusivement lorsque majorité et minorité usent de leurs droits de vote de façon abusive. Ici aussi, l'abus se matérialise à travers un usage : l'usage du droit de vote. Celui-ci ne peut être établi que lorsqu'une catégorie, qu'elle soit majoritaire ou minoritaire³⁷⁴, recourt au droit de vote. Il s'avère donc important qu'il y ait usage du droit de vote, étant donné que « *l'abus de droit suppose un droit dont il est abusé* »³⁷⁵. Autrement dit, il est donc indispensable que se profile l'usage d'un droit pour constituer l'abus de majorité ou de minorité.

B. L'usage : acte nuisible et égoïste

Il convient ici de faire la distinction du caractère nuisible de l'usage à sa nature égoïste.

1. Le caractère nuisible de l'acte

99- Dans l'AUSCGIE, l'abus peut être perçu en se basant sur les théories développées par JOSSERAND et RIPERT. En effet, pour le premier, l'abus de droit apparaîtrait comme un « *acte contraire au but de l'institution, à son esprit et à sa finalité* »³⁷⁶, autrement dit, l'abus se réaliserait par un détournement du droit, un usage qui diffère de celui pour lequel il a été instauré. RIPERT, quant à lui, fait savoir que l'abus de droit dévoile une intention de nuire : « *l'intention malveillante change alors le caractère de l'acte* »³⁷⁷. Ainsi il y a abus par exemple, lorsqu'un dirigeant outrepassé ses pouvoirs, lorsqu'il les détourne de son objectif visé. De même, les associés minoritaires qui utilisent leur droit de vote en vue d'endiguer une décision primordiale pour la société, détournent l'usage de leur droit de sa finalité. Par conséquent, l'abus serait vraisemblablement constitué par un usage, la plupart du temps nuisible pour la société. Cette pensée se trouve exprimée à l'article 891 de l'AUSCGIE qui identifie les comportements effectués pour un bénéfice individuel et au mépris de l'intérêt

³⁷⁴ Cass. com., 8 févr. 2011, n° 10-11.788, RJDA 2011, n° 427, Bull. Joly Sociétés 2011, p. 288, note F.-X. LUCAS ; Agen, 4 juill. 2011, n° 10/00713, Bull. Joly Sociétés 2012, p. 43, note F.-X. LUCAS.

³⁷⁵ L. CADIET, PH. Le TOURNEAU, « Abus de droit », Rep. Civ. Dalloz, 2002, n° 26, p. 8.

³⁷⁶ L. JOSSERAND, « De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits », 2^e éd., 1939, n°292.

³⁷⁷ G. RIPERT, « La règle morale dans les obligations civiles », LGDJ, 1998, n° 93, p. 164.

social. L'usage est sanctionné dès le moment où il s'avère nuisible, c'est-à-dire virtuellement pernicieux, c'est pourquoi, il y a abus si l'usage expose la société à des risques de pertes³⁷⁸.

Le fait que l'abus soit aussi constitué par un détournement, peut facilement être aperçu également dans les suppositions d'abus du droit de vote. En effet, le droit de vote est fréquemment usité avec pour objectif d'immobiliser, de nuire et constamment dans un but autre que celui pour lequel ce droit a été fondé³⁷⁹.

2. La nature égoïste de l'acte

100- Dans l'Acte uniforme, il convient d'ajouter un critère complémentaire à l'abus. Il y a assurément abus si l'acte est défavorable à l'intérêt social, mais il faudrait de plus que ce dernier soit effectué de façon égoïste et rapporte un certain avantage à son protagoniste. C'est du moins ce qu'il convient de remarquer tant au niveau civil qu'au niveau pénal. L'article 891 de l'AUSCGIE mentionne essentiellement les actes accomplis « *à des fins personnelles* » ou dans le but de favoriser une autre société dans laquelle le responsable de l'abus est concerné. Il est, à travers cet article, nettement fait mention du caractère égoïste de l'abus. L'abus est constitué car l'usage profite directement ou indirectement à son auteur. Par conséquent, est abusif le dirigeant qui tire dans les fonds de la société pour son compte personnel³⁸⁰, ou encore le fait pour un dirigeant de rétribuer son personnel domestique par sa société³⁸¹.

101- En matière d'abus de droit de vote, l'abus de majorité est constitué dès lors qu'une résolution litigieuse a été prise contrairement à l'intérêt général et l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de la minorité³⁸². L'acte d'usage est formé par la majorité et pour celle-ci. C'est bien évidemment pour son seul bénéfice que le groupe d'actionnaires use de son droit de vote et porte préjudice simultanément à la société et aux minoritaires : l'étendue égoïste de l'acte s'avère flagrant.

³⁷⁸ Cass. crim., 16 mai 2012, n° 11-83.299 ; Cass. crim., 17 oct. 2007, n° 07-81.038.

³⁷⁹ Cf. art. 130 et 131 de l'AUSCGIE.

³⁸⁰ CA Paris, 28 juin 2012, n° 11-03.933 ; Cass. crim., 4 avr. 2012, n° 11-83.402.

³⁸¹ Cass. crim., 10 mai 2007, n° 06-86.173.

³⁸² Repris par l'article 130 de l'AUSCGIE ; M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, « Droit des sociétés », Litec, 25^e éd., 2012, n° 402, p. 233 ; Civ. 3^e, 19 sept. 2012, n° 11-21.631 ; Rev. sociétés 2008, p. 826, note J.-F. BARBIERI.

Les caractéristiques sont identiques avec l'abus de minorité puisque la jurisprudence l'a indiqué comme étant : « *une décision contraire à l'intérêt social, ayant pour unique dessein de favoriser les minoritaires* »³⁸³. L'abus est établi par le caractère égoïste de l'acte d'usage, dévolu à l'avantage des minoritaires. Quelles que soient les hypothèses prévues, l'abus est marqué par un acte d'usage, un acte qui est opposé à l'intérêt de la société et qui ressort bénéfique à son auteur.

102- La jurisprudence française a mis en évidence un grand nombre d'éléments afin de caractériser quand l'usage d'un droit peut être apprécié comme excessif. Ces conditions sont multiples et dissociables, en outre, il s'agit plus de fils conducteurs qu'autre chose. Donc, on peut affirmer qu'abuse de son droit tout individu qui, à travers sa façon d'exécuter son droit qui lui apporte un bénéfice, opte à l'usage le plus attentatoire pour les tiers. Il y a abus toutes les fois qu'il est fait un mauvais usage. La théorie juridique a dégagé un concept de l'abus de droit qui peut s'appliquer à l'usage défectueux ou abusif que l'on fait d'un droit subjectif.

La notion d'abus n'aura donc gain de cause qu'en l'existence de droits subjectifs donnant aux détenteurs des attributions clairement fixées. La clarté des prérogatives attachées à l'application d'un droit devrait donc tolérer la maîtrise exacte des actes effectués dans les frontières de ce droit. Cependant, une pareille proximité exige que l'on soit capable de déterminer clairement la limite qui divise la liberté du droit subjectif.

§ 2. LA MECONNAISSANCE DE L'INTERET SOCIAL

103- Pour justifier leur action, les pouvoirs publics recourent souvent à la conception d'intérêt général³⁸⁴. Toutefois, cette conception ne se retrouve pas seulement en droit public. Elle envahit les relations entre personnes privées, mais sous un autre aspect. En effet, le droit des sociétés qu'il soit français ou issu de l'Ohada, gravite autour d'un concept très important qu'on caractérise sous le vocable : « *intérêt social* ». Mais qu'est-ce que l'intérêt social ?

³⁸³ CA Versailles, 26 mars 2012, n° 10-04.959 ; Cass. com., 9 mars 1993, JCP. E 1993, II, 448, note A. VIANDIER ; Cass. 3e civ., 14 févr. 2007, n° 06-10.318, JCP E 2007, n° 1662.

³⁸⁴ Il en est ainsi en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique : une collectivité locale, par exemple, peut obliger un particulier, moyennant une juste et préalable indemnité, à lui céder un bien immobilier lui appartenant, en vue de la réalisation d'un objectif d'utilité publique, de la satisfaction de l'intérêt général.

L'intérêt social occupe une position essentielle en droit français des sociétés, même si aucune définition collective ne se manifeste de la construction juridique contemporaine. L'acception de cette notion vacille selon les circonstances entre « *intérêt de la personne morale* »³⁸⁵, « *intérêt de l'entreprise* »³⁸⁶ et « *intérêt des actionnaires* »³⁸⁷. En effet, cette définition varie selon que la vision que l'on a de l'intérêt social découle d'une conception institutionnelle³⁸⁸, contractuelle³⁸⁹ ou animée de la doctrine de l'entreprise³⁹⁰. Sous le terme « *société* », on découvre des structures très vastes et diverses selon leur importance. La notion d'intérêt social est indéfinissable malgré le temps qui passe. Elle provoque le flou autour de sa notion, d'autant plus qu'elle a été façonnée par le droit des sociétés au degré de notions fondamentales³⁹¹ et, continue à se développer sous l'impulsion grandissante de la *corporate governance*³⁹².

104- La notion d'intérêt social n'apparaît pas de manière directe dans la loi Ohada. L'AUSCGIE autorise, sinon impose au gérant d'accomplir tous les actes de gestion dans l'intérêt de la société. Cette notion a été forgée par la jurisprudence française aux fins d'adapter le droit des sociétés aux nécessités de la pratique. C'est une notion plastique, à contenu variable, standard dont la définition ne peut être déconnectée d'une réflexion sur la finalité de l'exercice du pouvoir sociétaire³⁹³. Les recherches sur la jurisprudence française indiquent un défaut de définition précise de cette notion. Historiquement, la définition que les juges ou la doctrine ont pu attribuer à l'intérêt social, a quelquefois renvoyé à une certaine

³⁸⁵ G. GOFFAUX-CALLEBAUX, « La définition de l'intérêt social. Retour sur la notion après les évolutions législatives récentes », RTD com., 2004, n° 1, p. 35 ; C. BAILLY-MASSON, « L'intérêt social : une notion fondamentale », L.P.A., 2000, n° 224, p. 6.

³⁸⁶ F. BONDIL, « Permanence et évolution du concept de société : du contrat à l'institution », in L'entreprise face au bicaudataire du Code civil, C.R.J.D.A., l'Harmattan, 2005, p. 87 ; J. PAILLUSSEAU, « La société anonyme : technique d'organisation de l'entreprise », Sirey, 1967.

³⁸⁷ D. SCHMIDT, « Considérations des intérêts des actionnaires dans la prise de décision et le contrôle du juge », R.J. com., 1997, p. 257.

³⁸⁸ La conception institutionnelle de l'intérêt social impose que cet intérêt ne se confonde pas avec l'intérêt égoïste et immédiat des associés, fussent ils minoritaires ou majoritaires, encore moins avec l'intérêt personnel des dirigeants.

³⁸⁹ La conception contractuelle ramène à l'idée que l'intérêt social se confond avec l'intérêt des associés visé à l'article 1833 du Code civil et en matière d'acte juridique, la société en est un. En effet ; la société trouve incontestablement sa source dans une manifestation de volonté, c'est à dire dans un acte juridique.

³⁹⁰ Pour la doctrine de l'entreprise, l'intérêt social ne saurait être enfermé au seul intérêt de la société, il doit inclure l'intérêt de l'entreprise qui est la réalité économique, humaine et financière à laquelle la société sert d'enveloppe juridique. Cette conception est soutenue par l'école dite de Rennes. Voir en ce sens J. PAILLUSSEAU, « Les fondements du droit moderne des sociétés », JCP E 1995, I, 488.

³⁹¹ C. BAILLY -MASSON, « L'intérêt social, une notion fondamentale », LPA, 9 nov. 2000, p. 7 et s.

³⁹² P. BISSARA, « L'intérêt social », Rev. Sociétés, 1999, n° 1, p. 5 et s.

³⁹³ A. CONSTANTIN, « L'intérêt social, quel intérêt », Mél. B. MERCADAL, ed. F. Lefebvre, 2002, p. 315 ; D. PORACCHIA, D. MARTIN, « Regard sur l'intérêt social », Rev. des sociétés, Etude, Sept. 2012, p. 475 ; P. PORTIER, « Gouvernance d'entreprise et relations actionnaires-dirigeants : vers de nouveaux paradigmes ? », Lexisnexis, 2010, p. 423.

vision de l'époque sur les finalités de l'entreprise³⁹⁴. A contrario, l'idée de l'assimilation de l'intérêt social à l'intérêt des actionnaires³⁹⁵ a retrouvé une ardeur³⁹⁶ due à l'ascendance progressive des apporteurs de capitaux dans le contrôle et la gestion de la société dans laquelle ils ont contribué, sans qu'ils ne désirent pour autant instruire le pouvoir directorial³⁹⁷. Le juge dispose donc d'un large pouvoir d'appréciation qui lui permet de déterminer au cas par cas, l'intérêt de la société.

105- L'évolution du système juridique, depuis quelques décades, apporte une certaine construction. L'opinion de l'intérêt social s'inscrit de manière quasi exclusive dans le domaine financier, empêchant dès lors tout amalgame entre intérêt social et intérêt de l'entreprise. Toutefois, ce domaine n'est pas exempt de contradictions internes. En réalité, la notion de l'intérêt de la société est variable géographiquement. Il est ainsi habituel et sûrement caricatural d'accommoder le modèle Ohada avec celui français qui varierait entre une vision de l'intérêt social assimilé à l'intérêt de l'entreprise, lieu de rencontre des intérêts des parties prenantes, et celle qui l'intégrerait à l'intérêt commun des actionnaires. En conséquence, comment l'intérêt social peut-il être perçu, représenté, matérialisé pour permettre de constituer dans l'espace Ohada un outil de mesure d'un comportement sociétaire pour la société ? Si la notion d'intérêt social est une notion controversée, elle est aussi une notion qui joue un rôle prépondérant en droit des sociétés en général. Elle présente d'autant plus d'importance que la gouvernance des sociétés suscite, à l'heure actuelle, des inquiétudes face auxquelles les sociétés se situent avec difficultés³⁹⁸.

En effet, les challenges actuels soulevés par la crise économique et financière, l'environnement ou encore la mondialisation nécessiteraient une exigence croissante de responsabilité environnementale et sociétale de la part des entreprises³⁹⁹. Il faut relever que certaines questions actuelles du droit moderne des sociétés et qui sont rattachées naturellement à l'intérêt social, ont été esquivées dans l'AUSCGIE. En effet, on pourrait mentionner entre autre tout le volet de l'information financière : reflet de la transparence dans

³⁹⁴ Pour une meilleure explication voir, C. CHAMPAUD, « Manifeste pour la doctrine de l'entreprise », Larcier, 2011.

³⁹⁵ D. SCHMIDT, « De l'intérêt social », JCP E 1995. I. 488.

³⁹⁶ E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, « Analyse économique du droit », Dalloz, 2^e éd., 2008, p. 455 s.

³⁹⁷ V. MAGNIER, « Le gouvernement des sociétés cotées face à la crise », LGDJ, 2010, p. 289 s.

³⁹⁸ C. RENOARD, « La responsabilité éthique des multinationales », PUF, 2007, spéc., p. 41 s.

³⁹⁹ D. PORACCHIA, D. MARTIN, « Regard sur l'intérêt social », Rev. des sociétés, Etude, Sept. 2012, p. 476.

la gestion, des actionnaires ainsi que de la protection des actionnaires minoritaires et des transactions relatives aux opérations boursières. En conséquence, les interrogations relatives à l'actionnariat des salariés, à leur contribution à la gestion, à l'intéressement aux résultats ne s'y retrouvent pas⁴⁰⁰.

L'intérêt social se révèle donc comme un instrument d'intégration indispensable de ces nouveaux paradigmes que sont la responsabilité sociale des entreprises⁴⁰¹, la *stakeholder theory*⁴⁰², ou encore le développement durable⁴⁰³, et cela au sein de la gouvernance et du cadre législatif dans lequel il se retrouve. Dans la recherche de cette méconnaissance, c'est la position française sur le contenu de l'intérêt social et sa conséquence sur la gouvernance contemporaine qui sera mise en vigueur. Après avoir décrit le sentiment par la législation française de l'intérêt social et les incertitudes que ce dernier soulève, celle du droit Ohada sera présentée au regard du choix qu'il a effectué et de la contribution que le droit français est susceptible de fournir dans les discussions qui l'anime en matière de gouvernance d'entreprise.

A. L'absence de consécration d'une vision « large » de l'intérêt social en droit Ohada

106- En l'absence de définition légale, la doctrine et la jurisprudence française commencèrent à tracer les contours de cette conception au gré des besoins⁴⁰⁴. La discussion au sujet du concept de l'intérêt social renaquit par la progression du gouvernement d'entreprise qui

⁴⁰⁰ H.-D. MODI KOKO BEBEY, « La réforme du droit des sociétés commerciales de l'Ohada », *Rev. sociétés*, 2002, p. 236.

⁴⁰¹ La responsabilité sociale ou sociétale est une conception nouvelle en droit français. Aux côtés des responsabilités civile, administrative et pénale, une nouvelle composante est apparue. Par opposition aux autres formes de responsabilité, la responsabilité sociale n'est pourvue d'aucune force juridique, car sa violation n'étant aucunement punie par le droit. Il peut s'agir alors d'un système de régulation des comportements et non de réglementation. Voir en ce sens, F.G. TREBULLE, O. UZAN, « Responsabilité sociale des entreprises », *Economica*, 2011 ; J.-C. JAVILLIER, « Responsabilité sociétale des entreprises et Droit : des synergies indispensables pour un développement durable », in « Gouvernance, droit international et responsabilité sociétale des entreprises », Institut international d'études sociales, Genève, 2007, p. 24.

⁴⁰² F. G. TREBULLE, « Stakeholders Theory et droit des sociétés », *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 1337.

⁴⁰³ Le développement constitue un standard du droit, il représente un ensemble de règles juridiques, dont le but est de déterminer un modèle de comportement social, dont la violation sera sanctionnée. Cette notion a pour particularité de regrouper plusieurs aspects : social, économique, politique et écologique. V ; en ce sens, M.-P. BLIN-FRANCHOMME, I. DESBARAT, « Le droit des affaires saisi par le développement durable : de nouvelles obligations d'information pour les entreprises », in « La modernisation du droit des affaires », *Litec*, 2007, p. 89 ; F. G. TREBULLE, « Entreprise et développement durable », *JCP E* 2007, n° 31, p. 1989.

⁴⁰⁴ R. CONTIN, « L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés », *D.* 1968, *chron.*, pp. 8 et s. ; A. COURET, « L'intérêt social », *JCP E* 1996, II, *suppl.* CDE.

aménage une position spécifique aux actionnaires de la société⁴⁰⁵. L'interrogation de la réelle volonté de trouver un sens à l'intérêt social se pose avec acuité dans la mesure où la jurisprudence française ne cesse d'enrichir son champ d'application⁴⁰⁶. Justifier cette interrogation ressort bien évidemment de l'objectif poursuivi par le législateur africain. En effet, s'il entend sécuriser l'économie, il prendra en compte les intérêts des différents partenaires de la société à savoir des salariés, des créanciers, du fisc, des tiers, des fournisseurs, en gros, de l'entière société⁴⁰⁷. S'il est animé par le souci de faire de l'intérêt social celui des opérateurs économiques, c'est-à-dire des apporteurs de capitaux, l'intérêt social sera constitué dans le seul intérêt commun des associés.

Mais semble-t-il que l'on s'apparente à une vision institutionnelle de l'intérêt social dans l'espace Ohada en ce sens que l'intérêt social prétend « *garantir la sécurité des activités économiques, afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement* »⁴⁰⁸. Toutefois, faut-il combiner l'une ou l'autre des conceptions ou plutôt laquelle des conceptions telles que cela apparaît en droit français des sociétés est la mieux à même de définir l'intérêt social dans l'espace Ohada ?

1. L'intérêt social, une notion « *peu décrite* » par le législateur Ohada

107- En droit Ohada et particulièrement dans l'AUSCGIE, l'intérêt social est peu mentionné et n'est pas défini par le législateur⁴⁰⁹. Dans ledit Acte uniforme, les dispositions qui renvoient à l'intérêt social sont peu nombreuses. En effet, on le retrouve à l'article 277 sur la société en nom collectif (« SNC »)⁴¹⁰, à l'article 298 sur la société en commandite simple (« SCS ») qui ramène à l'article 277, à l'article 328 sur la SARL qui traduit la même

⁴⁰⁵ G. GOFFAUX-CALLEBAUT, « La définition de l'intérêt social : Retour sur la notion après les évolutions législatives récentes », RTD com. 2004. 35 ; Dr. Sociétés nov. 2000, chron., n° 23, p. 6 ; D. COHEN, « Le gouvernement d'entreprise : une nécessité en droit français ? », Mélanges P. Malaurie, Defrenois, 2005, p. 159.

⁴⁰⁶ Effectivement, les magistrats font usage de l'intérêt social bien au-delà de l'hypothèse où ce dernier est associé expressément pour l'employer dans des sphères aussi variées que la désignation d'un administrateur provisoire, d'un expert de gestion en cas de crise grave, l'appréciation de la régularité de mesures anti-OPA, etc...

⁴⁰⁷ M. A. MOUTHIEU, « L'intérêt social en droit des sociétés », l'Harmattan, 2009, n° 8, p.22.

⁴⁰⁸ Préambule du Traité du 17 octobre 1993, relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique.

⁴⁰⁹ En droit français aussi, l'intérêt social est peu explicité par le législateur. En effet, dans le Code de commerce, seuls les articles L. 221-4, L. 233-3, L. 241-3 et L. 242-6 font référence à cette notion ; Il résulte de ces textes que le Code de commerce n'emploie la notion de d'intérêt social que dans un cadre limité de circonstances.

⁴¹⁰ Lorsqu'il dispose que « dans les rapports entre associés et en l'absence de détermination de ses pouvoirs par les statuts, le gérant peut faire tous les actes de gestion dans l'intérêt de la société (...) ».

formulation que l'article 277, à l'article 891 qui sanctionne l'abus de biens sociaux dans les sociétés et enfin aux articles 130 et 131 sur les abus de majorité et de minorité. Cette courte référence à la notion d'intérêt social exprime sans doute la prévention des auteurs de l'AUSCGIE, à l'égard de ce standard juridique⁴¹¹ qui demeure le procédé le plus souvent usité par le juge pour s'ingérer dans la vie sociale⁴¹². Pratiquement ignoré par le législateur Ohada, l'intérêt social se retrouve toutefois au centre de discussions ardentes en droit français, non seulement en doctrine, mais également en jurisprudence, discussions dont aucune décision candide n'apparaît et qui amène des solutions paradoxales⁴¹³.

1.1 Débats jurisprudentiels

108- L'on est tenté de se demander quelle est la direction concrète que donne cette notion aux acteurs du droit des sociétés Ohada. Les auteurs sont innombrables à attirer l'attention sur le fait que l'intervention des juges est grandissante dans la vie des sociétés⁴¹⁴. Le juge tient compte tantôt de l'intérêt de la société, tantôt de l'intérêt de l'entreprise, tantôt de l'intérêt des associés⁴¹⁵. Toutefois, la jurisprudence reste quelque peu obscure à la brume entourant l'intérêt social. Cette imprécision découle de la nature de standard dont la fonction est précisément de laisser une certaine latitude aux juges afin de prendre en compte la réalité et la diversité des situations⁴¹⁶. La jurisprudence française est caractérisée par un défaut de délimitation des contours de cette notion⁴¹⁷ ce qui n'est pas sans entraîner un embarras puisqu'il appartient au juge précisément de la définir. La jurisprudence Ohada ne donne pas non plus une définition spécifique du contenu de l'intérêt social, la doctrine et certains auteurs

⁴¹¹ J.-P. BERTREL, « La position de la doctrine sur l'intérêt social », *Droit & patrimoine*, avril 1997, p. 42, spéc. p. 46.

⁴¹² M. JEANTIN, « Le rôle du juge en droit des sociétés », *Mélanges R. PERROT*, D. 1996, 149.

⁴¹³ B. BASUYAUX, « L'intérêt social, une notion aux contours aléatoires qui conduit à des situations paradoxales », *LPA* 6 janv. 2005, n° 4, p. 3.

⁴¹⁴ J. MESTRE, « Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés », *RJ com.* 1985. 81 ; P. BEZARD, « L'intérêt social : il faut déterminer avec précision la portée de l'intérêt social », *D.P.*, 1997, p. 53 ; B. DUPUIS, « Notion d'intérêt social », Thèse, Paris XIII, 2001, p. 33.

⁴¹⁵ A. VEZINET, « La position des juges sur l'intérêt social », *Dr. et Patrimoine*, avr. 1997, p. 50.

⁴¹⁶ G. GOFFAUX-CALLEBAUT, « La définition de l'intérêt social, Retour sur la notion après les évolutions législatives récentes », *RTD com.*, 2004, p. 35.

⁴¹⁷ V. MAGNIER, « Droit des sociétés », *LGDJ*, 5^e éd., 2011, p. 162, n° 291 ; Pour cette auteure, la jurisprudence considère l'intérêt social comme « [...] l'intérêt propre de la société en tant qu'institution hiérarchisée dans laquelle dirigeants et associés ne sauraient agir en négligeant l'intérêt commun et supérieur qui les domine ».

s'y sont opposés, mais tout un chacun d'eux attire l'attention sur l'exigence d'une définition⁴¹⁸.

L'AUSCGIE qui a pour objectif primordial de faciliter l'activité des sociétés, de relancer l'économie et de garantir la sécurité juridique, même tout en restant assez analytique lorsqu'il embrasse un concept moderne des entreprises en apportant à la société commerciale une nouvelle définition⁴¹⁹, ou en ajustant le régime des sociétés anonymes pour en établir la société anonyme d'une personne individuelle⁴²⁰, demeure par ailleurs, peu catégorique sur certains aspects plus ou moins essentiels parmi lesquels on retrouve l'intérêt social qui est le but qu'on attribue actuellement au gouvernement d'entreprise et servant de « *boussole qui indique la marche à suivre* »⁴²¹. Ainsi, alors même que la politique générale à concevoir dans la société, est fonction de l'intérêt social, on peut constater également que le législateur africain ne donne aucune définition de la notion.

1.2 Discussions doctrinales

109- En l'absence de définition légale, la doctrine française est déchirée entre un décryptage unitaire c'est-à-dire intérêt de l'entreprise ou intérêt de l'actionnaire et un décryptage plural. Certains estiment que l'intérêt social serait l'intérêt des associés. En effet, en se basant sur l'article 1833 du Code civil reprise par l'article 4 alinéa 2 de l'AUSCGIE qui dispose : « *toute société doit être constituée dans l'intérêt commun des associés* », Monsieur le Professeur SCHMIDT considère que : « *l'intérêt social concerne les relations entre associés. L'intérêt commun commande que toute décision sociale comportant des effets sur le patrimoine des associés alloue à chacun son dû* »⁴²². A travers cette conception, l'intérêt social est perçu compte tenu du concept contractuel de la société et dans ce cas, il se confond à l'intérêt commun des associés. La société a pour objet la réalisation du plus important bénéfice social

⁴¹⁸ V. en ce sens, M. A. MOUTHIEU, « L'intérêt social en droit des sociétés », l'Harmattan, 2009.

⁴¹⁹ Pour cette nouvelle définition, voir art 4 de l'AUSCGIE, al. 1.

⁴²⁰ V les articles 5, 201 al 4, 309 al 2 et surtout 385 al 2 de l'AUSCGIE sur la société anonyme.

⁴²¹ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, « Droit des sociétés », 25^e éd., Litec, 2012, n° 393, p. 229.

⁴²² D. SCHMIDT, « De l'intérêt commun des associés », RD bancaire et bourse 1994, p. 205.

dans le seul intérêt des associés⁴²³ et ce, dans le respect des obligations légales et réglementaires qui lient la société⁴²⁴.

D'autres prétendent que l'intérêt social devrait s'entendre comme l'intérêt de l'entreprise, c'est-à-dire qu'il regrouperait l'intérêt des associés, des salariés, des créanciers voire de l'Etat⁴²⁵. L'ouverture de l'intérêt social vers une idée plus large de l'intérêt de l'entreprise se rabat indubitablement son origine dans toute une série de « *théories sociales* » qui, en France, s'évertuaient d'« *harmoniser* » le travail et le capital, à compter particulièrement de la théorie institutionnelle développée par Paul DURAND⁴²⁶ qui fut par la suite approfondie par DESPAX dans sa thèse⁴²⁷. En effet, pour ce dernier, 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* ». Enfin, une partie de la doctrine adopte une position mixte qui justifie leurs arguments par le maintien du caractère protéiforme de l'intérêt social. Pour ces auteurs, dont le protagoniste est Monsieur le Professeur MESTRE, le critère ambigu de la notion bloque toute réalisation d'une définition unitaire, ainsi l'intérêt doit être vu sous forme de mélange d'intérêts, un instrument avec assez d'agilité pour permettre un emploi compétent dans divers domaines⁴²⁸. Au final, cette dernière conception acquiesce l'incapacité d'apporter une définition à l'intérêt social, et s'accommode plutôt à l'employer qu'à lui chercher une définition⁴²⁹.

110- Même si elle perçue comme une clé juridique⁴³⁰, la notion d'intérêt social n'a pas pu être définie, et comme le dit si bien SOUSI, l'intérêt social est une « *notion irritante* »⁴³¹, car bien qu'elle apparaisse dans le champ d'application de multiples domaines du droit des sociétés,

⁴²³ D. SCHMIDT, « Les conflits d'intérêt dans les sociétés anonymes », Joly, éd. Pratique des affaires, Version nouvelle, 2004, n° 50.

⁴²⁴ P. BISSARA, « De diverses questions relatives à l'exercice du droit de vote de l'actionnaire en France », ANSA oct. 2002, n° 3141 ; P. MARINI, « La modernisation du droit des sociétés commerciales, une reconception du droit des sociétés commerciales », Conférence de presse du 10 sept. 1996 au Sénat. Le sénateur Marini indiquait à l'époque que l'intérêt social était celui des actionnaires et que la justification des sociétés était l'enrichissement des actionnaires.

⁴²⁵ R. CONTIN, « L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés », D.1968. 45.

⁴²⁶ Cf. G.-H. CAMERLYNCK, « Droit du travail », Précis Dalloz, 1976, p. 378.

⁴²⁷ M. DESPAX, « L'entreprise et le droit », LGDJ, 1957.

⁴²⁸ J. MESTRE, « Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés », RJ com. 1985. 81.

⁴²⁹ M COZIAN, A VIANDIER et F DEBOISSY, Droit des sociétés, Litec, 25^e éd., 2012, n° 394, p. 229.

⁴³⁰ P. BISSARA, « L'intérêt social », Rev. Sociétés 1999, p. 9.

⁴³¹ G. SOUSI, « L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales », Thèse, Lyon 3, 1974, p. 1.

elle n'a jamais été explicitée et elle se dérobe à sa compréhension toutes les fois où l'on pense la maîtriser.

2. L'intérêt social : une notion toujours aussi controversée

111- Au regard de l'opinion incertaine du droit français, la présentation du droit Ohada des sociétés en matière d'intérêt social est loin d'être consistante. Si la conception d'intérêt social est au centre du droit des sociétés, quelle peut être sa finalité authentique nonobstant sa variabilité conceptuelle ? L'une des priorités du droit Ohada est de garantir le respect de l'intérêt social. Une première approche de l'évolution de l'AUSCGIE indique une faible introduction du gouvernement d'entreprise dans l'espace Ohada⁴³². De multiples dispositions, issues de différentes lois, semblent traduire cette tendance⁴³³.

2.1. Essence de l'intérêt social au regard du fonctionnement de la société dans l'espace Ohada

112- La loi impose pour objectif à la société la réalisation de bénéfices que les associés ont vocation à partager. Toutefois, la société représente un contrat à durée déterminée. En conséquence, la société est instituée dans le but de réaliser des bénéfices sur toute la durée du contrat. Les parties au contrat ont donc l'obligation de s'entendre, pour le temps de la société, pour que la mise en commun de leurs apports permettent de réaliser des bénéfices, ceux-ci n'étant pas seulement ceux de l'exercice mais également et avant tout ceux réalisés au terme de la société⁴³⁴. Selon les dispositions de l'article 4 al 1 de l'AUSCGIE : « *la société commerciale est créée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat, d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter...* ». L'alinéa 2 reprend avec exactitude la formulation de l'article 1833 du Code civil qui dispose que « *toute société doit*

⁴³² A. FENEON, « Les droits des actionnaires minoritaires dans les sociétés commerciales de l'espace Ohada », Penant, n° 839, p. 153 ; HOMMAN-LUDIYE, P. DJEDJE, « Le contrôle de la gestion des SA et des SARL », Cah. Juridiques et fiscaux de l'exportation, CFCE, 1998, n° 2, p. 317.

⁴³³ A titre d'exemple, le rôle joué par ce concept dans la fluidité de l'information et de la gestion transparente notamment dans l'expertise de gestion, la procédure d'alerte ou lors de la nomination d'un administrateur provisoire.

⁴³⁴ M. GERMAIN, V. MAGNIER, « Traité de droit commercial, Les sociétés commerciales », LGDJ, 20^e éd., 2011, n° 1056-60.

être créée dans l'intérêt commun des associés »⁴³⁵. On peut y déchiffrer la nécessaire égalité de conditionnement entre les associés, sans empêcher la prise en compte d'autres intérêts. Toutefois, dans le cadre sociétaire, le but d'enrichissement individuel de chaque associé passe en principe par l'enrichissement collectif, celui-ci ne pouvant supprimer celui-là sauf à ce que les parties décident de mettre un terme à la société⁴³⁶. Toutefois, l'obligation de respecter l'intérêt social ne profite pas, en apparence de la même généralité. On le trouve disséminé comme démontré plus haut, dans divers articles de l'AUSCGIE. En se limitant aux seules sociétés de capitaux, l'intérêt social intervient comme moyen de légitimation des conventions de vote⁴³⁷. N'oublions pas non plus le rôle joué par cette notion dans la détermination des abus de droit de vote. Il faut bien voir néanmoins que le débat, bien que d'origine doctrinale en France, n'est pas un pur jeu intellectuel. Il se situe dans les débats actuels sur la transparence et la gouvernance dans l'espace Ohada.

Il s'agit essentiellement de préciser que le pouvoir doit être exercé pour le bénéfice de tous, puisqu'une société ne peut être créée et gouvernée dans l'intérêt de certains associés seulement⁴³⁸. Dans ce cas, l'intérêt de la société qui montre l'intérêt collectif hermétique des associés ou actionnaires repose sur la recherche de la prospérité de l'entreprise pendant toute la durée de la société⁴³⁹. Si l'intérêt social peut être spécifié compte tenu d'un objectif de prospérité que doit ambitionner la société, l'interrogation se pose de savoir si cette notion que représente l'intérêt de la société ne demeure pas également dans la prise en considérations d'attentes de « *parties prenantes* »⁴⁴⁰ au cœur de ce l'on appelle aujourd'hui la responsabilité sociale de l'entreprise (« RSE »).

113- Ce qu'il faut savoir sur la RSE.- La responsabilité sociétale des entreprises désignait initialement une aspiration à caractère politique répondant à la volonté générale des sociétés contemporaines de mobiliser les instruments d'organisation et de gestion des entreprises pour préserver l'environnement et améliorer la condition humaine. La RSE est donc une modalité

⁴³⁵ V. le commentaire du Professeur P.-G. POUGOUE concernant l'abandon de la conception du contrat de société retenu par l'art. 1832 du Code civ., sous l'art. 4, in « Ohada, Traités et actes uniformes commentés et annotés », 2^e éd., juriscopes 2002, p. 310.

⁴³⁶ Cass. com., 8 févr. 2011, n° 10-11.788, Bull. Joly sociétés 2011. 288, note F.-X. LUCAS.

⁴³⁷ Art. 438 et s. de l'AUSCGIE

⁴³⁸ D. SCHMIDT, « De l'intérêt commun des associés », JCP 1994, I, n° 3793.

⁴³⁹ D. SCHMIDT, « Les conflits d'intérêts dans la société anonyme », 2004, p. 14.

⁴⁴⁰ R. E FREEMAN, « Strategic Management : A stakeholder approach », Boston, Pitman, 1984. FREEMAN définit les parties prenantes « stakeholders » en anglais, comme un individu ou groupe d'individus qui peut affecter ou être affecté par la réalisation des objectifs organisationnels ».

de la gestion d'entreprise dont la finalité est de conduire les entreprises à se développer économiquement tout en ayant une attitude responsable vis-à-vis des « *parties prenantes* ». La recherche de profit ne doit pas se faire au détriment de l'environnement et du social. Accompagnant cette ambition de gestion durable, toutes les branches du droit connexes à l'entreprise s'imprègnent du concept de RSE. La RSE en tant que vecteur du concept de développement durable repose ainsi sur la défense des droits de l'Homme, la préservation de l'environnement, la protection des droits sociaux fondamentaux, le respect de l'hygiène et de la sécurité et la lutte contre la corruption⁴⁴¹.

114- En droit Ohada, il n'existe pas de vision globale de la RSE⁴⁴² comme dans l'Union Européenne ou aux Etats-Unis. Cette notion présente pourtant un enjeu de développement en Afrique et se mêle aux notions de développement durable ou encore de bonne gouvernance⁴⁴³. Toutefois, si la poursuite de l'intérêt social et la prospérité de la société sont certainement l'objectif à atteindre dans l'espace Ohada, la réalisation d'un tel objectif n'est qu'hypothétique étant donné que le juge devra s'interroger sur le comportement fautif ou non du titulaire de l'acte et ainsi évaluer sa décision à l'aune d'un bon référent. Aux termes de ces développements, l'on ne peut affirmer réellement quelle thèse le législateur Ohada a consacré de l'intérêt social, car si la société doit être créée dans l'intérêt commun seul des associés, les dispositions qui ressemblent a priori à des principes de gouvernance d'entreprise, permettent en définitive d'assurer le bon fonctionnement de la société. Le législateur africain semble veiller à la prospérité et la continuité de la société, en assurant un équilibre meilleur des pouvoirs au sein des sociétés.

2.2. Quel « *intérêt social* » dans l'espace Ohada ?

115- La période actuelle est marquée par l'approfondissement de la crise économique et la multiplication des défaillances affectant de plus en plus souvent des sociétés de grande dimension. L'intérêt social dans son acception qui nous semble la mieux indiquée en l'état

⁴⁴¹ F. SERRES, « Responsabilité sociale des entreprises : l'entreprise entre développement durable et droit au développement ou comment sortir de l'éthique en toc », juil. 2011, in [www. Droits-libertes.org](http://www.Droits-libertes.org).

⁴⁴² « La responsabilité sociétale de l'entreprise en Afrique : au-delà de l'Ohada » Colloque annuel du Master Recherche de droit de l'entreprise-2^e édition, Institut Droit Dauphine, 8 juin 2010.

⁴⁴³ Citons par exemple le « Code de gouvernance des entreprises » du Sénégal, projet du 5 mars 2011. Ce texte après avoir caractérisé la notion de bonne gouvernance des entreprises, aménage le gouvernement des entreprises dans la législation sénégalaise en s'inspirant de l'AUSCGIE et des principes de l'OCDE en matière de gouvernance d'entreprise.

actuel du droit Ohada est l'intérêt de l'entreprise en ce qu'il permet de protéger la société en assurant son fonctionnement correct et sa pérennité⁴⁴⁴. Pour l'AUSCGIE, l'intérêt social compris comme intérêt de l'entreprise serait plus bienveillant que l'intérêt commun des associés. En effet, si on recourt à l'intérêt commun des associés, ce dernier pêcherait par sa non prise en compte de la pérennité de l'entreprise, de l'emploi à l'avantage des seuls intérêts capitalistes à court terme des associés⁴⁴⁵. Alors que l'intérêt de l'entreprise apporte plus de souplesse car permettant une réelle protection de la société en assurant son fonctionnement et sa continuité, non uniquement l'intérêt des associés⁴⁴⁶. Pour comprendre l'intérêt social, il faut alors éclaircir l'intérêt de l'entreprise lequel dépend du sens que l'on veut donner à l'entreprise.

116- L'intérêt de l'entreprise renvoie à d'autres conceptions telles que la personnification de l'entreprise, la dissociation de l'entreprise et de l'entrepreneur ou encore la *corporate governance*⁴⁴⁷. Affecté à la problématique de l'intérêt social, l'intérêt de l'entreprise incarne l'intérêt de l'organisation économique⁴⁴⁸, autrement dit, il regrouperait l'ensemble des intérêts catégoriels de l'entreprise au-delà de l'intérêt commun des associés. L'intérêt de l'entreprise dirige l'intérêt social vers un concept « *large* », sans pour autant le définir. L'évolution du droit des sociétés oblige tout observateur à apporter une dimension fonctionnelle à l'entreprise car l'entreprise est devenue une entité économique dispersée, guidée par une conception utilitariste⁴⁴⁹. L'intérêt de l'entreprise doit être défini comme une synthèse des intérêts des différents acteurs de la vie de l'entreprise : salariés, associés, créanciers et autres partenaires de la société. Et comme l'affirme Monsieur le Professeur Jean PAILLUSSEAU malgré son appartenance à l'école de Rennes : « (...) à cet égard, la notion d'intérêt social revêt une très grande importance. C'est l'intérêt propre d'une entité autonome et indépendante. C'est dans le sens de cet intérêt social que les dirigeants doivent exercer leurs pouvoirs »⁴⁵⁰. La recherche à tout prix d'une symbiose entre intérêt de l'entreprise et intérêt social atteint son degré le plus accéléré lorsque la société traverse des zones de turbulences et se trouve

⁴⁴⁴ P.-G. POUGOUE, « Encyclopédie du droit, Ohada », Lamy 2011, n° 220, p. 671.

⁴⁴⁵ P.-G. POUGOUE, Y.-R. KALIEU ELONGO, « Introduction critique à l'Ohada », PUA, 2008, p. 83.

⁴⁴⁶ A. FOKO, « L'essor de l'expertise de gestion dans l'espace Ohada », in « Les mutations juridiques dans le système Ohada », dir. A. AKAM AKAM, Harmattan, 2009, p. 153.

⁴⁴⁷ A. CONSTANTIN, « Les rapports de pouvoir entre actionnaires », Thèse, Paris I, 1998, n° 68.

⁴⁴⁸ J. PAILLUSSEAU, « La société anonyme, technique de l'organisation dans les entreprises », Thèse, Sirey, 1967.

⁴⁴⁹ A. BENNINI, « Le voile de l'intérêt social », Thèse, Cergy-Pontoise, 2010, n° 248, p. 169.

⁴⁵⁰ J. PAILLUSSEAU, « L'efficacité des entreprises et la légitimité du pouvoir », Petites Affiches, 19 juin 1996, n°74, pp. 157 et ss.

menacée de disparition. Cette considération de l'intérêt social a été mise en avant il y a des années par l'arrêt « *Fruehauf* »⁴⁵¹ qui a intégré dans la logique sociétaire, l'intérêt des salariés.

117- Sous l'action de la mondialisation, les économies africaines tendent à devenir un gigantesque « *monopole* » qui ne tient aucun compte du fait fondamental que les entreprises sont constituées d'Hommes qui y consacrent une grande partie de leur vie et apportent leur talent et leur dévouement. Or, l'avenir de ces entreprises et de leurs salariés ne peut dépendre uniquement des préoccupations strictement financières. Il est donc indispensable d'associer le personnel non seulement à la détermination des conditions de travail, mais aussi à l'exercice du pouvoir. L'idée de participation est devenue, depuis longtemps, sur le plan international, une de celles qui influencent avec force la structure de l'entreprise et de l'économie de la société moderne. Seulement, on rencontre dans les pays de l'espace Ohada un scepticisme largement répandu et même une attitude de refus à l'égard de la participation des salariés. En effet, les rédacteurs de l'AUSCGIE ont gardé un mutisme en ce qui concerne le statut, voire la participation effective du salarié dans la gestion de la société en particulier de la société anonyme. On observe, à côté de certaines initiatives volontaires internes à certaines sociétés, des formes légales d'intervention du salarié dans le fonctionnement de l'entreprise⁴⁵². Cette disparité peut s'expliquer par le fait que le législateur Ohada n'a pas entendu ériger la participation du salarié en une politique sociale et économique à atteindre, en une troisième voie après le communisme et le capitalisme. Il s'ensuit que l'AUSCGIE n'a pas entendu privilégier le salarié au détriment des détenteurs du capital même s'il lui consacre une place non moins importante en temps de crise.

On le voit, l'intérêt des salariés n'est pas mis en avant ici, toutefois, le droit Ohada établit une passerelle entre l'AUSCGIE et le droit des « *faillites* », en ce sens que l'une des innovations les plus marquantes est l'expertise de minorité⁴⁵³, mais aussi les procédures d'alerte⁴⁵⁴ qui seraient selon Alain COURET, « *protectrices d'emploi* »⁴⁵⁵. Il est à noter par ailleurs que le droit Ohada n'a pas opté pour l'admission de plusieurs organes pouvant déclencher ces

⁴⁵¹ CA Paris, 22 mai 1965, JCP 1965, II, 14274.

⁴⁵² Art. 426 de l'AUSCGIE.

⁴⁵³ Art. 159 et 160 de l'AUSCGIE.

⁴⁵⁴ Art. 158 et 526 al. 3 de l'AUSCGIE relatifs à la SA, et art. 157 de l'AUSCGIE relatifs aux autres sociétés.

⁴⁵⁵ A. COURET, « L'intérêt social », Cah. Dr. Entr. 1996-4, p. 6.

procédures comme en droit français⁴⁵⁶. En effet, si en France, le comité d'entreprise ou le ministère public peut recourir à ces procédures, ce n'est pas le cas en droit Ohada. Cela remet donc en cause la légitimité de l'intérêt de l'entreprise en droit Ohada. Au terme de cette analyse, il est difficile de trouver des indices clairs de la volonté du législateur en matière d'intérêt social dans l'AUSCGIE. Le plus souvent, ces lois ne contiennent que des dispositions techniques qui ne sont que le reflet de compromis. L'objectif est donc, compte tenu de l'évolution des sociétés, de transcender cette évolution à la notion d'intérêt social.

B. L'évolution de l'intérêt social

118- Les discussions doctrinales sur ce qu'il faut entendre par intérêt social ont fait apparaître des appréciations diverses et contrastées. En France, la jurisprudence donne une description de l'intérêt social qui est souvent elliptique, en effet, aucune définition ne ressort de la Haute Cour de justice à propos de la définition de l'intérêt social. Les avis sont éparpillés et il faut procéder par distinction, déduction ou rapprochement. Certains s'offusquent de cette vacuité et martèlent : « *Intérêt social : il faut déterminer avec précision la portée de l'intervention des juges* »⁴⁵⁷. Quelques tentatives de se tourner vers certaines dispositions législatives relatives à la participation des salariés et de leurs représentants dans les sociétés commerciales ne masquent pas l'impuissance à donner un contenu précis à l'intérêt social, qui vient comme une sorte de conclusion rituelle⁴⁵⁸.

1. L'idiosyncrasie évolutive de l'intérêt social

Il convient ici d'apporter un regard de la notion d'intérêt social d'un point de vue standard d'une part, et d'une perspective procédurale d'autre part.

1.1 Le caractère standard de l'intérêt social : le rôle du juge

⁴⁵⁶ F. PEROCHON, R. BONHOMME, « Entreprises en difficulté, instruments de crédit et de paiement », LGDJ, 8^e éd., 2009, n° 35.

⁴⁵⁷ G. DEROUBAIX, Dr. et Patrimoine avril 1997, n° 48, p. 53.

⁴⁵⁸ Pour une illustration de cette littérature désabusée V. La définition de l'intérêt social, G. GOFFAUX-CALLEBAUX, RTD com. 2004, n° 1, p. 37.

119- Le contrat de société comme tout contrat, est conditionné par la recherche d'un intérêt et ce, plus que l'on ne pourrait l'imaginer⁴⁵⁹ Il s'agit d'un « *standard, un guide qui impose d'agir dans le respect des éléments fondamentaux de la société, un impératif de conduite* »⁴⁶⁰. Cette affirmation de Messieurs les Professeurs COZIAN et VIANDIER illustre l'embarras posé par la définition de l'intérêt social. On peut imputer le défaut de définition de l'intérêt social par des considérations classiques afférentes à l'inflation législative et ses défaillances à caractériser l'essentiel, aux dangers nés d'un gouvernement des juges, aux hésitations des théories de gouvernance d'entreprise. Mais, avec plus de patience, et probablement plus d'utilité, l'on peut rechercher l'origine de cette résistance dans la fonction même du juge, surtout lorsqu'il s'agit pour lui de déterminer l'atteinte à l'intérêt social. Le respect du projet d'entreprise collective et du patrimoine mis au service du juge, mais aussi la confiance entre partenaires de l'entreprise, le respect de l'engagement des salariés, la solidarité entre personnes impliquées dans des entreprises collectives, la recherche du profit commercial et financier, sont quelques-unes de ces valeurs, portées par l'intérêt social. Toutefois, en droit Ohada, il est clair que cela représente un chemin plus risqué, car moins usité. Le syllogisme judiciaire est un artifice intellectuel, souvent utilisé, qui permet de masquer la difficulté, sans en triompher⁴⁶¹.

120- Chaïm PERELMAN a défendu la thèse qu'il fallait définir une « *nouvelle rhétorique* » du juge⁴⁶² Au cours de cette observation plus fidèle de l'activité du juge, cet auteur a souligné l'importance de certains instruments qualifiés de « *standards* ». Notions à contenu variable⁴⁶³. La « *bonne foi* », « *le comportement d'un bon père de famille* », standards inscrits dans la loi, ouvrent par leur absence de contenu fixe un espace de liberté d'appréciation qui permet au juge d'adapter sa décision au contexte du litige, au comportement des parties, à l'évolution de la société et, au final, de rendre un jugement, certes fondé sur des règles, mais aussi sur une appréciation du raisonnable par le juge. En conséquence, l'intérêt social répond à la définition du standard. Les conflits potentiels entre ces valeurs, aux contours parfois très flous, ne simplifient pas la tâche du juge. La difficulté de caractérisation de l'atteinte à l'intérêt social est ici plus importante, car la notion est au carrefour de plusieurs valeurs fondamentales. La

⁴⁵⁹ J. ROCHFELD, « Cause et type de contrat », LGDJ, 1999, n° 77 et ss.

⁴⁶⁰ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, « Droit des sociétés », Lexisnexis, 25^e, 2012, n° 393, p. 229.

⁴⁶¹ U. QUENTIN, « De la difficulté pour le juge de caractériser l'abus de biens sociaux », JCP G 2005, I, 165.

⁴⁶² Pour une présentation de la pensée de C PERELMAN, voir G. VANNIER, « Argumentation et droit, Introduction à la Nouvelle Rhétorique de Perelman », PUF, 2001.

⁴⁶³ C. PERELMAN, R. VANDER ELST « Les notions à contenu variable du droit », Bruylant, 1984.

rationalité judiciaire est une exigence qui a en effet la vertu importante : rendre admissible la décision par autrui. Et ce qui rend la décision raisonnable est déterminé par la capacité du juge à réaliser un arbitrage entre des valeurs entrelacées, voire en conflit dans une situation de fait⁴⁶⁴. Ainsi, l'intérêt social ouvre au juge le pouvoir de décider si un comportement doit être réprimé, au nom d'une représentation qu'il se crée de l'intérêt d'une société dans des circonstances de fait. Mais, l'utilisation par le juge de ce standard pourrait être d'une utilisation génératrice de dangers pour le justiciable, si elle n'était pas encadrée par l'obligation pour le juge de faire œuvre de raison⁴⁶⁵. En conséquence, l'apport du législateur semble revendiqué.

1.2 La nature procédurale de l'intérêt social : la démarche du législateur

121- Les supposées définitions apportées de l'intérêt social ne peut garantir que la société embrassera une politique conforme à cet intérêt. Aussi la loi Ohada devrait garantir un aménagement consacré à obliger les sociétés africaines d'encadrer la prise de décision pour que cette dernière ait plus de facilité de correspondre à l'intérêt de la société, plutôt que de prendre telle ou telle décision. Deux démarches se hiérarchisent aujourd'hui. La première consisterait à l'utilisation d'un ensemble de règles privées⁴⁶⁶ qui déterminent des règles comportementales et organisationnelles⁴⁶⁷ consacrées à améliorer la gouvernance des sociétés en assurant un cadre « *optimal* » à la prise de décisions en faveur d'une création de valeur⁴⁶⁸. Il s'agit ici des normes liées au gouvernement d'entreprise⁴⁶⁹.

⁴⁶⁴ L'utilisation de standards par le juge ne doit pas être comprise comme une façon de statuer en équité, ce qui conduirait à reconnaître un pouvoir excessif au juge. V. F. GUIOMARD, La justification des mesures de gestion du personnel, Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur, thèse dact. 2000, spéc. p. 337.

⁴⁶⁵ C. PERELMAN, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », Archives de philosophie du droit, t. 23, 1978, p. 35.

⁴⁶⁶ V. en ce sens Y. PACLOT, « La juridicité du code AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées » ; Rev. sociétés 2011. 395.

⁴⁶⁷ Les règles qui véhiculent les principes de la RSE sont nombreuses et d'origines diverses. Elles peuvent avoir un effet direct, comme c'est le cas de législations internes telles la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques en France. Il y a par exemple aussi, les normes internationales d'applicabilité indirecte. Elles ont une valeur contraignante pour les pays signataires. Tel est le cas, par exemple, des « Principes directeurs de l'Organisation de Coopération et de Développement Economique (ci-après : « OCDE ») à l'intention des entreprises multinationales ». Ces principes constituent des normes internationales officielles et reconnues en matière de responsabilité sociale des entreprises.

⁴⁶⁸ D. PORACCHIA, D. MARTIN, « Regard sur l'intérêt social », Rev. sociétés 2012, Etude, p. 484.

⁴⁶⁹ V. Etude du parlement européen, « Relations entre l'organe de surveillance des entreprises et le management », 2012 ; P. PORTIER, « Gouvernance d'entreprise et relations actionnaires-dirigeants : vers de nouveaux paradigmes ? », Mém. JEANTET, 2010, p. 423.

On voit en France que l'approche suivie par le législateur à l'égard de ces règles privées est séduisante étant donné que sans les astreindre, il pose une obligation de déclaration de comportement de la société, obligation que l'on retrouve lorsqu'il s'agit, pour la société d'expliquer son comportement vis-à-vis de la démarche dite RSE. Cette obligation de comportement permet alors aux associés mais plus largement au marché de prendre la mesure du comportement de la société à l'égard de ces règles privées et d'en tirer toutes les conséquences⁴⁷⁰. Il s'agit vraisemblablement de « *codes de conduite* » qui constituent des documents qui regroupent un ensemble d'obligations que les entreprises imposent à leurs salariés et qui énoncent les sanctions encourues en cas de non-respect⁴⁷¹. Ces codes sont aujourd'hui consacrés au plan législatif et dans la mesure où leurs dispositions créent de nouvelles obligations, le manquement à ces dernières peut être considéré comme fautif et donc être sanctionné⁴⁷². Cela permettra d'avoir un ascendant sur les décisions sociales et peut donc amener, par ces instruments souples que sont les règles privées, à véritablement influencer le comportement de la société.

Le cadre procédural de la structure sociétaire devient une source de responsabilité pour le dirigeant, ce dernier doit respecter les dispositions relevant de la loi surtout lorsque la société a opté pour des dispositions particulières s'appuyant sur des fondements portés par un code de gouvernance tel que la loyauté due par le dirigeant à la société de ne pas détourner ces procédures pour son propre intérêt⁴⁷³.

2. L'intérêt social, garant de la bonne marche de la société Ohada

122- Les Etats en développement et particulièrement les Etats africains présentent pour les entreprises des situations attractives dans le cadre du développement de leurs activités ou de leurs investissements. Les ressources naturelles y sont abondantes, la main d'œuvre y est bon marché, les conditions d'investissement et de développement d'activités peu contraignantes.

⁴⁷⁰ Rapport 2011 de l'AMF sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants ; A. PIETRANCOSTA, J.-B. POULLE, « Le principe appliquer ou expliquer », RTDF 2009/4, p. 19.

⁴⁷¹ « Chartes éthiques et codes de conduite : état des lieux d'un nouvel enjeu social », Etudes du groupe Alpha entreprise, publié en 2004.

⁴⁷² Cass. ch. sociale, 8 déc 2009, affaire Société Dassault systèmes.

⁴⁷³ CA Versailles, 9^e ch., 19 mai 2011, n° 10/01523, Rev. sociétés 2012. 99, note P. Le CANNU, Bull. Joly 2011, 597, note B. DONDERO ; C. DUCOULOUX-FAVARD, « Abus de biens sociaux, délit mécanique des abus de pouvoirs », Dr. sociétés, 2011, n° 160, p. 5.

Malgré des efforts pour une harmonisation de la définition de la RSE, cette dernière, en raison de l'hétérogénéité des systèmes juridiques et de l'inégalité des développements économiques, n'est pas appliquée de manière uniforme en Afrique. La RSE en Afrique souffre d'un déficit de normes, en dépit d'une multiplication croissante d'initiatives diverses. Le contrôle de la responsabilité des entreprises s'effectue certainement et surtout de manière abstraite au travers des actes uniformes adoptés par l'Ohada. Elle est aussi encadrée par des textes nationaux, voire régionaux ou internationaux.

2.1 L'intérêt social doit affermir les parties prenantes de l'entreprise Ohada

123- L'entreprise fonctionne au sein d'un environnement qui se compose de multiples acteurs. On qualifie ces acteurs de « *parties prenantes de l'entreprise* ». Le concept traditionnel selon lequel l'entreprise n'a de compte à rendre qu'à ses actionnaires est totalement dépassé, du moins à l'étranger. En effet, le développement de la responsabilité sociétale de l'entreprise a permis de considérer que l'entreprise doit aussi être à l'écoute et rendre des comptes à tous les acteurs impliqués dans l'activité de la société. Le registre du commerce et du crédit mobilier, établi par l'art 19 de l'AUSCGIE, représente l'élément primordial de la sécurisation des activités commerciales. Il confère aux créanciers et aux éventuels cocontractants de l'entreprise un accès aux informations relatives au statut juridique et à l'endettement de celle-ci.

En accédant au capital social de son entreprise⁴⁷⁴, le salarié accède au statut d'actionnaire et bénéficie ainsi des droits et devoirs⁴⁷⁵ attachés à ce statut. En tant que non actionnaire, il peut néanmoins participer au conseil d'administration⁴⁷⁶ si dans ce cas, le président du conseil l'y a convié ou, aux assemblées⁴⁷⁷. Ces droits d'opposition et le pouvoir de contrôle dans une société en difficulté sont prévus respectivement aux articles 110 et 111 de l'Acte Uniforme, adopté le 10 avril 1998, portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif et aux articles 48 et art 49 du même acte. Toutefois, on rencontre dans les pays de l'espace Ohada un scepticisme largement répandu et même une attitude de refus à l'égard de la

⁴⁷⁴ Par le rachat des actions (art 640 de l'AUSCGIE) ou au moment des privatisations dans la mesure où un pourcentage leur est réservé.

⁴⁷⁵ V. sous section § 2 sur la faute de l'associé dans l'exercice de son rôle (d'associé).

⁴⁷⁶ Article 455 de l'AUSCGIE.

⁴⁷⁷ Article 537 de l'AUSCGIE.

participation des salariés. En effet, les rédacteurs de l'AUSCGIE ont gardé un mutisme en ce qui concerne le statut, voire la participation effective du salarié dans la gestion de la société.

D'un autre côté, les dirigeants doivent publier des bilans fidèles sous peine de voir leur responsabilité pénale engagée⁴⁷⁸. Les dirigeants sont responsables des actes de violation des dispositions statutaires ou légales, telles l'utilisation de fonds sociaux à des fins illicites⁴⁷⁹, ainsi que des fautes de mauvaise gestion. De ce fait, l'actionnaire subissant un préjudice personnel sera fondé à ester en justice, à titre individuel, tel le pouvoir d'alerte⁴⁸⁰, le droit à l'information⁴⁸¹ et ou pour préserver ses droits financiers⁴⁸² contre la restriction de ses droits politiques⁴⁸³. On peut également parler de la reconnaissance légale et l'encadrement jurisprudentiel de l'abus de majorité et la reconnaissance de l'abus de minorité⁴⁸⁴ pouvant permettre de limiter un abus de droit qui freinerait l'activité de l'entreprise. La société est donc un lieu de rencontre de contrats explicites et implicites qui établissent les modalités de fourniture et d'agencement des ressources amenées par les actionnaires, les créanciers, les employés, les fournisseurs⁴⁸⁵. L'entreprise n'est plus un simple amalgame d'actionnaires, mais représente un tout⁴⁸⁶.

2.2 L'entreprise Ohada doit trouver ses fondements dans la *corporate governance*

⁴⁷⁸ Art. 890 de l'AUSCGIE.

⁴⁷⁹ TGI de Ouagadougou, jugement du 10 janvier 2000, Revue burkinabé de droit, n° 42, 2^e semestre 2002, Ohadata J-05-248.

⁴⁸⁰ Arrêt n° 178/99 de la Cour d'Appel de Cotonou rendu le 30/09/1999, Ohadata J-06-93.

⁴⁸¹ Arrêt n° 256/2000 de la Cour d'Appel de Cotonou rendu le 17/08/2000. AFFAIRE Société Continentale des Pétroles et d'Investissements, Monsieur Séfou FAGBOHOUN, SONACOP, Monsieur Cyr KOTY, Monsieur Mounirou OMICHESSAN C/ Etat béninois. Ohadata J-06-101 ; Arrêt n° 376 de la Cour d'appel d'Abidjan rendu le 02/03/2004. société METALOCK PROCESS-CI SARL c/ TOURREGUITART JORGE CLUSSELA. Ohadata J-04-489 : « Un associé ayant des parts sociales qui représentent plus d'un cinquième du capital social peut demander avec succès une expertise de gestion des comptes ».

⁴⁸² Tribunal Régional de Niamey, Jugement civil n° 96 du 26 mars 2003, Abass HAMMOUD c. Jacques Claude LACOUR, Ohadata, J-04-78.

⁴⁸³ L'actionnaire qui subit un préjudice politique lié à la restriction de ses droits de participation à la vie sociale, comme le fait de l'empêcher d'assister à une assemblée (CCJA, arrêt n°034/2008/PC, 03 juillet 2008, Bassirou Ka c. Abdoulaye Cisse, Mohamed El Bechir Sissoko et Djibril Cisse : Protection des actionnaires - l'assemblée générale irrégulièrement convoquée est nulle : « que c'est en usant de son pouvoir souverain d'appréciation qu'elle a constaté « que les conditions de tenue de l'assemblée générale n'ont pas été respectées et par conséquent toutes les résolutions qui en sont issues sont nulles ».

⁴⁸⁴ Article 130 et 131 de l'AUSCGIE.

⁴⁸⁵ S. ROUSSEAU, I. TCHOTOURIAN, « L'intérêt social en droit des sociétés, regards canadiens », Rev. sociétés, 2009, n° 4, p. 747.

⁴⁸⁶ M.M. BLAIR, « Ownership and control : Rethinking corporate governance for the twenty-first century », The Brokings Institution, Washington D.C., 1995, spec., p. 231.

124- Le droit Ohada doit plaider pour une meilleure prise en considération de l'intérêt propre de l'entreprise dans les fondements de la *corporate governance*. A ce stade où nous avons mis en évidence le recul croissant de l'intérêt des actionnaires et de l'intérêt social, il nous reste à envisager ce qu'est l'intérêt social et les raisons pour lesquelles ce n'est pas uniquement cet intérêt social qu'il faut prendre en compte, mais bien une notion plus large d'intérêt général, au sens d'un intérêt sociétal. La démarche la plus appropriée serait basée sur la légitimité démocratique. En effet, par leur taille, leur production ou leur mode de financement, les entreprises obtiennent un statut de quasi bien public : leur mode de détention est de plus en plus largement diffusée au sein du public ; elles déploient par leur rôle structurant un pouvoir de contrainte économique très important. L'interrogation devient donc de connaître comment le contrôle que ce pouvoir exercé par les dirigeants de l'entreprise, délégués par les seuls actionnaires, est bien effectué en tenant compte de ces impératifs d'intérêts général qui paraissent pourtant évident ?

125- Deux approches sont envisageables. La première approche aura pour nature de rechercher dans les principes politiques, philosophiques et économiques du pouvoir instruit dans les entreprises des éléments qui permettront de légitimer des règles de gouvernance fondée sur l'intérêt général et qui pourrait être exercée sur un modèle démocratique⁴⁸⁷. La seconde approche dépend du rôle du législateur Ohada par le biais de la loi et de son application dans les pays membres, il s'agit d'une approche classique et on verra bien que dans une logique de concurrence entre les états-législateurs, cette approche atteint ses limites face à des capitaux très mobiles qui iront s'investir dans les états ou l'environnement législatif et réglementaire est le moins contraignant⁴⁸⁸.

126- Compte tenu de ce qui a été développé, et de la réflexion particulièrement poussée dans la recherche de l'« *abus* », l'on est à même de proposer une définition en le joignant à l'AUSCGIE. Du fait de la discrétion de l'acte uniforme quant à la définition de l'abus de droit dans son champ d'application, les circuits de ce concept ne peuvent être déterminés qu'à partir d'un recensement ici et là des différentes caractéristiques où intervient l'abus. Ceux-ci doivent être à peu près conformes à l'Acte uniforme. La réflexion occasionnée par le concept

⁴⁸⁷ On a déjà mis en évidence quelques éléments permettant de la fonder : la nécessité de tenir plus largement compte de l'ensemble des avant droits et avant cause de l'entreprise, tenir mieux compte de l'intérêt social de l'entreprise élargi à une notion plus large d'intérêt général, l'égalité nécessaire entre les actionnaires s'agissant de l'exercice d'un certain nombre de droit de contrôle fondamentaux.

⁴⁸⁸ V. sanctions de l'abus de biens sociaux de la présente thèse.

d'abus de droit vient par conséquent améliorer son approfondissement en nous autorisant d'exposer comme reconnaissance une définition de la notion qui favorisera par la suite le fondement des manifestations de l'abus dans l'AUSCGIE. Il est opportun de ne pas séquestrer l'observation dans une signification trop stricte de l'abus de droit. En outre, une description assez accessible peut être désormais véhiculée. Ainsi l'abus en droit des sociétés peut être défini comme étant : « *tout usage illégitime, arbitraire voire excessif de quelque chose ou d'un pouvoir par son titulaire et qui prend forme dans tout son aspect d'une part si toute personne ou groupe de personnes et/ou la société, de façon générale, subit un préjudice contigu ou éloigné, occasionné par cet acte et d'autre part si la frontière de ce droit subjectif (acte) peut être détectée et jugée enfreinte* ». Cette suggestion de démonstration suffisamment vaste de l'abus de droit dans l'AUSCGIE récupère les caractères fondamentaux de l' « abus » en les conciliant avec le droit subjectif et nous accorde à l'avenir d'asseoir une orientation des canaux sourcilleux d'aborder le champ d'application de cette définition.

Conclusion chapitre II

127- La notion d'abus de droit inclut en effet, des réalités divergentes en fonction de ses caractéristiques dans l'AUSCGIE. L'inquiétude et la teneur de la faute accomplie, demeurent versatiles. Cependant aussi différentes qu'elles soient, ces réalités découlent de façon générale, de la confusion sur la notion d'intérêt social qui en ordonne la notion même d'abus. C'est donc l'incompréhension de l'intérêt social qui constitue le révélateur de l'abus de droit. Il y va de la détermination des droits d'un associé ou dirigeant, et l'examen de son comportement, de sa finalité, de ses intérêts et de sa nature préjudiciable. Tout ceci entraîne des recherches, des contestations et des démonstrations diverses et dépend du jugement des tribunaux dont la compétence de mettre en péril l'usage d'une prérogative est primordiale. Cette compétence paraît plus importante si l'on estime les effets qu'ils peuvent percevoir de la reconnaissance d'un abus de droit, étant donné qu'il s'agit de corriger de la façon la plus appropriée le tort causé par l'abus de droit.

128- L'abus de droit se rapporte à l'usage d'un droit par son détenteur dans des situations telles que cet usage caractérise une faute et peut être puni. L'abus de droit applique ainsi une délimitation à la liberté de créer des droits qui lui sont, toutefois avérés par la loi, soit spécialement, soit parce qu'ils ne sont pas typiquement exclus. Il fait état donc d'un traquenard pour tous ceux qui veulent prendre la loi au mot de façon à mettre à leur faveur toutes les censures qui y sont représentées. L'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique n'a pas opté pour un édifice jurisprudentiel élaboré sur la théorie de l'abus de droit, il a directement inséré les principes d'un régime juridique concernant ses manifestations dont les sanctions changent suivant la violation effectuée. La déficience de l'abus ne saurait toutefois, déguiser son utilité : il existe des abus et ils doivent être réprimés. Et la sanction des abus ne peut être que favorable pour le droit des sociétés car, guidée avec douceur, la théorie de l'abus de droit permet de stimuler cette organisation.

En effet, quelle autre théorie aurait pu aussi bien clarifier la dérive de l'exercice d'un droit afférent à tout acteur de la vie sociétaire ? Grâce à l'abus, les associés sont informés, ou devraient être informés, qu'ils ne peuvent instruire inconsidérément leurs droits. Le raisonnable se contraint à eux, comme à toute personne. Il s'impose à eux de manière

relativement pressante étant donné que, leurs droits étant controversés en cas d'abus, ils doivent manifester d'une image licite dans l'exercice de leurs prérogatives, afin d'ôter toute argumentation chez leurs trop nombreux antagonistes.

Par conséquent, l'abus de droit permet de déterminer les rapports entre les associés. Un abus établi sur le détournement de la fonction sociale des droits, serait inadmissible, alors même qu'il pourrait, dans certaines suppositions, être légitime⁴⁸⁹. De plus, l'abus constitue un instrument primordial pour les magistrats dubitatifs devant le désaccord de deux droits. La notion d'abus de droit permet donc de se rendre compte de l'excessif usage des divers protagonistes. Ainsi, l'abus vient souvent démontrer que la protection n'étant pas quelquefois appropriée, d'où l'importance d'améliorer les droits qui reviennent aux prérogatives attribuées aux acteurs de la vie sociétaire.

⁴⁸⁹ Notamment en cas de défaut d'abus de minorité.

Résumé Titre I

129- Le constat de l'abus permet de mettre en exergue les préoccupations qui touchent l'Acte uniforme sur la question. Autrement dit, la volonté d'analyser la théorie de l'abus à travers le prisme de l'AUSCGIE, et l'AUSCGIE à l'aune de la théorie de l'abus de droit, se montre évidente. Néanmoins, l'examen de l'abus en droit des sociétés dans l'espace Ohada requiert quelques explications.

L'AUSCGIE et la théorie de l'abus de droit entraînent simultanément, ou l'un après l'autre, tant d'ardeur, qu'il est essentiel de minimiser les termes du débat. En effet, il compte en revanche, de regarder la théorie comme un dispositif de notre droit positif qu'il est fondamental d'analyser de manière technique et scientifique, sans pour autant s'enfoncer dans des discours partisans. Il est primordial également d'indiquer avec vigueur que l'abus dans l'AUSCGIE est une réflexion très intéressante, mais qui reste apparemment secondaire dans l'espace Ohada. En effet, l'abus de droit est le résultat d'une méconnaissance de l'intérêt social qui n'est que l'appréhension d'un manque du devoir de loyauté des acteurs sociétaires, car l'exercice licite du protagoniste reste, et restera le fondement. Dès lors, il est important de ne pas qualifier obligatoirement d'abusif tout usage illicite dans le fonctionnement de la société. Certains critères doivent être respectés dans le cas d'espèce.

Lorsqu'on évoque l'abus de droit, il est fait allusion à un droit reconnu et protégé, donc un fondement légal et légitime. L'abus en question est moralement répréhensible et juridiquement illégal. Les préoccupations qui vont suivre sont les suivantes : comment l'exercice d'un droit légal peut-il décliner en abus ? Autrement dit quelle est la limite au-delà de laquelle l'exercice d'un droit, devient il entaché d'illégalité ? Ces questions trouveront leur réponse dans les manifestations de l'abus dans l'AUSCGIE.

Titre II

Les manifestations de l'abus dans l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique

130- Aucun espace du droit des sociétés n'est apparemment à l'abri de la notion d'abus. Les analyses de Monsieur le Professeur DOM le prouvent et établissent que « *l'abus de droit apparaît en gardien de la régularité des montages en droit des sociétés, et en ultime rempart contre l'imagination parfois débridée des praticiens* »⁴⁹⁰. Son assimilation paraît donc peu évidente, ce qui nous permettra une distinction d'avec les autres abus susceptibles d'avoir la même qualification dans l'AUSCGIE.

Déterminer l'abus en droit des sociétés, a pour nature de dessiner les figures de l'objectif de la recherche⁴⁹¹. Cette étape est capitale aussi bien sur le plan théorique que pratique. En effet, après avoir pu démontrer le sens de l'expression « *abus de droit* », autrement dit, apercevoir l'exactitude juridique que celle-ci tend à soumettre, nous pouvons déterminer les abus correspondants à l'AUSCGIE en empruntant plusieurs voies. De multiples références sont imputées à l'idée d'abus et les suppositions où cette notion est en relation avec l'activité d'une société constituent une cohorte⁴⁹². Toutefois, pour qu'il y ait abus, il ne suffit pas que

⁴⁹⁰ J.-P. DOM, « Les montages en droit des sociétés », Joly éd. 1998, n° 633.

⁴⁹¹ L'accent est mis sur la valeur de connaissance et d'information fournie ; il s'agit : « d'indiquer, faire apparaître quelque chose avec précision à l'aide d'une analyse, d'une mesure, d'une évaluation », in Le Grand Robert de la langue française, 2011.

⁴⁹² B. DONDERO, « Droit des sociétés », Gaz. Pal. 2012, n° 41, p. 13 ; L. NURIT PONTIER, « La loyauté en droit des sociétés », Actes pratiques et ingénierie sociétaire mars 2011, n° 116, Dossier. 3, p. 6 ; B. DONDERO, A.-F. ZATTARA-GROS, « Droit des sociétés », Gaz. Pal. 2011, n° 320, p. 15 ; R. MORTIER, « L'augmentation du capital d'une société déficitaire peut-elle être abusive ? », Dr. Sociétés 2011, n° 8, comm., 146, p. 13 ; R. SALOMON, « L'intérêt de groupe, fait justificatif de l'abus de biens sociaux », Dr. Sociétés 2010, n° 5, comm., 103, p. 40 ; P. MAISTRE Du CHAMBON, A. LEPAGE, R. SALOMON, « Droit pénal des affaires », Lexisnexis, 2^e éd., 2010 ; S. SOREL KUATE TAMEGHE, « Interrogations sur l'abus de minorité dans l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », Revue de la recherche juridique - Droit prospectif 2009, n° 2, p. 969 ; J. AMAR, S. SERRON, « L'abus de droit ou la sanction des mauvais élèves en droit des sociétés », Petites affiches 2009, n° 169, doctr., p. 6 ; A. COURET, « L'abus dans le droit des affaires, et plus spécifiquement l'abus et le droit des sociétés », Droit et Patrimoine, juin 2000, n° 83, p. 66 et s ; M.-L. LANTHIEZ, « Vers une dépénalisation du droit des sociétés », Dr. Sociétés 2008, n° 8, p. 7.

l'acte soit opposé à l'intérêt social, il faut également qu'il soit profitable directement à celui qui en est professionnellement l'auteur, ou indirectement en vue de favoriser une autre société dans laquelle il a des intérêts. Compte tenu de la sphère civile, les suppositions où les sociétés heurtent l'abus de droit se manifestent de manière abondante. Ainsi par exemple, une société peut excessivement abandonner les pourparlers, ou n'être organisée que dans un objectif illicite⁴⁹³. La quantité et la diversité des actes abusifs apparaissent logiques voire illimitées. Néanmoins, l'abus ne se rapporte à l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique que dans une cadence réduite de situations.

131- La survivance de la société commerciale considérée comme l'essence économique est aménagée par l'asservissement de ses divers organes à la conformité de l'intérêt social. La plupart des associés affichent un intérêt qui tend le plus souvent au même résultat : « *répartir de façon loyale la richesse sociale* ». Cette association d'intérêts réunit les associés et permet un bon déroulement du fonctionnement de la société. Par contre, le dispositif sociétaire se coince lorsqu'un associé ou dirigeant préfère assouvir son intérêt personnel opposé à l'intérêt commun ou à l'intérêt social. Cette situation donne naissance autrement dit, à des abus qui peuvent revêtir deux aspects dans l'espace Ohada. Ils épousent un aspect reconnu par la loi lorsqu'ils viennent affliger les relations entre associés et le dirigeant, ou entre ce dernier et la société elle-même, à savoir : l'abus de biens et de crédit sociaux (**Chapitre II**). Et ils ont une tournure jurisprudentielle lorsqu'ils viennent troubler le jeu des relations entre associés à savoir : les abus de droit de vote (**Chapitre I**).

132- Ces différentes manifestations d'abus dans l'AUSCGIE impliquent pour conséquence identique de nuire à l'intérêt social et de provoquer un préjudice aux associés. Ainsi, l'un des pouvoirs les plus importants des associés est leur participation à la vie sociale et cette participation passe par la direction de la société ou plus étroitement par le vote aux différentes Assemblées. Néanmoins, cette prérogative, comme toute autre prérogative est susceptible d'abus, l'abus étant un usage injustifié ou excessif de quelque chose ou d'un pouvoir par son détenteur. Dans une anxiété de justice avec les autres associés, le droit Ohada s'est aventuré à mettre à nu les abus effectués à l'occasion de l'exercice du droit de vote. En effet, c'est dans le cas où l'associé exerce de façon abusive son droit de vote, que l'abus enveloppe son aspect

⁴⁹³ A. MAYMONT, H. CAUSSE, « L'abus de la personnalité morale », Journal des sociétés, Avril 2011, n° 86, p. 42.

le plus original et cette situation a créé une jurisprudence avant-gardiste en France qui semble avoir touché son harmonie⁴⁹⁴.

Toutefois, l'abus ne se manifeste pas seulement lors de l'exercice d'un droit de vote. Une certaine forme d'abus survient régulièrement dans la gestion de la société. Ici, c'est exclusivement la loi qui a homologué ces abus. C'est à l'abus de droit le plus ordinaire que peuvent être rattachés les délits profitables que représente l'abus de biens et du crédit sociaux. Cette infraction est liée à chacune des définitions subjective et objective apportées par la doctrine française relative à l'abus de droit. En effet, l'intention de nuire paraît résulter de l'atteinte à l'intérêt social, tandis que l'appropriation personnelle révèle la contrariété au but de l'institution, à son esprit, à sa finalité⁴⁹⁵. Toutefois, c'est dans l'excès de leurs pouvoirs ou de leurs prérogatives de manière forte contestable par les différents organes de la société que surviennent les conflits d'intérêts⁴⁹⁶ qui représentent l'élément le plus pertinent d'identification de l'abus en droit des sociétés. En toutes circonstances, l'auteur coupable de l'abus de droit engage sa responsabilité, soit civilement, soit pénalement, en ouvrant droit à réparation au profit de la victime, soit les deux à la fois⁴⁹⁷. L'abus implique véritablement une sanction civile et pénale. Le concept d'abus sociétaire nous exhorte à nous intéresser sur ses manifestations.

⁴⁹⁴ Cass. com., 18 avril 1961, JCP G 1961, II, 12164, note D. BASTIAN.

⁴⁹⁵ Y. REINHARD, « L'abus de droit dans le contrat de société », JCP E 1998, n° 6, p. 9.

⁴⁹⁶ E. CORDELIER, « L'abus en droit des sociétés », Thèse, Toulouse I, 2002.

⁴⁹⁷ D. GIBIRILA, « L'abus en droit des sociétés : Propos introductifs », Journal des sociétés, Avril 2011, n° 86, p. 9.

Chapitre I

Les abus de droit de vote dans l'espace Ohada

133- Dans une démocratie, chacun des votants dispose de son droit de vote comme bon lui semble. C'est pourquoi, lors d'une élection, il vote compte tenu de ce qui lui paraît plus bénéfique pour lui. Son unique motif est son intérêt individuel. Aucune sanction ne demeure contre ce type d'acte. De même, quiconque ne peut et n'a l'obligation de faire voter quelqu'un dans un esprit fixé. Dans les institutions privées, la logique est identique. En effet, l'on ne peut pas contraindre un associé de penser essentiellement à l'intérêt de tous, surtout quand il existe un intérêt pécuniaire. La jurisprudence Ohada reconnaît la liberté de vote des associés, mais désapprouve les attitudes abusives. Il apparaît donc indispensable d'accommoder ses propres intérêts avec ceux de la société. Voter est donc bien un droit, mais il n'est pas aussi absolu qu'il puisse paraître.

134- Le droit de vote est l'un des droits les plus puissants de l'associé⁴⁹⁸. Il s'interprète par le droit de chaque associé de prendre part aux Assemblées générales et de coopérer au vote des décisions qui y sont attachées, et ainsi de concourir à son apport à la prise de décisions sociales. La Cour de cassation a eu l'occasion de le réaffirmer en se basant sur l'article 1844 du Code civil, « *tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter et les statuts ne peuvent déroger à ces dispositions que dans les cas prévus par la loi* »⁴⁹⁹.

Théoriquement, le droit de vote de chacun des associés est au prorata de sa contribution dans le capital social. Il s'agit du principe général : « *une action sociale ou une part sociale = une*

⁴⁹⁸ V. en ce sens, P. LEDOUX, « Le droit de vote des actionnaires », préf. P. MERLE, LGDJ, 2002.

⁴⁹⁹ Cass. com., 5 mai 2009, n° 08-17.831, Bull. civ. IV, n° 65, D. 2009, p. 1349, obs. A. LIENHARD, Dr. sociétés 2009, comm. 138, note D. GALLOIS-COCHET, JCP E 2009, 1767, chron., n° 6, obs. F. DEBOISSY, G. WICKER, Rev. sociétés 2009, p. 613, note P. Le CANNU, RTD com. 2010, p. 153, obs. B. DONDERO ; Dans le même sens, Cass. com., 23 oct. 2007, n° 06-16.537, Bull. civ. IV, n° 225, JCP E 2008, I, 1280, chr. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER, LPA 22 janv. 2008, p. 12, note A. ALBORTCHIRE, RLDA 2007/21, p. 2, obs. J. MESTRE, RTD com. 2008, p. 566, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ; Cass. com., 9 févr. 1999, n° 96-17.661, Bull. civ. IV, n° 44, p. 36, Bull. Joly 1999, p. 566, n° 122, note J.-J. DAIGRE, Defrénois 1999, p. 625, note H. HOVASSE, D. 2000, somm., p. 231, obs. J.-C. HALLOUIN, Dr. sociétés 1999, n° 5, chr., p. 5, note T. BONNEAU.

voix établie » par les articles 54⁵⁰⁰ et 129⁵⁰¹ de l'AUSCGIE. Néanmoins, si ces dispositions accordent que ce principe peut percevoir un assouplissement, il est bien entendu que cette restriction concerne explicitement les actions des sociétés anonymes comme il est prévu à l'article 543 de l'AUSCGIE⁵⁰². Les parts sociales des autres types de société commerciale ne sont pas influencées par ce resserrement. On remarquera par ailleurs, qu'en cas de restriction du droit de vote par les statuts, cette dernière doit être mentionnée inévitablement dans l'avis réglementaire de la constitution ou encore dans la déclaration introduisant un changement dans les statuts pendant la vie sociale. Toutefois, le législateur Ohada en emboîtant le pas à ses homologues étrangers, consacre avec l'article 755 de l'AUSCGIE la validité de l'action de priorité qui jouit d'avantages par rapport à toutes les autres actions. En effet, aux termes des dispositions dudit article : « ...lors, de la constitution de la société ou au cours de son existence, il peut être créé des actions de priorité jouissant d'avantages par rapport à toutes les autres actions. Ces avantages peuvent notamment être une part supérieure dans les bénéfices ou le boni de liquidation, un droit de priorité dans les bénéfices, des dividendes cumulatifs ». L'on a considéré pendant longtemps que la possibilité d'émettre des actions privilégiées heurtait le principe fondamental en droit des sociétés de l'« égalité entre actionnaires »⁵⁰³. S'il ressort de ces dispositions que l'action de priorité bénéficie de préférences diverses, toute la problématique demeure celle des règles qui doivent alors gouverner son organisation⁵⁰⁴

135- Le droit de l'Ohada a ceci d'original qu'il dispose d'aménagements spécifiques en ce qui concerne les abus de droit de vote des associés⁵⁰⁵. L'Acte uniforme n'a pas opté pour une construction jurisprudentielle établie sur la théorie de l'abus de droit. Il a immédiatement installé les principes d'un régime juridique de l'abus de droit de vote. L'abus de droit de vote est l'adaptation dans l'Acte uniforme du concept civiliste de l'abus de droit⁵⁰⁶, son application doit ainsi demeurer remarquable, car il n'y a pas faute à user de son droit par anticipation.

⁵⁰⁰ Art. 54 de l'AUSCGIE.

⁵⁰¹ Art. 129 de l'AUSCGIE.

⁵⁰² Art 543 de l'AUSCGIE.

⁵⁰³ P. BISSARA, P. DIDIER, P. MISSEREY, « L'égalité entre actionnaires : mythe ou réalité ? », Cah. Dr. Entr., n° 5, 1994, p. 18 s.

⁵⁰⁴ V. en ce sens T. GRANIER, « L'action de priorité », Jurisclasseur sociétés traités, Fasc. 1805.

⁵⁰⁵ Sur le régime de l'abus de droit de vote, voir F. ANOUKAHA, A. CISSE, N. DIOUF, J. NGUEBOU TOUKAM, P.-G. POUGOUE, « Ohada, Sociétés commerciales et du Groupement d'intérêt Economique Ohada », Bruylant, coll. Droit uniforme africain, Bruxelles, 2002, n° 122.

⁵⁰⁶ G. RIPERT « Abus ou relativité du droit » ; Revue critique de législation et de jurisprudence 1929, p. 33, « On peut user de son droit, mais non en abuser dans le seul dessein de nuire à autrui ou en le détroussant de sa fonction ».

L'abus n'est déterminé qu'en cas de déviation de pouvoir, si la décision ne va de soi que par un intérêt égoïste opposé à l'intérêt social.

136- Dans une société, il existe des différences d'opinions entre majoritaires et minoritaires sur les manœuvres à effectuer et les résolutions à adopter. Le dirigeant accueille les décisions convenables à la majorité, et la minorité une fois la décision saisie, ne peut qu'adhérer dans cette lignée. Il n'y a pas de vérité à proprement dit, elles se protègent toutes. C'est la loi de la majorité qui décide. Les minoritaires ont cependant un bouclier, ils peuvent par ailleurs suspendre les décisions dans certains cas⁵⁰⁷. Le pouvoir reconnu à l'associé ne signifie pas toutefois qu'il doit l'exercer en toute liberté. Le vote peut être exercé pleinement, mais à condition qu'il évite, lors de l'exercice de ce droit, de commettre un abus⁵⁰⁸. L'abus de droit de vote dans l'Acte uniforme est représenté par l'abus de majorité (**Section 1**) et l'abus de minorité (**Section 2**).

⁵⁰⁷ V. partie « Abus de minorité ou d'égalité » de la présente thèse.

⁵⁰⁸ Y. REINHARD, « L'abus de droit dans le contrat de société », JCP E 1998, n° 6, p. 8.

L'abus de majorité

137- Il est de moins en moins contester que tout individu qui va au-delà des frontières de son droit ou accomplit une faute dans l'exercice de celui-ci, particulièrement parce qu'il l'utilise pour nuire à autrui, engage sa responsabilité. A l'exemple de la remarque du Doyen RIPERT, « *la théorie de l'abus de droit a peu à peu donnée lieu à situation dans le savoir juridique, qui le fait dévoilé, s'est à foison accru de jour en jour* »⁵⁰⁹.

§ 1. LA NOTION D'ABUS DE MAJORITE

138- « *Comme dans une démocratie, les décisions se prennent à la majorité, devant laquelle la minorité doit s'incliner ; c'est un gage d'efficacité par rapport au droit commun des contrats ou de l'indivision, lequel ne connaît que la règle de l'unanimité* »⁵¹⁰. L'abus de majorité tire généralement sa genèse dans un conflit d'intérêts entre associés. Le législateur Ohada comme son homologue français, n'a pas prévu ni réglé non plus toutes les hypothèses de conflits d'intérêts entre associés. L'abus de majorité a pour finalité de sanctionner tout comportement abusif rattaché à l'exercice du droit de vote par la majorité⁵¹¹.

A. Construction de l'abus de majorité

139- La société est un lieu de pouvoir dont la conscience nécessite la connaissance de ses limites. La définition de l'abus de majorité dans l'AUSCGIE est immuable et conciliante,

⁵⁰⁹ G. RIPERT, « La règle morale dans les obligations civiles », LGDJ, Paris, 1998, n° 89, p. 157.

⁵¹⁰ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, « Droit des sociétés », Lexisnexis, 25^e éd., 2012, n°401, p.233.

⁵¹¹ A.-M. CARTRON, B. MARTOR, « L'associé minoritaire dans les sociétés régies par le droit Ohada », Cah. Dr. De l'entreprise, 2010, n° 1, Dossier, 2, p. 21 ; A. COURET, « A propos de l'ouvrage de Dominique Schmidt : les conflits d'intérêts dans les sociétés anonymes », Bull. Joly sociétés 2004, n° 5, p. 613 ; G. KENGNE, « Le rôle du juge en matière d'abus de droit de vote », PA, 12 juin 2000, n°116, p.10 ; De J.-M. BERMOND De VAULX, « Abus et abandon de majorité », Dr. soc. 1993.

toutefois trop calme et parfois trompeuse. En effet, conflit, abus, immixtion se retrouvent sous la jurisprudence en la matière. Pour mieux comprendre son élaboration, il convient de mettre en exergue le principe de majorité et sa relation avec la théorie de l'abus de droit.

1. Le principe de majorité

La majorité se révèle être la méthode la plus appropriée de prise de décisions comme le démontre la démocratie. En conséquence, les associés joueraient ce rôle du peuple souverain qui choisirait ses intermédiaires au gouvernement de la société. Toutefois, on aurait tendance à voir la démocratie représentée comme la dictature de la majorité. L'idéologie que l'on observe comme moyen de pouvoir dans certains types de gouvernement s'appelant démocratie, constitue une pensée, une vocation s'appliquant au groupe. Cette philosophie apparaît parfois comme une image tout à fait partielle qui peut se révéler maladroite. Néanmoins, ce qui la constitue, c'est la recherche constante de la majorité, et par là-même, elle s'impose. En effet, il s'agit en quelque sorte d'une tyrannie de la majorité.

La société fonctionne selon le principe majoritaire⁵¹² et l'Acte uniforme l'accepte et le fait savoir en son article 454⁵¹³. Ce dispositif permet d'affermir une compétence dans le fonctionnement social et écarte l'idée qu'un associé disposant de peu de titres, puisse ankyloser une décision voulue par le quasi assentiment des autres associés. La majorité apparaît ainsi comme une figure de dispositif de sérénité sociale élaborée comme un instrument d'anticipation des crises, l'ensemble des principes qui régissent les conditions afférentes, étant accepté d'avance par tous les associés.

140- Principe de majorité et société anonyme de l'Ohada.- Si l'Acte Uniforme maintient le principe du gouvernement majoritaire dans les sociétés anonymes, estimant que cette règle est indispensable pour assurer le bon fonctionnement et la stabilité de la direction des sociétés commerciales, cette « *loi de la majorité* » a fait cependant l'objet de différents aménagements, en ce qui concerne notamment la situation des actionnaires minoritaires. En effet, le concept de majorité dans les sociétés anonymes peut être entendu de manière différente selon que l'on

⁵¹² R. NJEUFACK TEMGWA, « La règle de la majorité dans les sociétés commerciales Ohada », Rev. de droit africain, Bruxelles, 2006, n° 37, p. 5 ; C. RUELLAN, « La loi de la majorité dans les sociétés commerciales », Thèse Paris II, 1997.

⁵¹³ Art. 454 de l'AUSCGIE.

prend pour exemple le Conseil d'administration ou l'Assemblée générale. En effet, dans les Assemblées Générales, le quorum est fixé par l'article 549 de l'AUSCGIE, lequel dispose que : « *l'assemblée générale ordinaire ne délibère valablement, sur première convocation, que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins le quart des actions ayant le droit de vote. Sur deuxième convocation, aucun quorum n'est requis* ». La majorité s'établit donc selon les voix exprimées étant spécifié que les abstentions et les votes blancs ne sont pas pris en compte pour déterminer si cette majorité est atteinte ou non. Au sein du Conseil d'administration, les délibérations ne sont recevables que si la moitié au moins de ses membres sont présents, toute clause contraire est réputée non écrite.

141- Principe de majorité et société unipersonnelle.- Dans l'espace Ohada, un grand nombre de sociétés sont en fait des sociétés unipersonnelles⁵¹⁴ où un associé occupe un statut fortement prédominant et où d'autres acceptent de faire le nombre. Dans cette supposition, le principe de majorité, loin d'être l'expression d'un sentiment général, constitue désormais l'expression d'une seule volonté, d'une puissance qui est celle du capital et dont le titulaire poursuit que des fins égoïstes : « *la recherche du plus important bénéfice* »⁵¹⁵. Le droit de la majorité a pour nature en général, de signifier la résolution sociale en vue de l'accomplissement de l'objectif social dans l'intérêt commun des associés. La règle majoritaire provoque l'apparition de forts. Effectivement, le droit de vote est soumis non pas à la personne, mais aux titres, et un même individu peut disposer de plus d'une voix. Ce qui implique de facto la réunion entre les mains d'un seul, d'une quantité considérable d'actions.

142- Principe de majorité et groupe de sociétés.- La concentration des structures économiques conduit toujours et assurément à créer une unité de décision, dominant les entreprises rattachées à l'opération. Cette situation de groupe accroît l'inégalité du fait que la subordination des sociétés contrôlées emporte nécessairement un déplacement de l'intérêt du groupe⁵¹⁶. Il en découle que les sociétés objet de l'accord gardent leur individualité juridique mais ne sont plus en possession de leur indépendance économique au bénéfice d'une autorité dominante. En effet, celle-ci dirige le groupe en fonction de l'intérêt de celui-ci sans considérer l'intérêt particulier de telle société membre. Il est inévitable que la politique menée

⁵¹⁴ F. THIERO, « La société unipersonnelle dans le droit des sociétés de l'Ohada, une œuvre à parfaire », Ohadata, D-07-18, p. 34.

⁵¹⁵ G. RIPERT, « Aspects juridiques du capitalisme moderne », LGDJ, 2^e éd., Paris, 1951, p. 279.

⁵¹⁶ D. SCHMIDT, « Les droits de la minorité dans la société anonyme », Sirey, 1970, p. 154.

par la société soit décidée par l'intérêt supérieur de cette autorité et non en fonction de celui de ses actionnaires.

2. La transposition de la théorie civiliste de l'abus de droit dans l'AUSCGIE

143- Dans la législation française, l'architecture des abus de droit de vote a pu se constituer à travers la théorie de l'abus de droit. La jurisprudence française a transposé en droit des sociétés la théorie civiliste de l'abus de droit⁵¹⁷. Ainsi, d'après la théorie individualiste des droits prônée par PLANIOL, l'associé a le droit de voter dans le but d'exaucer ses intérêts personnels, quelles que soient les répercussions sur la société et les autres associés. En nous conformant à la définition de SALEILLES relative à l'abus de droit : « *acte dont l'effet ne peut être que de nuire à autrui, sans intérêt appréciable et légitime pour celui qui l'accomplit* »⁵¹⁸, l'abus admet comme hypothèse une intention de nuire.

144- Transposé dans l'AUSCGIE, l'abus de majorité prétexterait donc une intention de nuire à la minorité, même si ce n'est pas toujours souvent le cas notamment lorsqu'une augmentation de capital s'avère nécessaire⁵¹⁹. Cela rejoint la conception stricte retenue par RIPERT qui fait état du caractère de l'abus comme résultant uniquement dans l'intention de nuire dans l'exercice d'un droit. Cependant l'on peut également relever dans cette transposition la conception finaliste de JOSSERAND relative au détournement de la finalité du droit. En effet, tout droit possède une certaine finalité et son titulaire est coupable d'abus de droit lorsqu'il détourne son droit de la finalité qui lui est assignée. JOSSERAND affirme que le droit de vote serait en tant qu'organe de formation de la volonté d'ensemble, un droit social, c'est-à-dire un « *droit- fonction* ». Dans la même lancée, un autre auteur rejoindra sa conception en accreditant que : « *le droit de vote ne doit et ne peut servir qu'à exposer l'opinion du votant sur ce qu'il croit être la meilleure détermination à prendre dans un intérêt donné(...) l'intérêt dans lequel est accordé le vote n'est jamais l'intérêt exclusif personnel du*

⁵¹⁷ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, « Droit des sociétés », Lexisnexis, 25^e éd., 2012, n° 402, p. 233.

⁵¹⁸ R. SALEILLES, « Rapport présenté à la première sous commission de la commission de révision du Code civil », Bulletin de la société d'études législatives, 1905, t. IV, p. 322.

⁵¹⁹ D. GIBIRILA, « Le refus d'un actionnaire minoritaire de voter une augmentation de capital », Rev. Lamy Droit des affaires, 2007, n° 17.

votant »⁵²⁰. Suivant ce schéma, une décision commune s'avère indiscutable puisqu'elle est légitime dans la forme⁵²¹. Cette conception est largement plus explicative que la première et également retenue en cas d'abus de minorité⁵²². Par contre, le Doyen ROUAST, quant à lui, suggère de rapprocher le droit de vote à un « *droit mixte* »⁵²³ ; En effet, pour lui voter enveloppe simultanément le critère d'un droit accordé à l'associé dans l'intention d'encourager les intérêts de sa préférence, et le critère d'une fonction donnée à l'associé dans un objectif précis. Une caractérisation assez précise et in extenso a été formulée par un arrêt de principe du 18 avril 1961⁵²⁴ qui a pour ainsi dire accroché la jurisprudence. Cet arrêt définit l'abus de majorité comme « *toute résolution prise par l'assemblée générale qui implique une rupture de l'égalité entre les actionnaires et qui est prise contrairement à l'intérêt général de la société, dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment des membres de la minorité, est abusive* ». Cette définition est approuvée par la majorité de la doctrine aussi bien française qu'Ohada et a été reprise par la plupart des arrêts ultérieurement rendus⁵²⁵.

B. Evolution de la notion d'abus de majorité

145- L'associé est un contractant comme les autres, que l'*affectio societatis* ou le *jus fraternitatis*, pour évocateurs qu'ils soient parfois devenus, invitent à une cohésion peut-être même renforcée. Ainsi la cohésion n'est pas qu'affaire de dirigeants mais aussi d'associés. À l'heure justement, à côté du devoir de loyauté des dirigeants, le devoir de loyauté des associés se profile déjà nettement et, en constitue déjà une traduction, à tout le moins un signe avant-coureur. Présenter l'abus de majorité comme un acte déloyal suggère que les associés majoritaires sont tenus d'un devoir de loyauté au profit des minoritaires⁵²⁶.

⁵²⁰ R. DAVID, « La protection des minorités dans les sociétés par actions », thèse, Paris, 1928, n° 48. ; J. DABIN, « Le droit subjectif », Dalloz, Paris, 1952, p. 224 ; F. MASQUELIER, « Le vote en droit privé », Thèse dact., Nice Sophia-Antipolis, 1999.

⁵²¹ P. LEDOUX, « Le droit de vote des actionnaires », LGDJ, 2002, p. 446.

⁵²² Y. REINHARD, « L'abus dans le contrat de société », Cahiers de droit de l'entreprise 1998, n° 6, p. 8.

⁵²³ A. ROUAST, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », RTD. civ. 1944, spéc. n°11, p. 7.

⁵²⁴ Com., 18 avril 1961, Bull. civ. III, n° 175, JCP G 1961, II, 12164, note B. DONDERO., RTD com. 1961, p. 634, obs. R. HOUIN., N. LESOURD.

⁵²⁵ Cass. com., 11 oct. 1967, D. 1968, p. 136 ; Cass. com., 25 févr. 1974, n 73-10.103 ; Bull. civ. IV, n 69 ; Cass. com., 30 mai 1980, n 78-13.836, Bull. civ. IV, n 223, Rev. sociétés 1981, p. 311, note D. SCHMIDT ; Cass. com., 24 janv. 1995, n 93-13.273, Bull. civ. IV, n 27, RJDA 1995, n 439.

⁵²⁶ T. FAVARIO, « L'abus de majorité », in « L'abus en droit des sociétés », Journal des sociétés, 2011, n° 86, p. 24.

1. La réduction de la caractérisation de l'abus de majorité ?

146- Depuis 1961, la Cour de cassation considère que l'abus de majorité est constitué par la réunion de deux critères distincts : « *la décision est contraire à l'intérêt social* » et elle est prise dans « *l'unique dessein d'avantager les majoritaires au détriment des minoritaires* ». Pour Monsieur le Professeur SCHMIDT, cette définition ne convainc pas même si d'aucuns s'accommodent de l'intervention du juge dans la détermination de l'intérêt social, personne ne saurait soutenir sérieusement qu'une décision prise dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de la minorité puisse être conforme à l'intérêt de la société⁵²⁷. Il s'agit d'un débat qui porte sur un élément particulier à savoir : « *l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment des membres de la minorité* ».

Ce dernier critique vivement l'exigence de la contrariété à l'intérêt social : « *Il suffirait, pour caractériser l'abus, de retenir que la majorité a décidé dans l'unique dessein de favoriser ses membres au détriment de la minorité. Ajouter l'atteinte à l'intérêt social apparaît inopportun, inutile et parfois impraticable. Inopportun car cela laisse croire aux plaideurs qu'ils sont en droit de déférer la politique sociale au contrôle des tribunaux qui deviendraient en quelque sorte les arbitres entre majoritaires et minoritaires, voire les juges en appel des décisions collectives ; voilà qui affaiblirait sensiblement le pouvoir majoritaire. L'adjonction est aussi inutile puisque, en droit, cette atteinte à l'intérêt social est déjà caractérisée par l'usage du pouvoir majoritaire à des fins partisans, et qu'en fait, la jurisprudence publiée n'offre aucune illustration positive d'une situation dans laquelle l'intérêt social serait satisfait par une décision prise dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité* »⁵²⁸.

Il avait été suggéré à cette occasion, une révision de la définition prétorienne de l'abus de majorité qui devrait dans la pratique rejoindre celle de l'abus de minorité. En effet, deux arrêts récents de la Cour de cassation semblent néanmoins entrouvrir la voie. La première chambre civile⁵²⁹ approuve les juges du fond d'avoir relevé que les décisions majoritaires ont été prises « *dans l'unique dessein de favoriser* » les deux majoritaires au préjudice du minoritaire et d'avoir ainsi « *caractérisé l'atteinte à l'intérêt collectif* ». Un autre arrêt de la Chambre

⁵²⁷ D. SCHMIDT, note sous Com., 20 mars 2007, Bull. Joly 2007, p. 745.

⁵²⁸ D. SCHMIDT, « Les conflits d'intérêt dans les sociétés anonymes », Joly éd., version nouvelle, 2004, 324.

⁵²⁹ Cass. 1^{re} civ., 4 févr. 2006, JCP E 2006, n° 2441, p. 1694, note F.-X. LUCAS ; Dr. sociétés, 2006, comm. n° 119, obs. H. LECUYER.

commerciale⁵³⁰ approuve les juges du fond d'avoir qualifié d'abusives les opérations de réduction et d'augmentation de capital « *qui n'avaient pas eu pour seul objectif de satisfaire à l'obligation légale de recapitalisation de la société* » mais « *avaient aussi permis [aux majoritaires] de ne pas honorer leurs engagements* » envers le minoritaire : en d'autres termes, l'absence de contrariété à l'intérêt social n'empêche pas la constatation de l'abus.

En effet, deux observations se présentent ici : primo, l'abus de majorité va à l'encontre des associés minoritaires, secundo la contrariété de la décision à l'intérêt social devient superflu en ce sens que le cumul des deux critères réunit deux formes de considérations de nature différente : une chose est de s'assurer du respect de l'égalité de traitement entre associés, une autre est de contrôler les conditions de la gestion sociale⁵³¹. En résumé, il s'agirait d'un recentrage sur la source unique de ces deux abus qu'est le conflit d'intérêts. Toutefois, ce débat a donné lieu à des apports doctrinaux incisifs mais jamais décisifs sur l'état du droit positif. Qu'en est-il du droit Ohada ?

2. Le droit Ohada aménage ses textes en codifiant l'abus de majorité

147- Les convulsions au sein de la société ne se limitent pas aux interrogations de bonne gestion des dirigeants sociaux. Elles sont souvent rattachées aux décisions prises en assemblées générales. Toutefois, lorsque les partenaires sociaux ne réussissent pas à se mettre d'accord sur la protection de l'intérêt social et que les associés majoritaires essaient d'imposer leur choix de politique sociale, il est indispensable de pouvoir se retourner vers l'autorité judiciaire.

Conscient de cet enjeu, le droit Ohada a fait preuve de modernité en codifiant deux grands fondements protecteurs de l'intérêt social, à savoir l'abus de majorité mais également celui de minorité. L'article 130 de l'AUSCGIE sanctionne l'abus de majorité, qu'il caractérise expressément : « *il y a abus de majorité lorsque les associés majoritaires ont voté une décision dans leurs seul intérêt, contrairement aux intérêts des associés minoritaires, et que*

⁵³⁰ Cass. com., 28 févr. 2006, n° 04-17566, inédit.

⁵³¹ T. FAVARIO, « L'abus de majorité », in Dossier l'abus en droit des sociétés », Journal des sociétés, 2011, n° 86, p. 25

cette décision ne puisse être justifiée par l'intérêt de la société ». L'Ohada apporte une nouveauté essentielle en donnant une définition légale de l'abus de majorité.

148- La définition de l'article 130 de l'AUSCGIE caractérise l'abus de majorité par le recours à deux critères cumulatifs de la façon suivante : « *il faut que les associés majoritaires aient voté une décision qui soit d'abord contraire aux intérêts des minoritaires* », mais ensuite « *contraire à l'intérêt de la société* ». Cette exigence de vérifier la contradiction entre ces différents intérêts peut rendre l'abus de majorité difficile à déterminer. En cas de litige porté devant le juge, celui-ci devra déterminer l'intérêt de la société pour définir un éventuel abus de majorité. Toutefois, l'alinéa 2 de l'article 4 dispose que « *la société commerciale doit être créée dans l'intérêt commun des associés* ». Cette définition ne nous paraît pas suffire à déterminer l'intérêt de la société qui nous paraît plus large et moins immédiate comme nous avons pu le démontrer plus haut. Cependant, cette latitude du juge pour déterminer l'intérêt social qui résulte de l'absence de définition dans l'AUSCGIE est plutôt intéressante. Elle devrait permettre au juge de la zone Ohada⁵³² d'apporter sa contribution à la définition de l'abus de majorité, dans un cadre précis qui aura été fixé par l'AUSCGIE. Toutefois, si l'on admet que le vote est un pouvoir mis à la disposition de l'actionnaire et qu'il ne peut constituer une entrave au fonctionnement de la société, on est en droit d'affirmer que le législateur africain s'est prononcé en faveur d'une solution de synthèse⁵³³.

§ 2. LES CRITERES DE L'ABUS DE MAJORITE AU REGARD DE L'ARTICLE 130 DE L'AUSCGIE

149- L'AUSCGIE a directement précisé les contours de ce concept en mentionnant de manière explicite à l'alinéa 2 de son article 130. A travers cette définition, il y a une réelle volonté de favoriser les membres de la majorité au détriment de la minorité. Tout d'abord, un non-respect de l'intérêt social doublé d'une rupture de l'égalité de telle sorte que la combinaison de ces deux facteurs peut être qualifiée d'abus. Ce dénouement a

⁵³² Il appartient dès lors au juge de sanctionner l'associé majoritaire pour la prise d'une décision considérée comme abusive et donc nuisible à l'intérêt social. À cet égard, les jurisprudences des cours nationales des États membres sont encore très rares et la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) ne s'est pas, à notre connaissance, manifestée de façon régulière.

⁵³³ A. FAYE, « L'égalité entre associés », Ohadata, D-04-10, p. 10.

vigoureusement affaibli la norme égalitaire, en lui aliénant son autonomie et en l'adjoignant à un concept à substance confuse.

Une décision n'est pas abusive du seul fait qu'elle soit inconvenante aux associés minoritaires. Il ressort de la définition adoptée par l'AUSCGIE, que la caractérisation de l'abus de majorité suppose la preuve de la contrariété de la résolution contestée à l'intérêt général de la société⁵³⁴.

L'alinéa 2 de l'article 130 de l'AUSCGIE fixe donc deux indices cumulatifs pour reconnaître l'abus de majorité. En effet, il est caractérisé lorsqu'une décision prise par le ou les associés majoritaires lors d'une Assemblée générale ordinaire, extraordinaire ou encore au cours d'un Conseil d'administration, se montre simultanément contraire à l'intérêt de la société, et comme ayant été adoptée dans la seule intention de servir la majorité au détriment des associés minoritaires. Autrement dit, le schéma caractéristique va s'opérer dans la contrariété à l'intérêt social doublé de la rupture d'égalité.

A. Condition préalable : l'intérêt général de la société

150- La Cour de cassation l'arrêt du 18 avril 1961, comme le législateur Ohada, ne parle guère de l'atteinte à l'intérêt social, mais de l'atteinte à « *l'intérêt général* », pour le premier et à « *l'intérêt de la société* », pour le second. Pour certains auteurs, ces expressions doivent être tenues pour synonymes⁵³⁵. L'article 130 de l'AUSCGIE illustre parfaitement cet intérêt général de la société puisqu'il le conditionne à une atteinte à l'intérêt social (2) qui n'est que le résultat de la recherche d'un intérêt personnel lors du vote (1).

1. La quête d'un intérêt personnel lors du vote

151- Le vote devient abusif lorsque les associés majoritaires l'ont exercé dans leur seul intérêt, par opposition aux intérêts de la minorité. Les termes « *leur seul intérêt* »,

⁵³⁴ Ce fondement est pris de la spécification faite par la Cour de cassation en 1961 sur la définition de l'abus de majorité.

⁵³⁵ Cass. com., 15 juil. 1992, n° 90-21.161, Bull. Joly Sociétés 1992, p. 1096, note A. COURET.

« *contrairement aux intérêts des associés minoritaires* » sont très suggestifs. Tout ceci caractérise l'intérêt personnel. Rien n'interdit au regard des dispositions, de voir dans l'intérêt personnel recherché par la majorité, un intérêt égoïste, ce qui rejoindrait le terme « *dessein* » tel qu'employé par la législation française et qui renvoie à la volonté, l'intention, ou en tout cas à l'intention malicieuse⁵³⁶. L'intérêt commun provenant de la relation contractuelle qu'est la société n'étant plus respecté, alors qu'il est justifié que c'est lui qui postule l'égalité des associés⁵³⁷, on est en droit de penser qu'il y a effectivement poursuite d'un intérêt personnel.

2. L'atteinte à l'intérêt social

152- La phraséologie usitée dans la définition de l'AUSCGIE est significative. En effet, « *que cette décision ne puisse pas être justifiée par l'intérêt de la société* », cette terminologie légitime le droit de critique des associés minoritaires, elle montre également que l'intérêt de la société personne morale diffère de celui des associés majoritaires. L'abus de majorité tire son origine dans les conflits d'intérêts entre associés, tel est le cas lors de la répartition ou de la mise en réserve de bénéfices⁵³⁸. En effet, les associés minoritaires désirent généralement recevoir immédiatement les dividendes de leur financement, alors que les majoritaires aspirent à mettre en réserve le profit social afin d'assurer l'accroissement et la pérennité de la société⁵³⁹. L'expression conflit d'intérêts vise toute situation dans laquelle un actionnaire choisit d'exercer ses droits et pouvoirs en violation de l'intérêt commun, soit pour satisfaire un intérêt personnel extérieur à la société, soit pour s'octroyer dans la société un avantage au préjudice des autres actionnaires⁵⁴⁰. Il en est ainsi également en cas d'opérations portant sur le capital social telles un coup d'accordéon⁵⁴¹.ou une augmentation de capital⁵⁴².

⁵³⁶ Y. REINHARD, « L'abus de droit dans le contrat de société », JCP E, 1998, n°6, p. 10.

⁵³⁷ A. PIROVANO, « La boussole de la société, intérêt social, intérêt commun, intérêt de l'entreprise ? », citant D. SCHMIDT et M. GERMAIN, D. 1977, p. 194.

⁵³⁸ Cass. com., 17 juin 2008, n° 06-15.545, Bull. civ. IV, n° 125, Bull. Joly Sociétés 2008, p. 965, note F.-X. LUCAS, Rev. sociétés 2008, p. 826, note J.-F. BARBIERI, Dr. sociétés 2008, comm. 176, note R. MORTIER, D. 2008, p. 1818, obs. A. LIENHARD, JCP E 2008, II, n° 1980; Cass. com., 17 mars 2009, n° 08-11.268, Bull. Joly Sociétés 2009, p. 847, note B. SAINTOURENS, RTD com. 2009, p. 383, obs. Le CANNU et B. DONDERO, JCP E 2009, n° 1489.

⁵³⁹ Cass. com. 17 juin 2008, Bull. civ. IV, n° 125, Bull. Joly Sociétés 2008, p. 965, note F.-X. LUCAS, Dr. sociétés 2008, comm. 176, note R. MORTIER, JCP G 2008, no 10169, note Ch. LEBEL, Rev. sociétés 2008, p. 826, note J.-F. BARBIERI, RTD com. 2008, p. 588, obs. M.-H MONSERIE-BON.

⁵⁴⁰ A.-M. CARTRON, B. MARTOR, « L'associé minoritaire dans les sociétés régies par le droit Ohada », Cah. Dr. de l'entreprise, 2010, n° 1, dossier, 2, p. 22 ; F. BASDEVANT, « Le recours à un expert indépendant en cas de conflits d'intérêts », RDBF, 2006, n° 3, p. 101 ; D. SCHMIDT, « Les conflits d'intérêts dans la société anonyme », Joly édition, Version nouvelle, 2004, n. 19.

⁵⁴¹ CA Bordeaux, 30 mars 2010, n° 08-01.381 ; Cass. com., 18 juin 2002, Bull. IV 2002, n° 108, p. 116, JCP E 2002, II, 10180, p. 2082, note H. HOVASSE ; Cass. com., 28 févr. 2006, n° 04-17566, Dr. sociétés 2006, comm., 75, H. HOVASSE.

Pour régler ce désaccord, l'article 130 de l'AUSCGIE oblige de tenir compte de l'intérêt social. Pour que l'exercice du droit de vote soit abusif, il faut que la majorité ait agi dans son intérêt propre, de manière intentionnelle, et que l'avantage résultant de l'attitude prise soit manifestement disproportionnée par rapport à l'inconvénient ou au préjudice qu'il cause. Une délibération contraire à l'intérêt de la société constitue un acte de mauvaise gestion adopté par la majorité des associés et dont les effets se répercutent sur tous de manière imprécise. Néanmoins à cette condition, il faut lui rattacher une autre distinctive.

B. Condition distinctive : une décision votée au détriment des intérêts des associés minoritaires

153- La décision contestable de l'usage de la majorité réside « *dans la décision votée dans le seul intérêt des majoritaires au détriment des associés minoritaires* ». Il s'agit ici de l'existence de la règle de l'égalité entre les associés⁵⁴³. L'intérêt commun des associés comme précisé dans la définition de l'article 4 de l'AUSCGIE relative à la société, s'avère être une règle dont la portée est limitée. Ce principe indique normalement que chaque décision prise par l'assemblée des associés doit rejaillir sur chacun, eut égard à son implication dans la société. Du fait de la contrainte relative au contrat de société que représente l'*affectio societatis*, il apparaît que le contrat de société soit le domaine d'élection de l'égalité entre cocontractants⁵⁴⁴ (1) et la rupture de cette égalité (2) est constitutive d'abus.

1. L'égalité « *affaiblie* »

154- L'égalité a un contenu particulier. A la lecture de l'AUSCGIE, il ressort que la notion d'égalité n'est employée de manière expresse qu'à propos de réduction de capital social⁵⁴⁵ ou

⁵⁴² Cass. com., 15 juin 2010, n° 09-10.961.

⁵⁴³ B. DONDERO, « La valorisation des droits sociaux est une chose trop sérieuse pour la confier aux associés », JCP E 2013, n° 1, 1000 ; B. DONDERO, « Evolution dans la théorie de l'abus de majorité ? », JCP E 2011, n° 19, 1367.

⁵⁴⁴ Cass. com., 18 juin 2002, n° 99-11.999, Bull. civ. IV, n° 108, Bull. Joly Sociétés 2002, p. 1221, note S. Sylvestre; J.-M. MOULIN, « Le principe d'égalité dans la société anonyme », Thèse Paris V, 1999 ; M. PERRIN-NEUNREUTHER, « Permanence et renouvellement du principe d'égalité entre actionnaires. Vers des principes d'égalité ? », Thèse Aix en Provence, 1994.

⁵⁴⁵ Art. 628 de l'AUSCGIE pour les SA et art. 366 de l'AUSCGIE pour les SARL

de mission du commissaire aux comptes dans la SA⁵⁴⁶. Dans d'autres textes, le terme « *égalité* » est substitué à celui de « *proportionnalité* »⁵⁴⁷. La remarque d'entrée qui peut être faite est que le droit des sociétés Ohada a une manière particulière d'envisager l'égalité. L'on doit d'abord rappeler que l'égalité est un fondement principal du droit des sociétés, le conseil constitutionnel français lui a d'ailleurs reconnu une valeur constitutionnelle⁵⁴⁸. Toutefois, ce principe ne signifie pas que les associés disposent du même poids dans le fonctionnement de la personne morale⁵⁴⁹, excepté dans les sociétés de coopératives où les coopérateurs disposent chacun « *d'une seule voix quelle que soit l'importance de sa participation au capital de la société coopérative* »⁵⁵⁰. Les associés peuvent donc décider du contenu qu'ils vont donner à la règle de l'égalité. Bien entendu, une telle option trouve son fondement dans l'intérêt commun ou dans les prérogatives consenties aux associés, et qui sont liées à leur participation dans la société.

155- L'entrée en société exige de la part de l'associé le versement d'un apport⁵⁵¹ et l'article 4 de l'AUSCGIE le fait savoir. Admettre une solution contraire, c'est oublier que la société est basée sur la mise en commun des apports quelle que soit leur importance. En retour, quelle que soit sa mise, l'associé reçoit des titres sociaux. Par ailleurs, le nombre de titres sociaux dépend de la participation des associés dans le capital social. C'est donc dire que l'égalité des associés signifie tout simplement qu'il doit exister en principe une égalité du régime des parts ou actions⁵⁵². Même si la valeur nominale des titres peut être similaire, le nombre de titres peut varier d'un associé à un autre, et malgré la convergence des intérêts des associés, il faut bien accepter que certains d'entre eux, soient plus égaux que les autres⁵⁵³. Ce sentiment est partagé lorsqu'on analyse les variations du capital et leur impact sur les titres sociaux⁵⁵⁴. Le fondement de l'égalité entre associé signifie surtout que les inégalités entre ceux-ci doivent être évitées ou sanctionnées si elles ne prennent pas directement leur source dans l'intérêt

⁵⁴⁶ Art. 714 de l'AUSCGIE.

⁵⁴⁷ Art. 54, 129, 334, 543, 751 et 754 de l'AUSCGIE.

⁵⁴⁸ Cons. Const., 16 janv. 1982, n° 81-132 DC.

⁵⁴⁹ Encyclopédie du droit Ohada, dir. P.-G. POUGOUE, Lamy, 2011, n° 49, p. 367.

⁵⁵⁰ Art. 102 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives (« AUDSC »).

⁵⁵¹ L'article 40 de l'AUSCGIE précise la nature de ces apports qui peuvent être en nature, en numéraire, en industrie.

⁵⁵² Encyclopédie du droit Ohada, dir. P.-G. POUGOUE, Lamy, 2011, n° 49, p. 368.

⁵⁵³ A. PIROVANO, « La boussole de la société, intérêt social, intérêt commun, intérêt de l'entreprise ? », D. 1977, p. 189. L'idée a été empruntée à cet auteur lorsqu'il écrit : si les hommes sont égaux, certains sont plus égaux que d'autres.

⁵⁵⁴ V. A. FAYE, « L'égalité entre associés », Ohadata, D-04-10, juin 2003, p. 9.

commun ou dans l'usage légitime du pouvoir résultant des parts détenues. En pareil cas, s'il est constaté l'existence d'un abus, l'égalité en sort affaiblie.

2. La rupture d'égalité entre associés

156- La double contrainte de la rupture d'égalité entre associés et de la contrariété à l'intérêt de la société porte une difficulté à préciser l'abus de majorité. En effet, l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés instruit dans certains articles, des dispositions créant une violation au principe d'égalité⁵⁵⁵. Le principe d'égalité entre les associés impose qu'il faille reconnaître à chacun d'eux, une égalité de traitement, ce qui proscrit l'augmentation de leurs engagements respectifs, s'ils sont limités, sans leur accord. Dans les sociétés anonymes, l'article 755 de l'AUSCGIE prévoit : « *nonobstant les dispositions de l'article 754⁵⁵⁶ du présent Acte uniforme, lors de la constitution de la société ou au cours de son existence, il peut être créé des actions de priorité jouissant d'avantages par rapport à toutes les autres actions. Ces avantages peuvent notamment être une part supérieure dans les bénéfices ou le boni de liquidation, un droit de priorité dans les bénéfices, des dividendes cumulatifs* ». Autrement dit, ces actions ont pour objectif de séduire de nouveaux adhérents, atténuant ainsi l'égalité devant une souplesse de notre droit, certes perceptible à l'intérêt de la société elle-même.

157- On peut également faire référence à l'article 54 de l'AUSCGIE, quant à la répartition des profits et des pertes. En effet, aux termes des dispositions de l'article 54 en son alinéa 2 : « *Sont réputées non écrites les stipulations attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, ainsi que celles excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes* ». Autrement dit, un associé aura la possibilité d'acquérir la moitié des profits, et participer en revanche pour un tiers seulement aux pertes. Le magistrat africain justifie ainsi que l'égalité n'est pas absolue et

⁵⁵⁵ Art. 53 de l'AUSCGIE : « Les titres sociaux confèrent à leur titulaire : 1°) un droit sur les bénéfices réalisés par la société lorsque leur distribution a été décidée ; 2°) un droit sur les actifs nets de la société lors de leur répartition, à sa dissolution ou à l'occasion d'une réduction de son capital ; 3°) le cas échéant, l'obligation de contribuer aux pertes sociales dans les conditions prévues pour chaque forme de société ; 4°) le droit de participer et de voter aux décisions collectives des associés, à moins que le présent Acte uniforme en dispose autrement pour certaines catégories de titres sociaux », et aussi en son article 54 al. 1 : « Sauf clause contraire des statuts, les droits et l'obligation de chaque associé, visés à l'article 53 du présent Acte uniforme, sont proportionnels au montant de ses apports, qu'ils soient faits lors de la constitution de la société ou au cours de la vie sociale ».

⁵⁵⁶ Art. 754 de l'AUSCGIE : « A chaque action, est attaché un droit au dividende proportionnel à la quotité du capital qu'elle représente. Les statuts ou l'assemblée générale extraordinaire peuvent accorder aux actions un droit au premier dividende ».

que chacun des associés peut valablement y renoncer au profit de l'autre⁵⁵⁷. Tous les hommes ont les mêmes droits, mais du commun lot. Il en est qui ont plus de pouvoirs que d'autres, là est l'inégalité⁵⁵⁸. L'inégalité acceptée donc dans le cas d'espèce, peut donc manifester une surabondance de la loi de la majorité.

158- De l'expression traditionnellement usitée par la jurisprudence française, il découle que la rupture d'égalité revêt une double condition : « *d'une part un avantage personnel détourné par certains associés, d'autre part un dommage subi par les autres* »⁵⁵⁹. CORDONNIER affirmait que : « *l'égalité entre actionnaires constitue une de ces vérités premières, une de ces lois non écrites qui dominent le droit positif et dont les limites d'application ne peuvent résulter que de textes formels* »⁵⁶⁰. Aujourd'hui, c'est une loi écrite⁵⁶¹ mais d'une vérité fautive. L'inégalité de traitement constitue un avatar de l'abus de majorité, celui qui permet de présumer l'abus. Conséquemment, l'on peut se demander en quoi consiste la recherche d'un avantage personnel ? La question de la détermination de la rupture d'égalité apparaît extrêmement compliquée. En effet, s'il est possible en maintes occasions d'indiquer l'avantage retiré par la majorité, il est plus malaisé d'apprécier la contrepartie à laquelle la minorité peut prétendre, cette majorité se retranchant derrière l'appréciation qu'elle porte souverainement sur le choix d'une politique sociale pour contester la réclamation minoritaire⁵⁶². En matière de constitution de réserves, il pourra s'agir de l'attribution aux associés majoritaires, de rémunérations substantielles⁵⁶³.

159- Monsieur Le Professeur SCHMIDT définit l'abus de la majorité par la réalisation d'un seul élément qui est la rupture de l'association d'intérêts⁵⁶⁴, c'est-à-dire l'égalité des actionnaires, autrement dit, pour lui, le fait qu'un acte ne soit pas opposé à l'intérêt de la société peut aboutir à confirmer une rupture d'égalité car « *la majorité ne commet pas d'abus en s'avantageant au détriment des minoritaires lorsque le patrimoine social n'en pâtit pas* :

⁵⁵⁷ J. MESTRE, « L'égalité en droit des sociétés », Rev. Sociétés, 1989, p. 408.

⁵⁵⁸ A. CESAIRE, « La tragédie du roi Christophe », Présence africaine, 1963.

⁵⁵⁹ D. SCHMIDT, Les droits de la minorité dans la société anonyme, Sirey, 1970, n° 71.

⁵⁶⁰ P. CORDONNIER, « De l'égalité des actionnaires », Thèse Paris, 1924, p. 380.

⁵⁶¹ Art. 228 - L. 1966.

⁵⁶² M. A. MOUTHIEU, « L'intérêt social en droit des sociétés », l'Harmattan, 2009, n° 57, p. 50.

⁵⁶³ CA Paris, pôle 5, ch. 8, 24 mai 2011, n° 10-09.266, SARL Kovadis, Bull. Joly Sociétés 2011, p. 780, note H. BARBIER ; Colmar, civ. 1^{ère}, 16 sept. 2008, n° 04-05.395.

⁵⁶⁴ Par rupture d'association d'intérêts, on peut l'assimiler à la contrariété de l'intérêt social d'où un cumul des deux critères, l'un allant dans le sens de l'autre.

on peut donc spolier les actionnaires si le patrimoine social reste intact »⁵⁶⁵. Dans son sens, une décision est réputée comme occasionnant la rupture de l'égalité lorsqu'elle consent la satisfaction d'un intérêt opposé aux intérêts liés à la qualité d'associé, ou contient une entorse aux intérêts d'une frange d'associés⁵⁶⁶. Cet intérêt devant « être compris non seulement comme limite que les organes sociaux, chargés de définir la politique sociale, ne peuvent franchir sans attenter à la notion de société, mais encore et surtout comme impulsion de la politique sociale »⁵⁶⁷. Cette appréciation de l'abus de majorité mérite qu'on s'y attarde.

160- En se référant à l'article 4 de l'AUSCGIE en son alinéa 2 « *la société commerciale doit être créée dans l'intérêt commun des associés* ». Cette disposition renforce l'idée de Monsieur le Professeur SCHMIDT selon laquelle les associés ne doivent empêcher la distribution de dividendes pendant plusieurs années consécutives en effectuant des mises en réserve de bénéfice. En effet, la mise en réserve ne touche pas toujours tous les associés étant donné que les majoritaires peuvent indirectement bénéficier de ces profits en se répartissant des postes de dirigeants bien rémunérés, ces mêmes majoritaires peuvent reprendre à bas prix les parts sociales ou actions des associés minoritaires qui auront la difficulté de revendre des actions de société qui ne distribuent pas de dividendes. L'absence de distribution de dividendes est, a priori, légitime. Mais elle peut devenir suspecte lorsque, au fil des exercices sociaux, elle est systématique, permanente. Ne serait-elle pas dictée par un souci autre que l'intérêt social ? Ne serait-elle plutôt dictée par un motif moins pur, comme celui, par exemple, de priver constamment les actionnaires minoritaires du revenu de leurs investissements dans une entreprise prospère ?

161- Dans l'arrêt de 1961, aucun des deux critères n'était représenté. Il était question d'une mise en réserve des profits pendant plusieurs années successives : cette mise en réserve n'était ni opposée à l'intérêt social, ni nuisible à l'intérêt des associés. Autrement dit, les associés minoritaires peuvent être assujettis de dividendes pendant de nombreuses années sans qu'il y ait abus. Le patrimoine social s'accroît, ce qui est adéquat à l'intérêt de la société, et les

⁵⁶⁵ D. SCHMIDT, « Rapport de synthèse », JCP E 1996/4, Cahiers droits de l'entreprise, p. 26.

⁵⁶⁶ Cass. com., 4 oct. 2011, n° 10-23.398, Bull. Joly Sociétés 2011, p. 968, note B. DONDERO, D. 2011, p. 2470, Gaz. Pal 19 oct. 2011, JP, p. 27 ; Com. 17 mars 2009, n° 08-11.268, Bull. Joly Sociétés 2009, p. 847, note B. SAINTOURENS, RTD com. 2009, p. 383, obs. Le CANNU et B. DONDERO, JCP E 2009, n° 1489 ; Com., 17 juin 2008, n° 06-15.045, Bull. civ. IV, n° 125, D. 2008, p. 1818, obs. A. LIENHARD, Rev. sociétés 2008, p. 826, note J.-F. BARBIERI, Dr. sociétés 2008, comm. 176, note R. MORTIER, Bull. Joly Sociétés 2008, p. 965, note F.-X. LUCAS.

⁵⁶⁷ D. SCHMIDT, « Les conflits d'intérêts dans la société anonyme », Joly éd. nouvelle, 2004, p. 538.

associés majoritaires sont astreints aux restrictions financières identiques, ce qui est convenable à l'égalité des associés.

162- Un jugement rendu par le Tribunal Régional de Niamey⁵⁶⁸ vient conforter cette position. En effet, dans cet arrêt⁵⁶⁹, les associés majoritaires ont voté des résolutions qui donnaient quitus au gérant, apuraient les comptes des associés et affectaient les bénéfices de l'exercice en réserves libres. Pour l'associé minoritaire, ces résolutions ne visaient pas l'intérêt social mais avantageaient plutôt le gérant associé et sont entachées d'abus de majorité. Le tribunal a rejeté la demande de l'associé minoritaire aux motifs que 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 de l'exercice écoulé en réserves libres, sans établir s'il existe des fautes de gestion à l'encontre du gérant ou si les comptes des associés établis sont faux et par là de prouver qu'il y a eu méconnaissance de l'intérêt social et que ces résolutions prises cette année uniquement dans l'intérêt des époux possédant la majorité, ne suffisent pas à démontrer qu'il y a eu abus de majorité. Le jugement s'appuie d'autant plus qu'un rapport d'expertise ayant confirmé l'état des comptes des associés, montre que la société a un besoin important de financement en capitaux et qu'il était primordial de mettre en réserve tout ou partie des résultats ultérieurs, du moins jusqu'au rétablissement de l'équilibre.

163- Par ailleurs, la Cour de cassation, dans un arrêt du 27 avril 2011⁵⁷⁰, a désigné d'abus de majorité, la mise en réserve systématique de l'intégralité des bénéfices, pendant plusieurs années, puisque les sommes coïncidant à ces bénéfices n'avaient pas été utilisées pour des investissements⁵⁷¹. On observe d'ailleurs que la jurisprudence a un préjugé favorable à l'égard des décisions d'autofinancement qui ne sauraient être critiquées par les associés minoritaires que s'ils administrent la preuve que cette décision crée entre eux et les majoritaires une inégalité de traitement. Seule, en effet, sera jugée abusive la décision majoritaire qui a pour résultat de créer une rupture d'égalité entre les deux groupes d'actionnaires.

⁵⁶⁸ Tribunal Régional de Niamey - Jugement civil n° 96 du 26 mars 2003, Abass Hammoud c/ Jacques Claude Lacour, Ohadata, J-04-78.

⁵⁶⁹ Cet arrêt concerne une société dont les parts sont détenues à 49% par un associé, et à 51% par des époux dont 40% à l'homme qui est le gérant et 10% à la femme.

⁵⁷⁰ Cass com., 27 avril 2011, n° 10-17.778, JCP E 2011, n° 1384, RLDA 2011/61, n° 3469.

⁵⁷¹ Voir en ce sens aussi : CA Aix-en-Provence, 8^{ème} ch. A, 20 oct. 2011, n° 09-08.665.

164- La définition de l'abus de majorité par la seule rupture d'égalité⁵⁷² entre associés peut provoquer de la part des associés minoritaires de s'opposer à des résolutions nécessaires au développement de l'entreprise, mais ne peut justifier à elle seule la condition essentielle, d'où le cumul des deux éléments. En effet, la majorité n'est en situation d'abus qu'à partir du moment où elle cherche sciemment à s'octroyer un avantage exclusif aux dépens des associés minoritaires. Le cumul de ces deux éléments réunissant deux cas de considérations de caractère différent : une chose est de surveiller les conditions de la gestion sociale, une autre est de s'assurer du respect de l'égalité de traitement entre associés. Le concept de rupture d'égalité constitue un « *principe à efficacité contentieuse* »⁵⁷³ dont la démonstration la plus à même est la construction de la théorie de l'abus de droit de vote. En effet, en punissant cet acte déloyal, la jurisprudence a voulu viser avant tout la réprimande de la rupture d'égalité.

L'action fondée sur l'abus de majorité doit rester exceptionnelle⁵⁷⁴, afin de ne pas entraver le fonctionnement de la société et de ne pas faire obstacle à l'application de la règle de la majorité. Aussi, les tribunaux s'assurent de l'existence des deux critères précités. La rupture d'égalité ne suffit pas à elle seule, car elle peut aller dans l'intérêt de la société. La seule violation de l'intérêt social ne suffit pas non plus à entraîner la remise en cause de l'opération critiquée, car il n'appartient pas aux tribunaux d'apprécier l'opportunité des orientations stratégiques et économiques des sociétés. Si l'on tient compte du modèle jurisprudentiel français⁵⁷⁵, il est clair que l'on repousse passablement le caractère classique de l'abus de droit qui est l'intention de nuire ou mieux la volonté malicieuse. L'atteinte aux intérêts d'une catégorie d'associés donne effet à penser que l'abus de majorité s'apparente à la classification de ce qu'il est entendu par certains de nommer les droits pouvoirs, par ailleurs la contrariété à l'intérêt social ramène de jure, à priori aux droits fonctions⁵⁷⁶. Toutefois, La notion de cumul posée par l'arrêt du 18 avril 1961 et repris par l'article 130 de l'AUSCGIE demeure toujours le mode de détermination de cet abus. Si la réduction de l'abus de majorité a fait l'objet de discussions, elle n'a jamais été péremptoire en droit français.

⁵⁷² Entendu ici comme « l'unique dessein » et « l'avantage personnel et exclusif » ;

⁵⁷³ J. MESTRE, « L'égalité en droit des sociétés, Aspects de droit privé », Rev. Sociétés 1989, p. 399.

⁵⁷⁴ On remarque, à l'analyse des décisions de la Cour de cassation, que celle-ci cherche à assurer, d'une façon aussi équilibrée que possible, le respect des droits des associés minoritaires, sanctionnant les décisions prises en violation de ces droits et constituant une atteinte caractérisée à l'intérêt social. La Haute Cour marque ainsi son souci de ne pas permettre de déstabiliser la gestion et la situation de la société pour des motifs tirés des seuls intérêts personnels des minoritaires qui doivent s'incliner devant des décisions régulièrement prises à la majorité.

⁵⁷⁵ Le modèle jurisprudentiel constitue ici l'unique dessein de favoriser les associés majoritaires.

⁵⁷⁶ L. CADIET, « Abus de droit », Répertoire civil Dalloz, 2008, n° 11.

A l'instar de la jurisprudence française sur ce sujet et au regard de la définition donnée par l'Acte Uniforme, il appartient naturellement aux Tribunaux de l'espace Ohada d'enrichir la jurisprudence sur cette notion d'abus de majorité. En effet, les cas dans lesquels la Cour de cassation connaît de décisions suspectées d'abus de majorité sont très nombreux et en dresser une typologie s'avère une mission quasiment impossible.

Lorsqu'il n'est pas le fait d'un abus de majorité, le droit de vote peut faire l'objet d'un abus de minorité. Ainsi, de la même manière que les associés majoritaires ont la capacité de prendre une résolution adéquate à leur intérêt propre mais opposé à celui de la société, il en est ainsi également des associés minoritaires qui peuvent paralyser l'approbation d'une décision qui arrangerait l'intérêt de la société mais qui porterait atteinte à leur propre intérêt. Ils peuvent ainsi absolument engager leur responsabilité pour abus de minorité.

L'abus de minorité ou d'égalité

165- Certains concepts plus que d'autres, autorisent une appréciation de l'échelon de modernisme d'une législation. C'est le cas nous semble-t-il de la notion d'abus de minorité en droit des sociétés. La position octroyée à l'associé minoritaire révèle effectivement, du degré de considération de certains fondements tels que la bonne gouvernance ou l'égalité entre associés.⁵⁷⁷ L'abus de minorité, fondement de multiples débats jurisprudentiels sur la notion d'intérêt social, particularise l'attitude de l'associé qui, par l'usage de son droit de vote en assemblée, essaie de paralyser la bonne marche de la société et combattre la loi de la majorité⁵⁷⁸. En admettant que la loi du 24 juillet 1966 accorde aux associés minoritaires un pouvoir de vérification et d'appréciation sur le déroulement du corps social, il a été aperçu et établi que ce droit pouvait être instruit de façon abusive.

Manifestement plus récente que l'abus de majorité, l'abus de minorité se rapporte à une conception assez complexe étant donné que d'après un auteur, on peut la retrouver sur les concepts généraux d'abus de droit, de détournement de pouvoir, de bonne foi, de rupture intentionnelle d'égalité, sans être véritablement réductible à l'une ou à l'autre de ces notions⁵⁷⁹. Par conséquent, la jurisprudence emprunte de nouveau la notion civiliste de l'abus de droit pour caractériser l'abus de minorité.

⁵⁷⁷ Sur la notion d'égalité entre associés en droit Ohada, V. A. FAYE, « L'égalité entre associés », Acte uniforme sur le droit des sociétés et du GIE : Ohadata D-04-10, juin 2003, p. 9.

⁵⁷⁸ A.-M. CARTRON, B. MARTOR, « L'associé minoritaire dans les sociétés régies par le droit Ohada », Cahier de droit de l'entreprise 2010, n° 1, dossier, 2, p. 21 ; S. KUATE TAMEGHÉ, « Interrogations sur l'abus de minorité dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », in J. MESTRE, « Recueil d'études sur les droit Ohada et Uemoa », vol. I, PUAM, 2010, p. 209 ; A. CONSTANTIN, « La tyrannie des faibles. De l'abus de minorité en droit des sociétés », Mélanges Y. GUYON, Dalloz, 2003, p. 213 ; E. TENWE KAMENI, « L'actionnaire minoritaire dans les sociétés commerciales Ohada », DEA, Université de Dschang, 2009, p. 35 ; P. Le CANNU, « L'abus de minorité », Bull. Joly, 1986, 429 ; D. TRICOT, « Abus de droits dans les sociétés, abus de majorité et abus de minorité », RTD. com., 1994.

⁵⁷⁹ M. BOIZARD, « L'abus de minorité », Rev. soc. 1988, p. 367.

166- L'Acte uniforme vise expressément l'abus de minorité et en donne une valeur significative. Ainsi l'article 131 alinéa 1 de l'AUSCGIE pose de prime abord le principe selon lequel, « *les associés minoritaires peuvent engager leur responsabilité en cas d'abus de minorité* » et l'alinéa 2 du même article précise que « *il y a abus de minorité, lorsque, en exerçant leur droit de vote, les associés minoritaires s'opposent à ce que des décisions soient prises, alors qu'elles sont nécessitées par l'intérêt de l'entreprise et qu'ils ne peuvent justifier d'un intérêt légitime* ». Les formes étant diverses, l'abus de minorité peut apparaître sous plusieurs traits. Pour déterminer le comportement minoritaire, le juge Ohada se doit de rechercher, parmi les manifestations contraires qui lui sont exposées, les uniques décisions qui contribuent à la satisfaction de l'intérêt social qui s'avère être le caractère primordial à tenir pour éclaircir l'embrouillamini des conflits sociaux.

En définitive, le comportement des minoritaires peut être double : ils ont la possibilité soit de voter, soit ils s'interdisent de le faire. En nous référant à l'article 131 de l'AUSCGIE, l'on se rend compte que la responsabilité civile d'un associé ne peut être engagée que dans la mesure où ce dernier se désolidarise d'une approbation pour l'évolution de la société, et à la condition complémentaire qu'il n'existe aucun motif légitime pour le faire. Cette conséquence est due singulièrement parce que le législateur accompagné par la jurisprudence⁵⁸⁰ accrédite le droit que l'associé a de participer aux décisions communes et de voter, en montrant que la clause statutaire qui le retiendrait, est considérée comme non produite.

L'abus de minorité provoque donc des remous auxquels l'examen habituel de l'article 131 de l'AUSCGIE pré-mentionné n'apporte pas réellement de véritables réponses. Il convient donc, pour s'en persuader de rechercher ses critères et d'y apporter des illustrations assez spécifiques.

§ 1. L'ABUS TYPIQUE DU DROIT DE LA MINORITE

167- Tout comme l'abus de majorité, le despotisme des associés minoritaires peut s'avérer tout aussi néfaste que celui que peut faire l'objet des majoritaires pour l'existence d'une

⁵⁸⁰ Cass. com., 4 mai 2010, n 09-13.205, Bull. civ. IV, n 84, Rev. sociétés 2010, p. 222, note A. COURET ; R. KADDOUCH, « L'irréductible droit de vote de l'associé », JCP E 2008, 1549.

société. Pour Monsieur le Professeur MERLE⁵⁸¹, les minoritaires accomplissent généralement deux sortes d'abus : « *l'abus de majorité peut se traduire par une décision sociale obtenue par surprise ou par une attitude abusive*⁵⁸². Mais l'abus le plus fréquent consiste à bloquer toute modification du pacte social en refusant par exemple de voter une décision d'augmentation de capital ou de prorogation de la société »⁵⁸³. L'allusion de l'alinéa 2 de l'article 131 de l'AUSCGIE à l'abus de minorité rejoint avec brio les propos de ce dernier. Cet abrégé de l'article fait ressortir que l'abus de minorité émet l'hypothèse d'un comportement négatif, d'un oubli tel que s'octroie une certaine doctrine⁵⁸⁴. Apparue depuis peu dans le discours juridique⁵⁸⁵, cette typologie d'abus doit pouvoir faire ressortir ses éléments constitutifs mais nous enquêrions également sur le fait de savoir si tout comportement négatif d'un ou plusieurs associés minoritaires peut être constitutif d'abus de minorité. Il faut, dans ce cas, supposer qu'un ou des associés minoritaires⁵⁸⁶ fassent barrage à une résolution, spécialement à un changement statutaire⁵⁸⁷, considérée essentielle pour assurer la survie de la société.

A. Identification de l'abus de minorité

168- Ici, ce sont les associés majoritaires qui protestent, soit de demandes importunes d'associés minoritaires, c'est l'abus par commission, soit d'une impossibilité d'adopter une décision compte tenu d'une opposition illégitime desdits associés minoritaires : c'est l'abus par omission⁵⁸⁸. Le concept même d'abus de minorité relève d'un examen judiciaire⁵⁸⁹, ce qui implique une difficulté pour les demandeurs à constituer une preuve devant refléter le refus

⁵⁸¹ P. MERLE, « Droit commercial : Sociétés commerciales », Dalloz, 15^e éd., 2011, n° 581, p. 722.

⁵⁸² On parle dans ce cas d'abus positif.

⁵⁸³ Il s'agit d'un abus négatif qui constitue un comportement consistant au sein d'une assemblée d'associés entendue au plus sens le plus large, à empêcher que la majorité requise pour telle ou telle décision collective particulière soit obtenue.

⁵⁸⁴ P. LE CANNU, « L'abus de minorité », Bull. Joly sociétés, 1986, p. 429 et s.

⁵⁸⁵ Les auteurs estiment que l'abus de minorité fut véritablement consacré par la Cour d'appel de Paris, le 26 juin 1990, dans l'arrêt S.A. Fromageries Bel, Rtd. com., 1992, p. 636, obs. Y. REINHARD.

⁵⁸⁶ Voir un associé égalitaire car, à côté de l'abus de minorité, il y a place pour l'abus d'égalité, illustré par CA Paris, 3^e ch., 28 avr. 2006, Nieto c/ LMN, RJDA 2006, n° 1030 ; Cass. 3^{ème} civ., 16 déc. 2009, n° 09-10.209, Bull. III, 2009, n° 287.

⁵⁸⁷ Il s'agit ici d'augmentation du capital ou une prorogation de la durée de la société.

⁵⁸⁸ D. GIBIRILA, « Le refus d'un actionnaire minoritaire de voter une augmentation de capital », RLDA juin 2007, n° 979, p.10.

⁵⁸⁹ Certains arrêts ont admis l'existence d'un abus de minorité : Cass. 3^e civ., 16 déc. 2009, n° 09-10.209, Bull. civ. III, n° 287, Bull. Joly Sociétés 2010, p. 468, note F.-X. LUCAS. D'autres l'ont rejeté : CA Versailles, 12^e ch., 24 févr. 2005, SAS Cril Technology c/Boudineau, RJDA 2005, n° 719, CA Paris, 3^e ch. A, 4 déc. 2007, SA Mongoual c/SAS Montaigne Jean Goujon, RJDA 2008, n° 422 ; Cass. com., 10 mai 2011, n° 10-16.323.

des minoritaires dont la contrariété à l'intérêt social et qu'il y a de la part de ceux-ci une intention de nuire ou tout au moins une volonté d'entraver le fonctionnement de la société⁵⁹⁰.

1. Figure habituelle de la définition retenue : l'abus négatif

169- Le litige s'établit à propos de l'exercice du droit de blocage dont peuvent disposer certains actionnaires. On a compétence que certaines décisions importantes, telles que les augmentations de capital, les modifications statutaires, la transformation, la prorogation, etc., ne peuvent être prises qu'à une majorité qualifiée⁵⁹¹. Si la majorité n'atteint pas le pourcentage requis, elle ne peut pas gouverner ou, en tout cas, prendre ces décisions capitales sans l'appui de la minorité ou d'une fraction suffisante de celle-ci. Or si le législateur a instauré ces systèmes de blocage (ou de veto), c'est bien pour permettre aux actionnaires qui remplissent les critères pour en bénéficier, de faire valoir non seulement leurs opinions mais aussi et surtout leurs droits, au besoin en s'opposant à la proposition. Leur en dénier le droit au moindre incident irait évidemment à l'encontre du jeu des sociétés et créerait ainsi des abus. L'on se rend compte que la théorie classique de l'abus de droit fondée sur la démonstration de l'intention de nuire, trouve pleinement application.

Cet abus, comme nous l'avons mentionné plus haut, constitue un blocage injustifié du fonctionnement social. Les conditions sont quasi semblables à l'abus de majorité autrement dit, un abstentionnisme de la minorité à encourager l'intérêt général et un avantage souhaité. Il s'agit habituellement d'un ou plusieurs associés minoritaires, qui par leur dénégarion à voter, freine la société dans la prise d'une décision importante. Cela suppose une résolution qui exige un quorum, que la majorité ne peut y accéder par sa seule volonté. Cependant l'abus de minorité sur lequel la Haute juridiction n'a eu à s'exprimer que plus tard⁵⁹², et dont les conditions sont de surcroît similaires à celles de l'abus de majorité, a permis à la jurisprudence d'y apporter un nouvel élément essentiel pour caractériser le critère abusif aux

⁵⁹⁰ P. MERLE, « Droit commercial, sociétés commerciales », Dalloz, 2011, n° 581, p. 723.

⁵⁹¹ La règle de principe énonce que : « les modifications des statuts sont décidées par les associés représentant au moins les trois quarts du capital social, toute clause contraire est réputée non écrite », cf art. 358 de l'AUSCGLIE.

⁵⁹² La Cour de cassation aborde indirectement la notion d'abus de minorité en estimant « qu'avaient commis un tel abus, dans une société dont le capital devait être légalement reconstitué, les actionnaires minoritaires qui, après avoir décidé de ne pas dissoudre la société et de procéder à une augmentation de capital s'étaient ensuite refusés à voter les mesures nécessaires à la réalisation de cette reconstitution de capital », Cass. com., 14 janv. 1992, n° 90-13.055, Rev. sociétés 1992, p. 44, note P. MERLE, JCP G 1992, II, n° 21849, note BARBIERI, Dr. sociétés 1992, n° 55, note H. Le NABASQUE, Bull. Joly Sociétés 1992, p. 273, note Le CANNU, D. 1992, jur., p. 337, note BOUSQUET, RTD com. 1992, p. 636, obs. Y. REINHARD.

comportements des minoritaires, et qui nécessite que la résolution litigieuse constitue une opération essentielle pour la société⁵⁹³.

L'abus négatif peut s'afficher donc dans l'agissement de cet associé qui, sans motif manifeste, s'interdit de voter au cours d'une assemblée chargée d'apporter une résolution quant à la métamorphose de la société dont il est adhérent. L'opération qui est une inaction dans ce cas, consisterait à provoquer une entrave de la décision ambitionnée. MERLE apporte une signification importante quant au contenu de l'« opération » qu'il qualifie d'« essentielle », « lorsque la résolution litigieuse est nécessaire pour la sauvegarde de l'entreprise »⁵⁹⁴. Autrement dit, une opération essentielle constitue une opération prescrite obligatoirement par la loi ou toute autre opération indispensable à la survie de la société⁵⁹⁵.

170- L'exemple le plus approprié est celui d'une augmentation de capital qui correspond généralement à des préoccupations d'ordre économique : la minorité peut s'y soustraire dans l'objectif de conserver sa capacité politique dans la société⁵⁹⁶. En effet, les minoritaires ou les associés égalitaires ont la possibilité de bloquer la prise d'une décision conforme à l'intérêt social comme une augmentation de capital nécessaire au développement de la société mais pas à leurs intérêts propres respectifs.

Dans tous les cas, l'abstention ou le refus de s'exprimer lors d'une assemblée par les minoritaires sans motif valable ou dans le dessein d'assouvir ses propres intérêts constitue un

⁵⁹³ Cass. com., 15 juil. 1992, n° 90-17.216, Bull. civ. IV, n° 279, p. 194, JCP E 1992, II, n° 375, note Y. GUYON. Rev. sociétés 1993, p. 400, note P. MERLE. Dr. sociétés 1992, n° 207, obs. Le NABASQUE. En l'espèce (la transformation d'une SARL en SA), il était reproché à l'actionnaire minoritaire « d'avoir commis un abus de minorité en s'abstenant systématiquement de participer aux décisions intéressant la vie sociale, de sorte que, par son abstention, elle avait entravé une prise de décision jugée souhaitable par les autres associés ».

⁵⁹⁴ P. MERLE, « La notion d'abus de minorité et sa sanction », P.A., 24 mars 1993, n° 36, p. 13.

⁵⁹⁵ Dans des jurisprudences marquantes : Cass. com., 9 mars 1993, n° 91-14.685, Bull. Joly Sociétés 1993, p. 547, JCP G 1993, II, n° 22107, JCP E 1993, II, n° 448, note A. VIANDIER, D. 1993, jur., p. 363, note y. Guyon, Dr. sociétés 1993, n° 95, obs. Le NABASQUE, Gaz. Pal. juill. 1993, p. 17, note BONNARD ; Com., 5 mai 1998, n° 96-15.383, Bull. Joly Sociétés 1998, p. 755, note L. GODON, Dr. sociétés 1998, n° 129, obs. VIDAL, RTD com. 1998, p. 619, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET, Rev. sociétés 1999, p. 344, note M. BOIZARD, JCP E 1998, p. 1303, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN, dans le cas d'une augmentation de capital rejetée par une AGE qui avait, par ailleurs, également écarté la dissolution de la SA dont les capitaux propres étaient devenus inférieurs à la moitié du capital social. Voir dans le même sens, Cass. 3° civ., 16 déc. 2009, n° 09-10.209, Bull. civ. III, n° 287, Bull. Joly Sociétés 2010, p. 468, note F.-X. LUCAS, Dr. sociétés mars 2010, comm. 44, note H. HOVASSE, D. 2010, p. 147, obs. A. LIENHARD, RTD com. 2010, p. 136, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET.

⁵⁹⁶ CA Paris, 5° ch., 11 avr. 2012, n° 11-12.550 à propos d'une opposition systématique à une proposition d'augmentation des fonds propres alors pourtant que tous les associés avaient refusé la dissolution anticipée de la société, de sorte que cette augmentation, légalement requise dans les deux ans, était nécessaire à sa pérennité ; Com, 20 mars 2007, n° 05-19.225, Bull. civ. IV, n° 97, JCP E 2007, 1877, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER, JCP G 2008, II, 10062, note M. -C. MONSALLIER-SAINTE MLEUX.

abus négatif. En effet, « *en cas de transformation qui suppose une modification des statuts de la société dans les conditions de forme et de délai prévus par ceux-ci, lorsque la transformation vise à mettre sur pied une société au sein de laquelle la responsabilité des gens devient illimitée* », l'alinéa 3 énonce, « *que l'opération est décidée à l'unanimité des associés, toute clause contraire étant réputée non écrite.* »⁵⁹⁷, on se rend compte que l'abstention aura pour effet d'empêcher l'opération visée.

Cette opération se retrouve également subordonnée par exemple en cas de scission ou de fusion : « *elles sont décidées, pour chacune des sociétés intéressées, dans les conditions requises pour la modification de ses statuts et selon les procédures suivies en matière d'augmentation du capital et de dissolution de la société. Toutefois, si l'opération projetée a pour effet d'augmenter les engagements des associés ou des actionnaires, de l'une ou plusieurs sociétés en cause, elle ne peut être décidée qu'à l'unanimité desdits associés ou actionnaires.* »⁵⁹⁸.

Il existe une multitude d'exemples, mais la particularité est que la loi soumet le bien-fondé de la résolution projetée à l'approbation de l'ensemble d'associés. Ainsi l'abus de minorité ne devrait s'appréhender que dans l'encadrement d'une assemblée déjà appelée, à l'instant exact où cette dernière doit trancher. Au vu de tout ce qui a été dit plus haut, l'on constate que l'abus négatif suppose une minorité de blocage dont le fardeau de la preuve apparaît très pesant pour les demandeurs. En résumé si l'abus de minorité exclut l'admission d'une décision nécessaire par la loi ou encore indispensable à l'existence de la société, il s'agit d'un abus négatif⁵⁹⁹. Ainsi, il aura pour objectif de voter contre la décision ou à se retenir de voter pour paralyser le quorum⁶⁰⁰ imposé par la loi d'être gagné. Cet abus, mettant en péril la continuité de la société, aura pour nature le plus souvent de bloquer une augmentation de capital⁶⁰¹, mais il peut s'agir également d'une résolution de prorogation de la société.

⁵⁹⁷ Art. 181 de l'AUSCGIE.

⁵⁹⁸ Art. 197 de l'AUSCGIE.

⁵⁹⁹ P. MERLE, « Droit commercial, Sociétés commerciales », Dalloz, 15^e, 2011, n° 581, p. 723.

⁶⁰⁰ Par définition le quorum représente le « nombre minimum de membres présents ou représentés exigés pour qu'une assemblée puisse valablement délibérer et prendre une décision », Dico droit, Editions Juridiques Européennes, 2012.

⁶⁰¹ Cass. com., 18 juin 2002, n° 98-21.967 précité.

Néanmoins, l'abus de minorité n'a pas été retenu dans le cas où « *une augmentation de capital n'a pas pu être adoptée à la majorité requise, par suite du refus de la société détentrice de 46 % du capital, aux motifs que la question préalable de la dissolution ou de la poursuite d'activité n'avait pas été examinée et qu'elle n'avait pas eu réponse à ses questions sur le plan stratégique de développement* »⁶⁰². L'article 131 de l'AUSCGIE qui constitue le symbole même de la sanction en matière d'abus de minorité, indique que les associés en usant de leurs droits politiques, sont sujets à contradiction des décisions résolues, d'une part parce qu'elles sont rendues indispensables par l'intérêt de l'entreprise, d'autre part parce qu'ils ne peuvent justifier d'un intérêt légitime. Le législateur Ohada utilise donc l'intérêt social entendu comme intérêt de l'entreprise. C'est l'activité de l'entreprise que le juge Ohada désire protéger en s'abstenant du seul intérêt des associés, intérêt qui apparaît peu commun dans ce type de contestation.

2. Figure exceptionnelle de l'abus de minorité : l'abus positif

171- En se référant à l'article 131 de l'AUSCGIE, l'abus de minorité ne devrait en principe se concevoir que dans le cadre d'une assemblée déjà réunie puisqu'il prévoit dans ses dispositions « *lorsque, en exerçant leur vote...* ». Sur la base de cet article, l'abus de minorité est établi par les Assemblées d'associés réunis dans le but d'adopter des résolutions importantes. Mais on est en droit de penser que l'abus de minorité peut être commis en dehors de ce cadre. Ceci pour dire que l'abus de minorité peut difficilement être enveloppé dans un seul acte que l'on pourrait naturellement reconnaître en toute circonstance.

172- Bon nombre d'extraits concernant les prérogatives attribuées aux associés⁶⁰³, laissent à penser que l'abus de minorité ne se traduit pas seulement dans le cadre des décisions collectives, mais de l'utilisation à mauvais escient et intempestive de certains droits politiques. En prenant par exemple l'article 159 de l'AUSCGIE qui admet « *qu'une expertise puisse être exigée par un ou plusieurs associés représentant au moins le cinquième du capital* », l'intention est de permettre à tout associé ayant des raisons de croire qu'un acte de gestion est déloyal, d'exiger que la lumière soit faite. Comme le mentionne Martine

⁶⁰² Cass. com., 20 mars 2007, n° 05-19. 225 précité.

⁶⁰³ Voir en ce sens J. MESTRE, D. VELARDOCCIO, « Lamy société commerciale », éd. Lamy, 2012, n° 789 et suivants.

BOIZARD, « *l'expertise est un acte assez perturbateur qui devrait rester exceptionnel et n'être pas demandé à la légère, qu'elle n'a pas été conçue pour permettre aux minoritaires de gérer la société ou imposer leur conception de l'administration à ceux qui en ont la charge* », autrement dit, tout associé ayant recouru à ce procédé de droit de façon importune, peut être poursuivi pour abus de minorité⁶⁰⁴. On doit accepter donc qu'un associé minoritaire pourrait de façon exceptionnelle, être reconnu coupable d'abus de minorité, s'il emploie systématiquement et déplacé les diverses méthodes que la loi lui donne⁶⁰⁵. La théorie de l'abus de droit est conséquemment munie par l'Acte uniforme d'une étendue générale sur ce domaine de situation des associés minoritaires.

173- Dans un autre registre, l'Acte uniforme permet de réaliser de telles intentions. A titre d'exemple, dans les sociétés anonymes, l'article 454 exige que le Conseil d'administration ne délibère valablement que si la moitié au moins de ses membres sont présents, « *toute clause contraire étant réputée non écrite* ». L'article 456 ajoute qu'un administrateur peut donner mandat à un autre de le représenter à une séance du conseil. A supposer que des associés aient reçu mandat de représenter leurs collègues appartenant à la minorité, leur refus de prendre part aux assises du Conseil pourrait avoir comme effet de faire obstruction à leur tenue effective. Il y aura donc abus de minorité de ceux des administrateurs qui, sachant pertinemment qu'ils s'abstiendraient de prendre part à l'Assemblée, ont déterminé d'autres administrateurs à leur faire confiance et à faire d'eux leurs mandataires. Cela rejoint certes la première idée d'abus négatif, mais le procédé ici vise à induire en erreur, grâce à des subterfuges, des associés occupés ou éloignés⁶⁰⁶.

L'abus de minorité ne doit être retenu que dans des circonstances exceptionnelles dans lesquelles la survie de la société est en jeu. Autrement, l'appareil protecteur des minorités perdrait tout sens, comme le fait remarquer un auteur lorsqu'il dit que l'abus de minorité doit rester « *un mécanisme correcteur* »⁶⁰⁷. Cet abus, parce qu'il remet en cause la loi de la majorité doit rester d'une « *attention singulière* »⁶⁰⁸, sous peine d'arriver à « *un gouvernement*

⁶⁰⁴ A.-M. CARTRON, B. MARTOR, « L'associé minoritaire dans les sociétés régies par le droit Ohada », Cah. Dr. De l'entreprise, 2010, n° 1, Dossier, 2, p. 22 ; Cotonou, n° 256/2000, 17 août 2000, Ohadata J-06-101 ; Nancy, 2^e ch., 23 juin 2010, n° 10-01.330.

⁶⁰⁵ Cass. com., 3 juin 2003, n° 99-18.707, Bull. civ. IV, n° 92.

⁶⁰⁶ TRHC Dakar, n° 583, 28 avril 2003, Ohadata J-05-124.

⁶⁰⁷ C. KOERING, « La règle : une action-une voix », Thèse Panthéon-Paris Sorbonne 1, 2000.

⁶⁰⁸ N. LESOURD, « L'annulation pour abus de droit des délibérations d'assemblées générales », RTD com. 1962 p. 1.

judiciaire sur initiative minoritaire »⁶⁰⁹. Toutefois, la Cour de cassation soumet la qualification d'abus de minorité à la condition préalable du respect du droit à l'information du minoritaire. Ainsi, a-t-elle considéré que si le refus d'un actionnaire minoritaire de voter une augmentation de capital peut constituer un abus de minorité dans le cas où cette augmentation est nécessaire à la survie de la société, encore faut-il que les actionnaires aient eu à leur disposition les documents leur permettant de se prononcer en connaissance de cause et d'émettre un vote éclairé ; à défaut, l'intéressé ne saurait se voir reprocher d'avoir commis un abus de droit⁶¹⁰.

B. Interprétation singulièrement stricte de l'abus de minorité

174- Par définition, les associés minoritaires ont un pouvoir plus étroit que les associés majoritaires et sont donc en principe, moins susceptibles de commettre un abus en Assemblée. Toutefois, la minorité de blocage dont ils disposent dans certains cas, peut être employée de manière abusive si, en plus d'être justifiée par l'intérêt des seuls minoritaires aux dépens des autres associés, elle est contraire à l'intérêt de la société et entrave la réalisation d'une opération indispensable pour la société. Le cas particulier d'abus d'égalité s'inscrit dans la même logique⁶¹¹.

1. L'approximation de la notion d'abus de minorité à l'abus d'égalité

175- L'abus d'égalité résulte d'un blocage injustifié par un ou plusieurs associés égalitaires. Lorsque la répartition du capital est égalitaire, l'un des deux associés ne peut s'avantager personnellement ; il peut cependant bloquer la réalisation d'opérations essentielles pour la société⁶¹². L'abus d'égalité se trouve par conséquent caractérisé lorsque l'un des associés

⁶⁰⁹ D. SCHMIDT, Rev. Sociétés, 1976, p. 483.

⁶¹⁰ Cass. com., 20 mars 2007, n° 05-19.225, précité ; Cass. com., 27 mai 1997, Bull. civ. 1997, IV, n° 159 ; Defrénois 1997, p. 1279, obs. H. HOVASSE, D. 1998, somm. p. 182, obs. J.-C. HALLOUIN.

⁶¹¹ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, « Droit des sociétés », Lexisnexis, 25^e éd., 2012, n° 408, p. 236 ; J. MESTRE, « Quelques éclairages récents sur le rôle du juge dans la vie des sociétés », Revue Lamy Droit des affaires 2009, n° 40, page 14 ; L. MOSSER, « L'abus toléré, à la recherche d'une autorégulation », Gaz. Pal. 2009, n° 352, p. 13 ; Centre de droit des affaires de l'Université de Toulouse, « Législation en droit des sociétés », Revue de jurisprudence commerciale 2009, n° 3, p. 208 ; Recueil Dalloz 2009, n° 18, page 1240, note M.-L. BELAVAL ; M.-C. MONSALLIER, « Abus d'égalité : définition et encadrement de la mission du juge au regard des sanctions », JCP G 2010, 726 ; G. ROYER, « Caractérisation et sanction d'un abus d'égalité en droit des sociétés », JCP E 2009, 1844.

⁶¹² Cass. 3^e civ., 14 févr. 2007, JCP E 2007, n° 1662.

poursuit un intérêt égoïste d'une part⁶¹³, et contrevient à l'intérêt essentiel de la société d'autre part. Plusieurs synopsis sont possibles : soit deux associés égalitaires s'opposent, soit il s'agit d'une confrontation entre un associé égalitaire et un groupe d'associés, sorte de match « *d'égalité à deux contre un* », ou soit encore d'une opposition entre deux groupes d'associés égalitaires⁶¹⁴.

Autrement dit, pareil abus consiste pour un actionnaire se trouvant dans une relation égalitaire avec ses partenaires à user abusivement de son droit de veto créant ainsi un blocage fautivement du processus décisionnel. L'abus d'égalité n'est que le reflet d'un abus de minorité⁶¹⁵. Si les associés sont à 50/50, aucune majorité ne se dégage, et un associé peut toujours refuser l'opération jugée essentielle pour la société.

2. L'équilibre à trouver entre les deux termes

176- Comme il est mentionné plus haut, l'abus d'égalité est une déclinaison de l'abus de minorité. L'abus de minorité et son avatar, l'abus d'égalité, impliquent donc la conjonction de deux éléments : un vote contraire à l'intérêt social et l'attitude égoïste des minoritaires. Peut-on réellement parler d'équilibre dans le cas d'espèce ? Si l'Acte uniforme n'a pas cru devoir expliciter la notion, c'est parce qu'il juge que cet abus se résout exactement comme un abus de minorité donc y a point d'amalgame à faire ici⁶¹⁶. Guillaume ROYER va jusqu'à préciser que : « *pour que l'abus d'égalité dans l'exercice du droit de vote puisse être valablement invoqué, les juges du fond doivent préciser le domaine de l'abus et le caractère abusif du vote. Ainsi, l'opération litigieuse doit être nécessaire pour la société et l'exercice du droit de vote doit être contraire à l'intérêt social* »⁶¹⁷. En effet, les critères qui s'y dégagent sont les mêmes et les sanctions afférentes sont pareilles La preuve nous est donnée dans un arrêt récent de la Cour de cassation.

⁶¹³ Cass. 3e civ., 16 déc. 2009, n° 09-10.209, Bull. civ. III, n° 287, Bull. Joly Sociétés 2010, p. 468, note F.-X. LUCAS, RJDA 2010, n° 247, RLDA 2010/46, n° 2689, JCP E 2010, n° 1092, RTD com. 2010, p. 136, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET, dans le cas particulier d'une SCI, refus de l'un des deux associés égalitaires de voter en faveur du versement d'un loyer en contrepartie de l'occupation d'un immeuble social par l'un d'eux.

⁶¹⁴ F. MAURY, « En société, abuse qui peut...même les faibles et les égalitaires (A propos de l'abus de minorité ou d'égalité en droit des sociétés) », Journal des sociétés, n° 86, avril 2011, p. 29.

⁶¹⁵ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, « Droit des sociétés », Lexisnexis, 25^e éd., 2012, n° 408, p. 236.

⁶¹⁶ P.-G. POUGOUE, « Assemblées générales et décisions collectives », in Encyclopédie de droit Ohada, Lamy, 2011, n° 12, p. 324.

⁶¹⁷ G. ROYER, « Caractérisation et sanction d'un abus d'égalité en droit des sociétés », JCP E 2009, 1844.

C'est ainsi que par un arrêt du 31 mars 2009⁶¹⁸, la Cour de cassation, à propos d'un associé d'une SARL ayant refusé à trois reprises de voter une augmentation de la rémunération de son coassocié gérant, l'obstruction pratiquée par les deux associés égalitaires constituait un abus du droit de vote. Mais elle les a désapprouvés d'avoir confié à l'administrateur *ad hoc* la mission de voter dans le sens indiqué par eux, au lieu et place desdits associés et ainsi permis l'immixtion du juge dans la vie sociale. La Haute juridiction a été portée à considérer l'abus d'égalité en l'existence d'associés égalitaires, le concept d'abus d'égalité ressemblant à celui de l'abus de minorité : l'associé égalitaire s'interdit de voter une résolution exigée par l'intérêt général⁶¹⁹. Les critères essentiels de l'abus sont également ici l'usage contraire à l'intérêt social et l'intention de favoriser des intérêts propres aux dépens de l'intérêt de la société⁶²⁰. Par conséquent, l'abus de minorité constitue un abus d'abus d'égalité et inversement dont l'examen fait état d'une ligne directrice des conditions essentielles pour sa qualification.

§ 2. LA LIGNE DIRECTRICE DES CONDITIONS ESSENTIELLES DE L'ABUS DE MINORITE OU D'EGALITE

177- La limite entre l'opposition légitime à une décision sociale procédant du droit que donne l'AUSCGIE de voter contre, et l'opposition illégitime constitutive d'abus de minorité n'est pas facile à relever. L'associé minoritaire vote contre parce que cela appuie ses intérêts propres et non l'intérêt social. Il découle de l'article 131 de l'AUSCGIE que l'abus de minorité requiert deux éléments cumulatifs à savoir : des décisions nécessitées par l'intérêt de la société et une absence de justification d'un intérêt légitime pour le minoritaire.

L'abus de minorité est un concept qui peut s'avérer singulier dans la mesure où, dans certaines situations, ce sont les associés minoritaires qui ont un ascendant sur la prise de

⁶¹⁸ Cass. com., 31 mars 2009, n° 08-11.860, Bull. Joly Sociétés 2009, p. 660, note P. Le CANNU, Rev. sociétés 2009, p. 601, note B. DONDERO, D. 2009, p. 1240, obs. M.-L. BELAVAL et R. SALOMON.

⁶¹⁹ Dans un même sens, D. GIBIRILA. « Les enjeux du refus de voter une opération essentielle à la survie financière d'une société », Journ. sociétés févr. 2010, p. 52 ; CA Angers, 11 septembre 2008, n° 07-01.956 : « Il importe de déterminer si en refusant d'adopter les résolutions proposées en vue de la réalisation de la réalisation de (...), la société a abusé de son droit d'associé égalitaire. Constitue un abus d'égalité, l'attitude de blocage de l'associé égalitaire contraire à l'intérêt de la société ».

⁶²⁰ CA Orléans, 20 janv. 2011, n° 10-01.481 ; Cass. com., 15 sept. 2009, n° 08- 11.627, Bull. Joly Sociétés 2009, p. 1017.

décisions dans la société. Ses conditions d'interprétations sont semblables à celles de l'abus de majorité, plus une qui lui est propre. Son interprétation paraît donc plus stricte. Si les caractères objectifs sont primordiaux pour caractériser l'abus, la nature subjective prévaut lorsque la survie de la société est assurée. En outre, alors que concrètement le désaccord des associés minoritaires est nuisible aux intérêts de la société, cette dernière est fondée lorsqu'il y a entorse à leurs prérogatives fondamentales⁶²¹.

La recherche de la volonté de nuire, l'examen des conditions de survie de la société sont tant de caractères spécifiques qui font de l'abus de minorité un concept particulier d'interprétation stricte. Rejetant la tentation aux sirènes institutionnelles, le juge doit rechercher le critère absolu de la résolution majoritaire préservant la survie de la société. Conséquemment, toute résolution visant à perfectionner la destinée de la société est une alternative pour les associés minoritaires, mais celle-ci ambitionnant de garantir la société, s'inflige à eux dans l'usage de leurs droits-fonctions, tendus vers la prééminence de l'institution.

A. La rupture d'égalité : condition suffisante ou nécessaire ?

178- Dans la notion d'abus de majorité comme nous l'avons démontré plus haut, la rupture de l'égalité est indispensable, et cela même si elle tend à se diriger sur l'intérêt social. Il est a priori burlesque de concevoir une rupture d'inégalité à l'initiative de la minorité. Toutefois, il peut résider dans le seul fait pour les associés minoritaires de ne pas tirer profit des avantages retirés par les associés majoritaires⁶²². Par ailleurs, la manifestation d'un préjudice est indispensable⁶²³ dont les associés minoritaires devront rapporter la preuve⁶²⁴, d'après le

⁶²¹ Cass. com., 27 mai 1997, n° 95-15.690, Bull. civ. 1997, IV, n° 159, Bull. Joly, 1997, p. 765 : « la juridiction de second degré estime qu'une augmentation de capital, même si elle est indispensable à la survie de la société, ne peut être votée par les minoritaires qui n'ont pas été informés » ; Droit et Patrimoine 2008, n° 171 ; CA Orléans, 19 févr. 2009, n° RG : 08/02457.

⁶²² T. FAVARIO, L'abus de majorité, Journ. Sociétés avr. 2011, p. 23 ; Com., 17 juin 2008, n° 06-15.045, précité.

⁶²³ CA Aix-en-Provence, 8ème ch., 26 janv. 2012, n° 11-04.959 : La Cour d'appel a constaté que : « l'attitude de la société constitue un abus de minorité, et que cet abus cause à l'autre société un préjudice qu'il convient de réparer ».

⁶²⁴ Cass. com., 10 mai 2011, n° 10-16.323, Rev. sociétés 2011, p. 566, note B. SAINTOURENS, à propos de ce que la preuve de ce que les votes étaient contraires à l'intérêt social n'était pas rapportée et que le préjudice qu'il aurait causé n'était pas prouvé ; Dans le même sens, CA Rennes, 11 déc. 2007, n° 06-04.140 ; CA Versailles, 1^{ère} ch., 22 sept. 2011, n° 09-08.248.

principe de bonne foi régissant les relations contractuelles⁶²⁵. Cette rupture suppose également un dommage subi par l'ensemble des associés⁶²⁶.

1. Fondement suffisant ?

179- L'expression des droits d'associé de la minorité et plus encore l'exécution de son rôle de contrôle dans la société ne présagent-ils pas une liberté de position au sein de l'organe délibérant duquel elle dépend. Pour Monsieur le professeur SCHMIDT, « *l'abus de minorité est la résistance injustifiée qui ne peut être dictée que par la recherche d'un intérêt personnel* »⁶²⁷. L'utilisation systématique de la minorité de blocage peut être destinée à ne favoriser que les minoritaires au détriment des associés majoritaires, il y a alors rupture d'égalité entre actionnaires par la recherche d'un intérêt personnel⁶²⁸. La rupture d'égalité ainsi perçue est le plus souvent affiliée comme critère explicatif de la notion d'abus de minorité, en ce sens qu'elle permet de régler la délicate interrogation du refus de voter l'augmentation de capital en présence de difficultés financières⁶²⁹.

D'une autre manière aussi, la rupture d'égalité peut parfaitement découler de l'inaction des associés minoritaires qui, compte tenu de leur défaut de présence aux assemblées générales, étouffent indirectement la constitution d'une majorité minimum pourtant requise ; « *cette attitude témoigne certainement d'un affectio societatis évanescant* »⁶³⁰.

2. Principe nécessaire ?

180- L'on ne saurait donc réfuter l'existence de la rupture d'égalité car le blocage des minoritaires prive les associés majoritaires de l'opportunité de jouir d'un avantage ou de celle de ne pas perdre tout ou partie de leur financement. Une jurisprudence que l'on peut qualifier

⁶²⁵ Cass. 3^e civ., 13 avr. 2010 précité : Cette position se justifie d'autant plus que les associés majoritaires sont présumés agir dans l'intérêt de la société.

⁶²⁶ A. CERATI-GAUTHIER, « Reconstitution du capital social et abus de minorité », Rev. Lamy droit des affaires, 2007, n° 17.

⁶²⁷ D. SCHMIDT, « Les droits de la minorité dans la société anonyme », Sirey 1970, n° 162.

⁶²⁸ On arrive ici à une certaine similitude avec l'abus de majorité. C'est bien la bonne ou la mauvaise foi des parties dans l'exercice de leurs droits que doivent rechercher les juges pour sanctionner ou non l'abus.

⁶²⁹ Cass. com., 20 mars 2007, n° 05-19.225, Dr. sociétés mai 2007, comm. 27, note H. LECUYER, Bull. Joly Sociétés 2007, p.745, note D. SCHMIDT.

⁶³⁰ P. LE CANNU, « Le minoritaire inerte, observations sous l'arrêt Flandin », Bull. Joly. 1993, p. 539.

de référence, fait de la rupture d'égalité, surtout largement perçue, une condition nécessaire à la qualification d'abus de minorité⁶³¹. Cette jurisprudence⁶³² emprunte le principe traditionnel que le juge n'a pas à se substituer aux organes sociaux dans l'appréciation de l'intérêt social et en particulier, dans l'appréciation de l'opportunité des décisions sociales qui sont prises, ou qui ne sont pas prises à cet égard. Sans rupture d'égalité, il n'y aurait pas davantage abus de minorité.

Cependant même si elle s'avère nécessaire, cette condition apparaît insuffisante lorsque l'abstention judiciaire converge à ne pas punir des situations qui pourraient l'être pour atteinte grave aux intérêts de la société. D'où le recours aux critères classiques de qualification.

B. Les indices traditionnels de qualification

181- Ces critères sont naturellement exigés. Généralement, l'on associe les deux éléments cumulatifs en une seule condition car l'atteinte injustifiée à l'intérêt social étant la manifestation du refus de la décision nécessitée. Néanmoins, la continuité des trois critères pour l'abus de minorité ou d'égalité, est nécessaire à la protection de la liberté de vote.

1. La violation de l'intérêt commun des associés, une atteinte injustifiée à l'intérêt social

182- L'AUSCGIE emploie l'intérêt de la société dans l'encadrement de l'abus de minorité et les décisions contraintes par l'intérêt social témoignent du soutien de l'évolution de l'entreprise. En se référant à l'article 131 alinéa 1 de l'acte uniforme, il doit être démontré que les associés minoritaires ont eu pour intention de servir leurs intérêts personnels aux dépens de la société et des associés majoritaires. L'intérêt social doit donc être distingué de l'intérêt commun qui est celui des associés dont la violation fonde une rupture d'égalité entre eux⁶³³. C'est en principe ici la troisième condition mais ces deux éléments sont cumulatifs. En effet,

⁶³¹ Egalement de l'abus de majorité.

⁶³² Arrêt de référence : Cass. com., 18 avril 1961 précité.

⁶³³ Cass. com., 18 juin 2002, n° 99-11.999, Bull. civ. IV, n° 108, Bull. Joly Sociétés 2002, p. 1221, note SYLVESTRE S., JCP G 2002, II, n° 10180, note H. HOVASSE ; D. SCHMIDT, « De l'intérêt commun des associés », JCP G 1994, I, p. 440. Dans son arrêt du 18 juin 2002, la Cour de cassation précise « qu'il n'est pas porté atteinte à l'intérêt commun dans la mesure où tous les actionnaires subissent le même sort. En effet, tous les actionnaires, minoritaires et majoritaires, ont perdu leur qualité d'actionnaires ».

il faut une atteinte de l'intérêt de la société et une violation à l'intérêt commun des associés pour que l'abus puisse être confirmé.

L'observation par le juge d'un tel abus constitue une situation complexe, même si plusieurs sortes d'abus de minorité progressent en jurisprudence, en raison d'une part, de la position qu'occupe la contribution des associés minoritaires quant à l'expansion de la société, et d'autre part, à la fonction primordiale que doit opérer une minorité dans la bonne marche d'une société. Autrement dit, l'hypothèse d'une ignorance de l'intérêt social d'un abus spécifié est de vigueur⁶³⁴. Ainsi, la plainte d'abus de minorité prétextée en salle d'audience est quand même assez fréquemment isolée par les juges.

C'est pourquoi, le minoritaire qui s'oppose au vote de l'augmentation de capital d'une société dont les capitaux propres étaient inférieurs à la moitié du capital au vu du rapport du Conseil d'administration ne renfermant pas de budget prévisionnel ni d'informations précises sur les mesures de redressement et de restructuration projetées, ne commet pas d'abus de minorité⁶³⁵. Dans la même lignée, le refus de vote d'un actionnaire à une augmentation de capital consécutive à une réduction du capital pour cause de pertes et non indispensable à la survie de la société dont la trésorerie pouvait être reconstituée valablement par le biais d'apports en compte courant et de façon moins certaine par l'augmentation de capital en vue de reconstituer les fonds propres⁶³⁶, n'est pas constitutif d'abus de minorité.

183- A cet effet, l'on peut après mure réflexion, caractériser deux éléments primordiaux. Primo, l'intérêt des associés se doit de disparaître devant celui de la société. En reprenant les expressions chères à BISSARA⁶³⁷ et à LESOURD⁶³⁸, « *tant que la dissolution d'un groupement n'a pas été décidée, les personnes qui y prennent part ou celles qui assument sa direction sont tenues d'assurer la prospérité et le bon fonctionnement de l'entreprise commune, dans le respect du pacte social* », ce qui est approuvé par le sentiment général⁶³⁹,

⁶³⁴ M. BOIZARD, « L'abus de minorité », Rev. Sociétés 1988, p. 373.

⁶³⁵ Cass. com., 27 mai 1997, Bull. civ. 1997, IV, n° 159, RJDA 1997, n° 1046.

⁶³⁶ CA Paris, 24 janv. 1997, RJDA 1997, som., n° 517.

⁶³⁷ P. BISSARA, « L'intérêt social », Rev. sociétés, 1999, chron., p. 12.

⁶³⁸ N. LESOURD, « L'annulation pour abus de droit des délibérations d'assemblées générales », RTD com, 1962, p. 13.

⁶³⁹ A. CONSTANTIN, « L'intérêt social : quel intérêt ? », Etudes offertes à Barthélemy MERCADAL, éd. F. Lefebvre, Paris, 2002, p. 317 et s ; Y. B. MEUKE, « De l'intérêt social dans l'Acte uniforme relatif au droit des

en ce sens qu'il fait de l'intérêt social, l'intérêt au-dessus de la personne morale. Autrement dit l'intérêt collectif sublime celui des individus ayant participé à sa conception, qu'ils soient minoritaires ou majoritaires. Indubitablement, l'abus de minorité est constitué dès lors qu'il existe une succession d'hypothèses où la résolution contestée, porte atteinte à la survie de la société, est à même de reconsidérer soit sa probité juridique, soit sa valeur patrimoniale⁶⁴⁰. Secundo, la transgression de l'intérêt social, ne satisfait pas à distinguer l'abus de minorité, il est indispensable que l'incompréhension de cet intérêt soit advenue dans une finalité purement égoïste⁶⁴¹. Autrement dit, les associés minoritaires doivent fonder leur allégation sur des faveurs économiques et sociales démontrant la nature facultative des actes suggérés⁶⁴².

Ainsi, relativement à l'atteinte injustifiée de l'intérêt social, cela suppose que le juge apprécie deux situations : primo, la conséquence nuisible de la position de refus des associés rebelles, et secundo, la conséquence positive de la décision critiquée. Par conséquent l'opposition de la part des associés minoritaires de voter une résolution implique de savoir quelle est la nature de la décision refusée.

2. La décision refusée : « *nécessaire pour la société* »

184- On pourrait également parler d'« *indispensable à sa survie* » en faisant référence à la condition « *nécessaire pour la société* ». L'utile n'est pas l'indispensable. La détermination de l'abus de minorité à ce niveau mérite que l'on s'appesantisse sur la nature essentielle de la décision relative à l'opération. Cette appréciation est donnée par l'« *arrêt Flandin* »⁶⁴³ dans lequel un associé minoritaire avait commis un abus en refusant de voter à une résolution qui consistait à augmenter le capital qui était légalement requis et nécessaire à la survie de la société. En définitive il s'agit donc d'une opération requise par la loi ou toute autre opération

sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », Penant, 2007, p. 401 ; A. VENIZET, « La position des juges sur l'intérêt social », Dr. et patrimoine, 1997, p. 50.

⁶⁴⁰ A. CONSTANTIN, « La tyrannie des faibles. De l'abus de minorité en droit des sociétés », in Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur d'Yves GUYON, Paris, Dalloz, 2003, p. 222.

⁶⁴¹ Le refus n'est abusif que s'il est dicté par un intérêt essentiellement égoïste, car il désigne la perte de l'affectio societatis, l'intention de nuire aux autres associés, à la personne morale voire à soi-même. En ce sens voir Com., 9 mars 1993, JCP. E 1993, II, 448, note VIANDIER.

⁶⁴² CA Lyon, civ. 3^{ème}, 17 sept. 2009, n° 08-03.948, La Cour d'appel de Lyon a estimé que « l'augmentation de capital ne garantissait pas la survie de la société, elle n'était pas une condition exclusive du sauvetage de l'entreprise et il existait des possibilités variées de tirer la société de sa mauvaise situation financière. Ainsi, le refus de l'associé minoritaire était fondé, compte tenu de son intérêt individuel non opposé à l'intérêt social ».

⁶⁴³ Cass. com., 9 mars 1993, n° 91-14.685, Bull. IV, n° 101, JCP E 1993, II, 448.

importante à la continuité de l'entreprise⁶⁴⁴. Toutefois, un constat est à relever ici, en effet, dès lors que la résolution litigieuse ne constitue pas une opération essentielle pour la société, les associés minoritaires peuvent s'y opposer, même si cette décision doit permettre d'assurer un meilleur fonctionnement de la société⁶⁴⁵.

Toutefois, il existe un autre cas dans lequel le législateur Ohada recourt à l'intérêt social pour dévoiler les manifestations de l'abus en droit des sociétés, il s'agit de l'abus de biens sociaux et du crédit : cette infraction sera d'ici quelques années, le délit le plus employé mais également le plus puni dans les sociétés faisant partie du ressort de l'espace Ohada⁶⁴⁶.

⁶⁴⁴ Monsieur Le professeur Philippe MERLE apparaît favorable à ce que l'abus de minorité soit retenu lorsque les minoritaires bloquent les décisions de nature à assurer la survie d'une société », P. MERLE, « La notion d'abus de minorité et sa sanction », P.A., 24 mars 1993, n° 36, p. 14.

⁶⁴⁵ Par exemple dans un arrêt, l'associé minoritaire s'est opposé à une résolution relative à une augmentation de capital dans l'objectif de garder son influence dans la société, Paris, 26 juin 1990, JCP E 1990, II, n°15915, note M. GERMAIN.

⁶⁴⁶ Sur un plan sociologique, A. B. MAMATA TOURE « La fonction normative de l'ordre public au péril de la responsabilité sociale du chef d'entreprise Malien », www.rirsa.org.

Conclusion chapitre I

185- Le droit de vote est inséparable de la qualité d'associé. Le vote peut être fait entièrement par l'associé, mais à condition que ce dernier évite lors de l'exercice de ce droit, d'accomplir un abus⁶⁴⁷. L'abus peut revêtir deux formes : il peut s'agir d'un abus de majorité ou d'un abus de minorité. Alors qu'en droit français l'abus du droit de vote est l'action de la jurisprudence, dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés, l'abus de majorité et de minorité sont explicités respectivement par les articles 130 et 131 de l'AUSCGIE. La théorie stricte retenue par RIPERT admet que l'abus découle particulièrement d'une intention de nuire. La théorie prônée par JOSSERAND caractérise l'abus par un détournement de la finalité du droit, autrement dit, tout droit dispose d'une certaine finalité et son détenteur est coupable lorsqu'il détourne son droit de l'objectif qui lui est affecté.

186- Le législateur Ohada s'est penché davantage sur cette seconde conception comme son homologue français⁶⁴⁸ qui consiste à joindre ces différents abus aux droits pouvoirs et aux droits fonctions, la preuve en est que les dispositions relatives exigent pour qualifier l'abus, de la poursuite d'un intérêt pendant le vote et d'une décision non justifiée par l'intérêt social. Il faut convenir que la poursuite d'un intérêt personnel indique clairement l'existence d'une rupture de l'égalité entre associés. L'intérêt commun, dérivant du rapport contractuel que représente la société, n'étant plus honoré, on pourrait admettre que la poursuite d'un intérêt personnel représente l'élément primordial de l'abus de majorité ou de minorité. « *Jamais, à lui seul, l'intérêt social ne produit des effets juridiques* »⁶⁴⁹. Autrement dit, dans l'abus de majorité ou de minorité, il faut toujours la réunion de deux conditions cumulatives : l'atteinte à l'intérêt des minoritaires ou majoritaires et l'atteinte à l'intérêt de la société.

187- Bien que l'intérêt personnel soit requis, c'est sur l'intérêt de la société que les articles 130 et 131 de l'AUSCGIE apportent beaucoup de délicatesse. Ces textes disposent que la décision prise, que ce soit par les majoritaires ou les minoritaires et qui brise l'égalité des associés, ne peut être considérée comme un abus que si elle n'est pas justifiée par l'intérêt social. En nous référant à la définition de la société donnée par l'article 4 de l'Acte sus cité, la

⁶⁴⁷ Y. REINHARD, « L'abus de droit dans le contrat de société », JCP E 1998, n° 6, p. 8.

⁶⁴⁸ Y. REINHARD, op. cit., p. 10.

⁶⁴⁹ G. SOUSI, « Intérêt du groupe et intérêt social », JCP E.1975.11, p. 381.

société est créée dans l'intérêt des associés, cela suppose donc une volonté d'ordre patrimonial : l'enrichissement, à savoir le partage des profits et le fait de bénéficier des économies⁶⁵⁰.

188- Il existe toutefois une distinction quant à la qualification de ces deux types d'abus. En effet, si la contrariété à l'intérêt social qui consiste en un détournement de la finalité de droit par une décision contraire à l'intérêt de la société est sans nul doute évidente, le second élément apparaît subjectif dans la mesure où il invite à examiner le mobil de l'abus de vote. A la différence d'une décision qui est prise dans l'unique dessein de favoriser la majorité au détriment des associés minoritaires dans le cadre de l'abus de majorité, c'est le caractère relativement égoïste qui est primé dans le cadre de l'abus de minorité dans la mesure où il s'agit de servir leur propre intérêt sans aucune considération pour les intérêts des autres associés.

⁶⁵⁰ « La première raison d'être de toute société est l'enrichissement de ses actionnaires », Rapport Marini 1996.

Chapitre II

L'abus de biens et de crédit sociaux

189- Longtemps demeurée circonspecte, l'infraction d'abus de biens et de crédit sociaux est apparue au grand jour en France, soit en fonction des liens qu'elle présentait avec des faits de corruption relatifs au milieu politique, soit compte tenu du poids des détournements et de l'apparence emblématique de la société. Eut égard à cette large médiatisation, l'abus de biens sociaux est devenu le délit phare du droit des sociétés et de la vie des affaires. Une fois créée, la société se doit de nourrir une activité pour accomplir son ambition sociale. Il est alors essentiel d'assurer son fonctionnement normal, et les règles pénales vont avoir pour objet de protéger tous ceux qu'une gestion frauduleuse voire simplement trop imprudente, mettrait en péril⁶⁵¹.

A cet échelon, la société est prétendue légalement constituée⁶⁵², gouvernée⁶⁵³ par ses dirigeants qui ont tout pouvoir pour recommander la société⁶⁵⁴ sans avoir à prouver d'un mandat spécial⁶⁵⁵, sont employés à maintenir la gérance, l'administration, la direction de la société suivant certaines circonstances. Le dirigeant peut donc faire dans ses rapports avec les associés, tous les actes de gestion dans l'intérêt de la société⁶⁵⁶. Les dirigeants ont le devoir de constituer chaque année une comptabilité de l'exercice écoulé ainsi qu'un rapport de gestion et les mettre à la disposition des associés, voire des tiers⁶⁵⁷. Ces informations sont en principe la copie conforme et fiable de l'activité et du patrimoine de la société. C'est pourquoi, le

⁶⁵¹ J. LARGUIER, PH. CONTE, « Droit pénal des affaires », Armand Colin, 11^{ème} éd., 2004, n° 305.

⁶⁵² Lorsqu'ils constituent une société, les dirigeants créent un nouvel être moral. Cette personne morale dispose d'un patrimoine propre distinct de celui de ses associés. Dans une société unipersonnelle, ce n'est pas parce que le dirigeant associé unique dispose de 100% du capital social, qu'il doit confondre son patrimoine personnel avec celui de la société.

⁶⁵³ PH. BISSARA, « Les enjeux du débat sur le gouvernement de l'entreprise », Revue des sociétés, n° 2, 1998.

⁶⁵⁴ Que l'acte participe ou non de l'objet social, qu'il viole ou non l'intérêt de la société, elle est engagée et doit s'exécuter, cf. article 329 pour la SARL, et les articles 465, 488, et 498 pour la SA de l'AUSCGIE.

⁶⁵⁵ Articles 121 et s. de l'AUSCGIE.

⁶⁵⁶ V. AUSCGIE article 277 pour les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple et 328 pour la SARL.

⁶⁵⁷ Les comptes annuels de la SA doivent faire l'objet d'un dépôt au greffe du tribunal compétent pour l'information aux tiers (article 269 AUSCGIE).

devoir d'honnêteté contraint les dirigeants de ne pas soustraire les biens sociaux de leur but et de ne pas dénaturer par l'intermédiaire d'édition de bilans erronés ainsi que la distribution de dividendes illusoires, la conviction des associés et de la personne morale⁶⁵⁸.

190- Origine de l'abus de biens sociaux en droit Ohada.- Les détournements dans la gestion des sociétés que sont les abus des biens et de crédit sociaux ont des conséquences alarmantes sur l'économie dans son ensemble. Le professeur d'économie BLAZY en a apporté une justification en précisant que : « *ce type de délinquance avait des conséquences économiques dévastatrices, en renvoyant vers une instabilité économique et financière, notamment par la proscription des projets légaux affichés par ceux qui se conformaient à la législation. Il s'agit donc d'une infraction grave qui ne frappe pas seulement le patrimoine des sociétés en cause* »⁶⁵⁹. L'incrimination des comportements concernés est en effet venue combler un désert juridique dans certains pays membres de l'Ohada, comme le Cameroun où pendant longtemps, il était seulement question soit simplement de l'abus de confiance sous son aspect le plus virulent⁶⁶⁰, soit de détournements visés à l'article 184 du Code pénal camerounais⁶⁶¹. La nature étroite de la notion d'abus de confiance telle que définie par l'ancien article 408 du Code pénal français qui fut transposé en droit pénal des pays d'Afrique francophone, se montrait en effet inapproprié à de multiples cas d'abus rencontrés dans l'administration des sociétés⁶⁶².

Une autre inquiétude découlait de l'idée de détournement et de dissipation qui ne pouvaient en toute logique ressembler à un simple usage par les dirigeants des biens de la société. L'essor de sociétés de grande envergure concentrant des capitaux importants ainsi que la survenance de scandales financiers retentissants ont révélé l'inadaptation du Code pénal et du texte à réprimer les abus de gestion commis par les dirigeants de sociétés, en l'absence d'une incrimination propre au droit des sociétés⁶⁶³. Compte tenu de ces raisons autant économiques

⁶⁵⁸ Article 889 de l'AUSCGIE pour la distribution de dividendes illusoires et article 890 de l'AUSCGIE pour l'édition de bilan erroné.

⁶⁵⁹ R. BLAZY, « La pertinence économique de l'incrimination de l'abus des biens sociaux », LPA 2005, n° 99, p. 29.

⁶⁶⁰ Art. 321 du Code pénal camerounais.

⁶⁶¹ Il est à noter que seuls les pays tels que le Cameroun, le Sénégal et le Burkina-Faso ont inséré dans leur législation des dispositions pour punir du délit d'abus de biens sociaux.

⁶⁶² A titre d'exemple, la liste limitative des contrats préalables à l'abus de confiance ne contenait pas le contrat de société lui-même.

⁶⁶³ L. GODON, « Abus de confiance et abus de biens sociaux », Rev. Sociétés 1997, Chroniques, p. 289 ; V. aussi J.-M. VERDIER, « L'abus du mandat social, le droit pénal spécial des sociétés anonymes », Dalloz, 1955, p. 181 et s.

que moralisatrices, il devenait impossible comme le déclare Laurent GODON, que : « *les pouvoirs publics n'interviennent pas pour adapter le droit pénal au contexte de la gestion des sociétés et créer ainsi le délit spécifique d'abus de biens sociaux* »⁶⁶⁴. C'est dans ces conditions que le législateur Ohada a édicté de nouvelles dispositions en la matière, en l'occurrence l'article 891 de l'AUSCGIE.

191- Dispositions actuelles.- En France, l'abus de biens sociaux est un délit pénal propre aux sociétés de capitaux et prévus par les décrets de 1935, puis par la loi n°66-537 du 24 juillet 1966⁶⁶⁵ aujourd'hui codifiée dans le Code de commerce⁶⁶⁶ ; il est également prévu par l'article 242-6 du Code de Commerce. Il n'a pas varié dans son énonciation et est précisé de manière similaire par ces deux textes. Du côté de l'Ohada, cette incrimination de l'abus de biens sociaux découle de la transposition en droit africain des dispositions applicables en droit pénal des affaires en France et qui vise des comportements identiques à ceux prévus par ce texte⁶⁶⁷. En conséquence, l'article 891 de l'AUSCGIE dont la formulation a été modifiée mais dont l'objectif reste le même, reprend de façon analogue lesdits articles du Code de commerce en précisant : « *encourent une sanction pénale le gérant de la société à responsabilité limitée, les administrateurs, le président directeur général, le directeur général, 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 savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles, matérielles ou morales, ou pour favoriser une autre personne morale dans laquelle ils étaient intéressés, directement ou indirectement* »⁶⁶⁸. L'abus de biens sociaux tel que visé par ledit article, est souvent poursuivi par les tribunaux⁶⁶⁹. Etant donné la rareté de la jurisprudence Ohada sur cette incrimination, on s'inspirera de la jurisprudence française qui est très variée en la matière.

⁶⁶⁴ L. GODON, « Abus de confiance et abus de biens sociaux », Rev. sociétés 1997, Chroniques, p. 291.

⁶⁶⁵ Précisément les articles 425-4 et 437-3 de la loi du 24 juillet 1966

⁶⁶⁶ Cf. article L 241-3 du Code de commerce pour les SARL et l'article L 242-6 pour les sociétés par actions, Il est défini en des termes identiques par ces deux textes comme le fait pour les dirigeants « de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement ».

⁶⁶⁷ P.-G. POUGOUE, « Encyclopédie du droit, Ohada », 2011, n° 86, p.975.

⁶⁶⁸ Les dispositions telles que spécifiées par les différents pays membres de l'Ohada seront plus explicitées dans la partie répression.

⁶⁶⁹ J. V. KODO, « L'application des Actes uniformes de l'Ohada », Bruylant, 2010, p. 75.

Toutefois, si en France, l'article 425 de la loi française du 24 juillet 1966 et l'article 1502-3 et 4 allongent cette infraction aux abus relatifs aux prérogatives exercées par les dirigeants sociaux dans l'accomplissement de leurs fonctions, telles que les pouvoirs⁶⁷⁰ et les voix⁶⁷¹ dont ils disposent, le législateur Ohada a préféré une conception restrictive de cette incrimination à savoir l'abus des biens et du crédit.

192- Droits des pays membres de l'Ohada.- Même si l'AUSCGIE fait application de l'article 891, il est à noter que certains pays de l'espace Ohada, malgré la possibilité qui leur est offerte de compléter cette incrimination dans leur législation, ne l'ont toujours pas fait, à l'instar du Sénégal, du Cameroun et de la Centrafrique⁶⁷². En conséquence, un fait déclaré délictueux par la norme communautaire peut être puni des peines criminelles graves dans un Etat et de sanctions vénielles dans un autre. Le délit d'abus de biens sociaux est certainement l'infraction relevant du droit pénal des affaires qui a le plus suscité de constructions prétorienne et de réflexions doctrinales en France⁶⁷³, même s'il est quasiment inexistant dans la plupart des pays membres de l'espace Ohada. L'élément légal de l'infraction en nous basant sur le droit français, n'appelle pas de développement singulier. Une norme coutumière française veut que : « *nullum crimen, nulla poena sine lege* », cette règle fondamentale est héritée du pénaliste italien César BECCARIA et signifie : « *pas de crime, pas de peine sans loi* ». Elle a d'ailleurs été reprise par la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789⁶⁷⁴ et introduite dans les années 90 dans la plupart des Codes pénaux inhérents aux pays membres de l'Ohada⁶⁷⁵. Ainsi, pour qu'il y ait infraction, il faut qu'il y ait une incrimination prévue dans les textes de loi. Ces dispositions doivent mentionner les critères constitutifs du

⁶⁷⁰ L'usage de pouvoirs renvoie aux prérogatives de gestion, d'administration ou de direction reconnues aux dirigeants. Le délit d'abus de biens et de crédit sociaux ne se confond pas avec celui de pouvoirs avec lequel il ne fait pas double emploi. Il en est ainsi chaque fois que l'abus de pouvoir n'a pas donné lieu à un usage des biens ou du crédit, mais s'est arrêté à cet usage de droit.

⁶⁷¹ L'usage de voix renvoie aux procurations données aux dirigeants par certains actionnaires qui les demandent de les représenter aux assemblées générales; en utilisant ces procurations, ils usent des voix qu'ils possèdent.

⁶⁷² M. KOM KAMUSU, « Le droit pénal des sociétés commerciales dans l'Acte uniforme Ohada », Mémoire de DEA, Université de Dschang, 1999 ; P.-G. POUGOUE, F. ANOUKAHA, J. NGUEBOU, « Le droit des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique », Ohada, PUA, 1998.

⁶⁷³ A. MEDINA, « L'utilité de l'abus de biens sociaux », D. 2000, Cah. Dr. Aff., n°16, p. 3 ; R. OLLARD, « L'abus de biens sociaux est-il un contrôle de gestion des entreprises ? », Dr. Pén., 2009, étude 19 ; A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON, R. SALOMON, « Droit pénal des affaires », Litec, 2^e éd., 2010, n° 758.

⁶⁷⁴ Article 7 et 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen : « Nul homme ne peut être accusé, arrêté ou détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant ; il se rend coupable par la résistance. La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ».

⁶⁷⁵ Voir par exemple l'article 111-3 du Code pénal béninois.

délict et la sanction encourue de manière concise en évitant les tournures sombres et ambiguës. C'est ce que l'on appelle le principe de légalité des délits et des peines. On ne peut donc espérer dans un futur proche, une harmonisation des législations africaines tant la situation apparaît éclatée. Ceci étant, l'étude de cette infraction requiert que soient précisées les sociétés concernées.

193- Sociétés concernées.- En se référant au droit français à travers ces articles L. 241-3 et L. 242-6 du Code de commerce, l'abus de biens sociaux constitue un délit qui ne peut se rapporter qu'au détournement d'actifs concernées par ces dispositions à savoir dans les deux différentes formes de société de capitaux que sont les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée⁶⁷⁶. L'infraction d'abus des biens sociaux avait été instaurée pour protéger les épargnants, ce qui explique qu'il n'ait pas été étendu à toutes les sociétés commerciales, notamment celles ayant un caractère personnel et fermé. Par conséquent, l'abus de biens sociaux suppose la présence d'une société à risques limités, autrement dit l'infraction qui n'est prévue que pour certaines formes sociales, ne saurait être étendue à d'autres⁶⁷⁷. Par ailleurs, la société par actions simplifiées (SAS) instituée par la loi N° 94-1 du 3 janvier 1994 en France, et qui peut ne comprendre qu'un seul associé⁶⁷⁸, est soumise également à l'infraction d'abus de biens sociaux⁶⁷⁹. Toutefois, il est important de préciser ici que le législateur africain n'a pas institué la SAS dans l'espace Ohada.

Il faut également ajouter que cette infraction n'existe dans l'espace Ohada que dans les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes. Toutefois, parce que l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (« EURL ») est une forme de SARL, la jurisprudence française a considéré que le gérant d'une EURL pouvait commettre un abus de biens

⁶⁷⁶ Ainsi, faut-il ajouter, que les autres sociétés pour lesquelles un texte spécial prévoit l'applicabilité de cette infraction, telles que les sociétés en commandite par actions ou les sociétés par actions simplifiées.

⁶⁷⁷ Le délit d'abus de biens sociaux n'étant pas prévu par le Code de commerce à l'égard des gérants d'une SNC ou d'une société en commandite simple, la répression pourra cependant avoir lieu sur le terrain d'une autre disposition, à savoir celui de l'abus de confiance. L'article 314-1 du Code pénal dispose que « L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé. L'abus de confiance est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 € d'amende ». Le contrat de mandat est notamment concerné par l'article 314-1 C.P. Or, les gérants d'une société en nom collectif ou d'une société en commandite simple, comme tous dirigeants, sont des mandataires de la société. A partir du moment où ils abusent de leur mandat, en faisant un usage des biens de leur société contraire à l'intérêt social et dans un but personnel, ils commettent un abus de confiance.

⁶⁷⁸ C. com., art. L. 227-1.

⁶⁷⁹ A. MEDINA, « Abus de biens sociaux », Dalloz, 2001, n° 0-29.

sociaux⁶⁸⁰. En effet, la jurisprudence française n'a pas hésité à étendre le délit aux sociétés unipersonnelles. L'interrogation que l'on est à même de se poser ici est de savoir si la survie plus ou moins durable de la société admet elle pour autant à son unique représentant d'amalgamer son patrimoine personnel à celui de la société ? Cette question se situe en fait dans celle plus vaste qui consiste à réfléchir de savoir si le patrimoine social devenu unipersonnelle profite toujours de l'appui institué par l'article 891 de l'AUSCGIE. A n'en pas discuter, la continuation artificielle de l'existence de la société ne provoque pas pour autant l'effacement de la distinction juridique entre le patrimoine personnel et le patrimoine social de l'associé unique, alors même qu'il y aurait brouillamini matériel complet de ces derniers. Dans cet arrêt, la chambre criminelle de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi de l'associé unique d'une EURL, pourvoi qui ne pouvait être retenu selon lui dans la mesure où il ne nuit aucun coassocié. La haute juridiction démontre pour sa part que l'EURL n'est qu'une forme de la SARL, et confirme que l'infraction d'abus de biens sociaux a évidemment pleine capacité à lui être attribuée⁶⁸¹. Ce jugement est très pertinent car il prend une nouvelle fois à contre-pied la thèse contractuelle stricte pour laquelle l'intérêt social ne serait que l'intérêt de l'associé unique, car en effet, l'admission d'un tel concept notamment dans le cas d'un EURL et par extension des SA et des SARL unipersonnelles prévues par le législateur Ohada, reviendrait à rejeter la singularité et l'intérêt de l'autonomie de la personne morale de la société⁶⁸².

Par ailleurs, comme le déclare Alain DEKEUWER, il est souvent habituel que le dirigeant d'une société unipersonnelle n'ait pas conscience d'agir à l'encontre de l'intérêt social⁶⁸³. Néanmoins, la société n'est pas la propriété du dirigeant quand bien même il détiendrait la majorité ou l'intégralité du capital social de cette dernière. Il ne peut donc disposer des biens de la société comme de ses propres biens. Dans tous les cas, la jurisprudence française a décidé que le délit d'abus de biens sociaux s'applique au gérant ou à l'administrateur de la société d'une seule personne⁶⁸⁴. Mais pour être à même d'engager les poursuites, il faudra que le ministère public soit instruit de l'existence de l'infraction, ce qui serait possible même par

⁶⁸⁰ Cass. crim. 14 juin 1993, Bull. crim. n° 208, note B. SAINTOURENS, Rev. sociétés 2002, 546, note B. BOULOC.

⁶⁸¹ Cette jurisprudence s'applique aussi à la confusion de deux patrimoines sociaux, dans le cas de relations entre associés ayant le même administrateur.

⁶⁸² M. A. MOUTHIEU, « L'intérêt social en droit des sociétés », l'Harmattan, 2009, p.72.

⁶⁸³ A. DEKEUWER, « Les intérêts protégés en cas d'abus de biens sociaux », JCP E 1995, I, n° 500.

⁶⁸⁴ Cass. crim. 14 juin 1993, Bull. crim. n° 208, note B. SAINTOURENS, Rev. sociétés 2002, 546, note B. BOULOC.

le moyen de la dénonciation. Mais n'ayant pas de concurrent dans le cas d'espèce, il conviendra seul de la pertinence des poursuites. On peut donc constater que le véritable encadrement de l'infraction d'abus de biens sociaux va au-delà du cadre légal, mais purement imaginaire que montre la simple lecture de l'article 891 de l'AUSCGIE. La création d'une société fut-ce une EURL, implique la création d'un être juridiquement autonome dont on doit respecter la personnalité juridique et c'est une infraction pénale que de dépouiller sa société. Toutefois, ce risque n'existe pas dans l'entreprise individuelle : assimiler la caisse de l'entrepreneur à celle de l'entreprise individuelle n'est assurément pas un signe de bonne gestion, mais au moins ce n'est pas une infraction pénale susceptible de peines d'amendes ou d'emprisonnement. Les délits prévus pour les dirigeants de société anonyme ou les gérants de SARL ne peuvent pas être retenus contre les gérants de société en nom collectif. Particulièrement, on ne peut pas leur imputer l'infraction d'abus de biens sociaux⁶⁸⁵.

194- L'abus de biens sociaux touche singulièrement au nom de la société, les dirigeants qui détournent l'intérêt de l'entreprise vers leur intérêt personnel. Le droit Ohada estimant que la société est une personne indépendante, abuser de la personne, fut-elle morale constitue une faute pénale. Le législateur de l'Ohada encadre nos fougueux entrepreneurs afin de réprimer des agissements contraires à l'intérêt social. Ainsi, le délit d'abus de biens sociaux éclaire la route tel un phare qui rappelle à ces navigateurs qu'il ne faut pas confondre leur patrimoine propre avec celui de l'entreprise⁶⁸⁶. L'abus de biens sociaux implique de prime abord les dirigeants. Mais il n'est pas rare qu'il se trouve rattacher à d'autres personnes, dans ce cas on parle du recel d'abus de biens sociaux mais aussi de complicité d'abus de biens sociaux⁶⁸⁷. En effet, le recel d'abus de biens sociaux est caractérisé lorsque tout autre individu consent à profiter de la générosité d'une société commerciale tolérée en dehors de l'intérêt social de cette dernière. Pour que les juridictions reconnaissent l'infraction, le législateur Ohada incrimine ce délit sur des éléments constitutifs (**Section II**). Toutefois, cette infraction s'avère délicate compte tenu de sa quasi-ignorance qui constitue une problématique de ce délit dans l'espace Ohada (**Section I**).

⁶⁸⁵ Cass. crim. 10 avr. 2002, Rev. Sociétés 2002, p. 566, B. BOULOC, Bull. Joly 2002, p. 974, n° 217, note E. DEZEUZE, sur l'abus de confiance à l'encontre du gérant ayant détourné les fonds de la SNC.

⁶⁸⁶ Y. B. MEUKE, « L'abus de biens sociaux dans l'espace Ohada, ce que les patrons ne pourront plus faire », Rev. Jurifis Info., n° 2, mars/avril 2009, p. 32.

⁶⁸⁷ Cass. crim. 28 janv. 2004, n° 02-88.094, Bull. Joly mais 2004, p. 678 : selon les principes généraux du droit pénal, le complice est assimilé à l'auteur du délit et encourt une responsabilité solidaire avec lui, même s'il n'est pas dirigeant.

La problématique du délit d'abus de biens sociaux dans l'espace Ohada

195- Le droit des affaires a toujours désiré se développer en marge du droit pénal. L'on s'est rapidement rendu compte que les sanctions civiles ou commerciales n'étaient pas assez pénibles pour les hommes d'affaires. En effet, l'objectif de l'Ohada est de sécréter un droit nouveau et adapté dans le domaine des affaires⁶⁸⁸. Les avantages que les Etats africains entendent bénéficier, étaient importants et n'échappent pas à l'observation⁶⁸⁹, en ce sens que ces Actes vont permettre à l'intérieur de chacun des Etats concernés, comme au niveau de l'espace couvert, d'avoir une législation claire, moderne, adaptée, facile à connaître, d'application uniforme, à même de créer la sécurité juridique et judiciaire recherchée⁶⁹⁰. Pour assainir le milieu des affaires et sécuriser l'investissement privé, le législateur Ohada s'est doté d'un pouvoir d'incrimination⁶⁹¹.

196- Les auteurs qui se sont intéressés à la place du droit pénal dans la construction européenne ont toujours insisté sur la rencontre du droit pénal avec le droit communautaire, pour relever que cette rencontre qui est inévitable, se montre parfois compliquée⁶⁹². L'on ne peut feindre ce problème à un moment où les Etats africains se sont engagés dans une volonté d'intégration par les règles⁶⁹³. La majorité des pays membres de l'Ohada tâtonne encore quant à la réglementation des peines applicables en droit pénal Ohada. Ces incertitudes ou retards confirment la situation actuelle du droit pénal des affaires dans les Etats-parties (§ 2),

⁶⁸⁸ P.-G. POUGOUE, Y. R. KALIEU ELONGO, « Introduction critique à l'Ohada », PUA, 2008, p. 23.

⁶⁸⁹ R. MASAMBA, « Avantages comparatifs des Actes uniformes de l'Ohada », Rev. Penant, 2009, n° 869, p. 489.

⁶⁹⁰ F. SAWADOGO, « Les actes uniformes de l'Ohada : aspects techniques généraux », Rev. burkinabè de droit, 2001, n° 39-40, p. 37.

⁶⁹¹ Par incrimination, il faut comprendre le pouvoir qui consiste à élever au rang d'infraction, certains comportements jugés contraire à l'ordre public ou à un intérêt donné. V. en ce sens, M.-L. RASSAT, « Droit pénal général », éd. Ellipse, 2006, p. 86.

⁶⁹² J. H. ROBERT, « L'incrimination par renvoi du législateur national à des règlements communautaires futurs », Mél. LEVASSEUR, p. 169 ; D. SULEZ-LARTVJERE, « Droit pénal international des affaires, Mythe ou réalité », Dalloz Affaires 1998, 272 ; M. DELMAS-MARTY et P. TRUCHE, « Uniformité ou conformité des systèmes juridiques nationaux : des règles identiques aux principes directeurs », in « Quelle politique pénale pour l'Europe », Economica 1993, p. 321.

⁶⁹³ J. ISSA-SAYEGH, « L'intégration juridique des Etats africain de la Zone franc », Penant 1997, n° 823, p. 5.

autrement dit la révélation d'une protection pénale inachevée. Cette inquiétude, autrement dit la caractérisation de l'abus de biens sociaux par le juge, en droit Ohada ne relève pas d'un simple exercice de style⁶⁹⁴. Cette tâche a quand même nécessité la construction d'un droit pénal des affaires dans l'espace Ohada (§ 1).

§ 1. LA CONSTRUCTION D'UN DROIT PENAL DES AFFAIRES DANS L'ESPACE OHADA

197- Le Droit Pénal est une branche du droit qui demeure au centre même du sanctuaire de la souveraineté. Et de la sorte, le droit Ohada qui a pour vocation d'harmoniser les règles d'un espace juridique donné ne peut apparaître que comme une ingérence difficilement conciliable avec la technique d'intégration de l'AUSCGIE qui est directement applicable dans les pays membres en dehors de toute intervention du législateur national. Toutefois, l'exigence d'assainissement de l'environnement économique mondial, les enjeux de protection des droits de l'homme et de la moralité de la société internationale allèguent le développement du droit pénal international et, concomitamment, le recul de l'absolutisme des souverainetés étatiques.

A. Un vif élan prôné par les Etats-parties

198- La volonté d'une vision d'un droit pénal des affaires repose sur l'assentiment des pays membres de l'Ohada (1) de concourir ensemble à l'émersion des infractions de la délinquance d'affaires ou délinquance *en col blanc* d'autant plus dangereuses qu'elles sont dissimulées et font plus de victimes⁶⁹⁵ en particulier l'abus de biens sociaux, ce qui laisse supposer un droit pénal inhérent à chaque Etat-partie au service de l'Ohada (2)

1. L'assentiment des Etats-parties à la création d'un droit pénal des affaires

199- Cette adhésion est détaillée dans le traité fondateur de l'Ohada. En effet, l'article 5 du traité Ohada voue à son alinéa 2 un sentiment d'institutionnalisation d'un droit pénal dans

⁶⁹⁴ Q. URBAN, « De la difficulté pour le juge de caractériser l'abus de biens sociaux », JCP G 2005, I, 165.

⁶⁹⁵ J. LARGUIER, P. CONTE, « Droit pénal des affaires », A. COLIN, 11^e éd., 2004, p. 2.

l'espace Ohada en disposant que : « *les actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale ; les Etats parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues* ». A la lecture de ce qui précède, on peut constater une invitation implicite à participer activement à la réalisation d'un projet commun, même si l'enseignement de cette lecture relève que la primeur des choix des peines est laissée aux soins des pays membres de l'espace Ohada. Toutefois, une évidence se profile en ce sens que les dispositions de cet article accomplissent un transfert partiel de la souveraineté desdits pays en matière pénale vers l'organe législatif⁶⁹⁶. On a vite fait de comprendre que le droit pénal est un sujet qui n'entre pas en tant que tel dans le domaine de compétence de la communauté, mais demeure du ressort de chaque Etat-partie⁶⁹⁷.

200- Le droit français a une grande influence sur les systèmes juridiques en Afrique. Les règles du droit pénal des affaires applicables dans la plupart des pays africains se trouvent être dépassées, parce qu'elles ont été reçues en héritage du droit français, notamment de la loi de 1966. La législation de certains pays francophones d'Afrique noire fait référence à cette loi⁶⁹⁸ qui a subi toutefois en France un toilettage approprié la rendant conforme aux besoins actuels de la répression des infractions économiques. Cela traduit ainsi la propension de ces Etats à s'inspirer de la législation française⁶⁹⁹. Le vif élan a consisté donc dans l'engagement d'un processus de rénovation de leurs systèmes juridiques, à partir d'une réflexion qui tient compte des choix politiques cohérents et des aspirations profondes des sociétés africaines⁷⁰⁰, d'où la volonté d'uniformisation d'un droit pénal dont les dispositions à naître, devraient refléter cet impératif.

2. Le droit pénal « *domestique* » à la disposition de l'Ohada

201- Il s'agit en effet de mettre en conformité avec les actes uniformes, la législation nationale de chaque Etat-partie. L'idée est qu'en acceptant de déléguer une partie de leur compétence en matière répressive, les pays membres de l'Ohada ont fait le choix implicite

⁶⁹⁶ Le conseil des ministres de l'Ohada.

⁶⁹⁷ Cf. 8^e rapport de la Commission européenne, mai 1974, p. 87.

⁶⁹⁸ J. VANDERLENDEN, « Les systèmes juridiques africains », PUF, 1983, p. 95.

⁶⁹⁹ D. ABARCHI, « Problématiques des réformes législatives en Afrique : le mimétisme juridique comme méthode de construction », Rev. nigérienne de droit, 1999, n° 20, p. 53.

⁷⁰⁰ E. K. YAO, « Uniformisation et droit pénal : esquisse d'un droit des affaires pénales en droit Ohada », Rev. Penant 2011, n° 876, p. 301.

d'une influence du législateur qui dispose désormais de moyens juridiques pour les pousser, soit à modifier leurs systèmes répressifs ou soit à les abroger. Toutefois, l'élément clé demeure dans la pratique du renvoi effectuée par le législateur africain. En effet, si la détermination des incriminations est de son ressort, en retour, il demande l'appui du législateur national pour la détermination des modalités de la répression et la prévision des sanctions pénales⁷⁰¹.

Ainsi, en s'intéressant de près aux infractions liées au fonctionnement de la société, le législateur Ohada a inséré dans l'AUSCGIE des dispositions relatives au délit d'abus de biens sociaux. Le constat est que l'infraction, une fois précisée dans ses éléments constitutifs, ledit acte laisse le soin au droit pénal en vigueur dans les pays membres, de déterminer les peines encourues par les infracteurs visés par les prévisions légales. Néanmoins, ce procédé de renvoi tel que développé par le droit Ohada conforte l'idée comme nous le verrons plus tard de la thèse selon laquelle une codification du droit pénal des affaires serait souhaitable.

B. L'introduction dans l'AUSCGIE des textes prévoyant l'incrimination d'abus de biens sociaux

202- Intégrer dans l'AUSCGIE des dispositions pénales, est un critère pour un droit pénal des affaires dans l'espace Ohada. Le législateur a certainement compris le bien-fondé de cette contrainte. Toutefois, il semble que l'infraction d'abus de biens sociaux visée par l'AUSCGIE n'existait pas avant le traité Ohada, il s'agit en quelque sorte d'une transposition directe des articles L. 241-3 et L. 242-6 du Code de commerce français. Du coup, aucun appel au droit commun n'a été fait tant au niveau du procédé d'incrimination du délit, qu'au niveau du mécanisme de poursuite de l'infraction visée par l'AUSCGIE **(1)**. Mais, il faut reconnaître que cela a constitué un repère pour les autorités locales, dans l'apport d'une extension du droit pénal des affaires **(2)**

1. La définition par les législateurs nationaux de l'incrimination d'abus de biens sociaux

⁷⁰¹ D. NDIAW, « Actes uniformes et Droit pénal des Etats signataires du Traité de l'Ohada : La difficile émergence d'un droit pénal Communautaire des Affaires dans l'espace Ohada », *Revue Burkinabé de Droit*, 2001, p. 73.

203- L'une des caractéristiques du droit pénal des affaires dans l'espace Ohada demeure dans la possibilité offerte aux juges, de sanctionner l'abus de biens sociaux, en principe selon le droit commun national, c'est-à-dire, en recourant au droit pénal général et à la procédure pénale en vigueur. Cela n'a pas été fait, dû à des textes trop archaïques et surtout à l'inexistence de cette infraction auparavant. Il s'agit donc d'une innovation du droit Ohada au regard du droit des Etats-parties. Dans le contexte africain où l'analphabétisme est encore environnant et où même les praticiens du droit ont de la peine à trouver les dispositions applicables à cause de leur nature éparse, il est de style convenable que le législateur national reprenne cette infraction et les assortisse de sanctions correspondantes.

2. L'extension du champ d'application de l'abus de biens sociaux dans l'espace Ohada

204- Quelques pays ont seulement jusqu'ici pris des textes relatifs à l'abus de biens sociaux. La reproduction de cette incrimination définie par l'AUSCGIE en les assortissant de sanctions semble plus conforme au principe de la légalité criminelle. Au lieu que le délinquant potentiel aille se renseigner sur les dispositions Ohada qui prévoit un délit, avant d'aller chercher le texte de loi interne qui la réprime, il a à la fois l'incrimination et la sanction. Sa reprise dans un texte interne, loin de constituer une violation de compétence législative, n'est que la consécration de l'internalisation de ses textes. Cette reprise ne crée donc pas une dévolution du contentieux de l'interprétation aux Cours Suprêmes des Etats concernés, mais simplement la recherche de la cohérence entre l'incrimination et la sanction, pour éviter que le « *principe* » du respect du droit communautaire porte atteinte aux droits et libertés individuelles.

En l'état actuel de l'application des dispositions pénales de l'Ohada, le nombre des Etats ayant des textes sanctionnant les incriminations des Actes uniformes est très réduit ; soit environ trois Etats sur dix-sept membres. La difficulté ici réside dans le fait que le traité en mentionnant ces dispositions, n'avait pas prévu que certains pays résisteraient à exécuter pareille œuvre. En effet, sur les dix-sept Etats membres de l'espace Ohada, seuls le Sénégal⁷⁰², le Cameroun⁷⁰³ et la Centrafrique⁷⁰⁴ ont répondu à l'appel du législateur africain.

⁷⁰² Loi 98-22 du 26 mars 1998 fixant les peines au Sénégal.

⁷⁰³ Loi n° 2003/008 du 10 juillet 2003 portant répression des infractions contenues dans certains Actes Uniformes.

⁷⁰⁴ Loi n° 10.001 du 06 janvier 2010 portant code pénal centrafricain.

Depuis l'entrée en vigueur des Actes uniformes et principalement de l'AUSCGIE, plusieurs pays oscillent et rendent ainsi inapplicable le droit pénal Ohada. Cela est sans doute dû au fait que bien qu'ils aient pris l'engagement de dispositions étatiques inhérentes aux incriminations supranationales, les Etats parties ne se sont point attribués de délai d'exercice. Pire, ils s'empêchent dans l'illégalité. Effectivement, l'adage « *nullem crimen, nulla poena, sine lege* » exige que l'infraction ne peut être réprimée que si l'incrimination est suivie d'une sanction⁷⁰⁵. Le principe de légalité tel que désormais tous les auteurs l'acceptent, ne se réduit pas seulement à la contrainte d'une loi pour l'établissement des incriminations et la détermination des sanctions. Il commande aussi la promulgation de lois suffisamment accessibles, précises et prévisibles dans leurs effets de façon que les citoyens puissent savoir ce qui est interdit, pressentir les conséquences d'un acte déterminé et régler leur conduite⁷⁰⁶.

§ 2. LA SITUATION ACTUELLE DU DROIT PENAL DES AFFAIRES DANS LES ETATS-PARTIES

205- Le droit pénal est l'un des domaines dans lesquels l'Etat est particulièrement jaloux de sa souveraineté, C'est l'une des branches du droit qui réside « *au cœur même du sanctuaire de la souveraineté* »⁷⁰⁷. La décision d'harmoniser le droit des affaires en Afrique rendait inévitable cette délicate rencontre entre le droit pénal et le droit communautaire⁷⁰⁸. Le droit pénal des affaires Ohada se trouve donc éclaté en deux champs de compétences : une compétence d'édiction des normes de comportements punissables qui relève de l'ordre supranational, et une compétence complémentaire d'élaboration des normes de répression qui demeure dans les ordres juridiques nationaux⁷⁰⁹. Cet éclatement nous permettra d'évaluer la situation de l'application du droit pénal des affaires et de la portée de la politique législative pénale Ohada en matière d'abus de biens sociaux.

⁷⁰⁵ Sans peines afférentes, il est impossible que les nouvelles incriminations puissent être applicables.

⁷⁰⁶ L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit pénal, in Droit pénal contemporain », Mélanges VITU, 1989, p. 169 ; Sur la question de la qualité de la loi, M DELMAS-MARTY et P. TRUCHE, « Uniformité ou compatibilité des systèmes juridiques nationaux : des règles identiques aux principes directeurs », in Quelle politique pénale pour l'Europe ? *Economica* 1993, p. 321.

⁷⁰⁷ M. MAHOUE, « le système pénal Ohada ou l'uniformisation à mi-chemin », *Penant*, n° 846, 2004, p. 87.

⁷⁰⁸ D. NDIAW, « Actes uniformes et Droit pénal des Etats signataires du Traité de l'Ohada : La difficile émergence d'un droit pénal Communautaire des Affaires dans l'espace Ohada », *Revue Burkinabé de Droit*, 2001.

⁷⁰⁹ H. TCHANTCHOU, M. AKOUETE AKUE, « L'état du droit pénal dans l'espace Ohada », *Revue de l'ERSUMA*, n° spécial, nov.-déc. 2011, p. 28.

A. Les barrières dans l'émergence d'un droit pénal des affaires dans l'espace Ohada, le cas de l'abus de biens sociaux

206- La volonté d'une vision d'un droit pénal des affaires a marqué une auréole dans le sens de la répression pénale. Le pas ayant été fait, il faut désormais aller jusqu'au bout de la finalité visée. Pour y arriver, l'Ohada doit assurément lever certaines difficultés quant à la détermination de l'abus de biens sociaux (1). A cela s'adjoint l'inachèvement d'une protection pénale souhaitée (2).

1. La difficulté de détermination de l'abus de biens sociaux

207- Le droit Ohada emprunte les expériences des législations nationales pour incriminer, or celles-ci n'ont pas changé réellement de manière quantitative ou qualitative. Comme le démontre le professeur Filiga Michel SAWADOGO, « *les normes pénales en matière de droit des affaires sont très faibles et obsolètes* »⁷¹⁰. Pour autant, le législateur africain doit être animé d'une volonté de cohérence et de rigueur quant à la détermination des infractions et des modalités de répression. Cela résulte du principe même de la légalité. En effet, ce principe impose en la matière de déterminer les éléments constitutifs de l'abus de biens sociaux, ce qui permet de rechercher la responsabilité pénale du ou des auteurs, coauteurs et complices éventuels et de surtout indiquer la pénalité qui s'attache au comportement incriminé, les mécanismes de la mise en œuvre des poursuites à l'encontre des infracteurs, et enfin, la juridiction chargée de juger l'infraction⁷¹¹.

208- Dans l'AUSCGIE, on note une certaine imprécision en la matière. En effet, cette imprécision relève du fait que ledit acte par le biais de son article 891, dresse un comportement ou un acte au rang d'infraction d'abus de biens sociaux, autrement dit, montre le comportement prohibé et ensuite renvoie à une sanction censée ou préétablie dans la législation pénale des Etats-parties. Toutefois, aucune garantie n'est prise en compte quant à l'existence d'une règle pénale comme nous le verrons plus tard. Ce fait n'a sans cesse de

⁷¹⁰ V. commentaire de F. M. SAWADOGO de l'acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, in « Ohada, Traité et actes uniformes commentés et annotés », Juriscope, 2007, p. 877.

⁷¹¹ E. K. YAO, « Uniformisation et droit pénal : esquisse d'un droit des affaires pénales en droit Ohada », Rev. Penant 2011, n° 876, p. 309.

participer à renforcer l'incertitude dans la détermination de l'abus de biens sociaux, permettant au juge d'avoir un pouvoir d'appréciation très large⁷¹² de l'infraction voire arbitraire, puisqu'aucune peine n'a été prévue en avance.

Le droit pénal national ne remplace pas le droit Ohada qu'il a fonction d'appliquer ou d'accompagner⁷¹³. Il ne lui est point subsidiaire mais plutôt accessoire. Lorsque l'AUSCGIE a entendu pénaliser un acte ou comportement, il l'a énoncé, lorsqu'il ne l'a pas souhaité, il est resté discret. Le rôle du droit national est donc de finir voire de parfaire toute tâche de pénalisation qu'entamerait le droit communautaire, mais seulement celle amorcée par les Actes uniformes. Cependant, il ne faut pas, en effet, que les incriminations de l'AUSCGIE, pénalement sanctionnées dans certains Etats, reste impunies dans d'autres. Pour parvenir à cette coordination, le Traité, après avoir prévu la possibilité pour les Actes Uniformes de prévoir des incriminations, a mis à la charge des Etats signataires une obligation, celle de déterminer les sanctions pénales encourues⁷¹⁴.

2. Une protection pénale inachevée

209- Le prototype unique qui se manifeste dans le cas d'espèce concerne le délit d'abus de biens sociaux. En effet, cette infraction doit retenir l'attention car elle se rapporte à l'une des sphères où l'aptitude est délibérément acquise aux juges nationaux par le législateur Ohada : les sanctions pénales. L'une des caractéristiques du droit pénal de l'Ohada est que sa législation a administré les critères⁷¹⁵ des infractions pénales et laissé le soin aux législateurs des pays membres de concevoir le critère légal en tenant compte de leurs données nationales respectives. Il en découle, qu'en matière pénale, le poids normatif des décisions des tribunaux nationaux reste fondamental. Ainsi, les dispositions légales exprimant généralement les conditions de leur application, il convient au juge qui les applique, de constater dans son jugement que toutes les conditions nécessaires par la règle considérée sont explicitées. Courage et précaution, force et réserve récapitulent en fait le dilemme du juge qui entend

⁷¹² D. NDIAW, « Actes uniformes et Droit pénal des Etats signataires du Traité de l'Ohada : La difficile émergence d'un droit pénal Communautaire des Affaires dans l'espace Ohada », *Revue Burkinabé de Droit*, 2001, p. 71.

⁷¹³ H. TCHANTCHOU, « La supranationalité judiciaire dans le cadre de l'Ohada », Thèse, Poitiers, 2006, p. 266 et s.

⁷¹⁴ Article 5 al. 2 du Traité: « Les Actes Uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination. Les Etats parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues ».

⁷¹⁵ Moral et matériel.

imposer sa politique jurisprudentielle sans choquer de front l'opinion profondément ferme que le juge ne doit pas faire la loi. Mais voilà, en l'absence de dispositions particulières, comment le savoir-faire du juge doit-il s'évertuer à trouver le procédé lui permettant d'assurer un temps soit peu la prévalence du but poursuivi tout en convaincant de sa légitimité. Il convient donc de voir pourquoi la protection de la disposition prônée par l'Acte uniforme paraît inachevée.

210- Les Etats ont de tout temps rejeté le transfert de cette fonction primordiale de la souveraineté qu'est l'exercice de la répression ; c'est ce qui justifie le succès du fondement de la territorialité. Ainsi, sans risque de se tromper, sur un plan pénal⁷¹⁶, la détermination des peines reste de la compétence exclusive du législateur national : c'est un impératif constitutionnel. On comprend donc aisément la position du législateur Ohada de ne pas édulcorer le droit pénal du pays membre⁷¹⁷. Le juge Michel MAHOUE considère qu'en application du principe de subsidiarité⁷¹⁸ du droit national par rapport au droit communautaire, chaque pays membre conserve la liberté d'incriminer des comportements qui, à ses yeux, sont d'une gravité telle qu'ils méritent une sanction pénale, mais cela peut aboutir inéluctablement à l'existence des divergences de sanction dans les pays membres. Il va plus loin en énonçant que « *dans la sphère nationale, le droit interne bouche les trous d'impunité laissés par le droit communautaire* »⁷¹⁹, ainsi tout fait qui pénétrerait dans la classification de « *punissabilité* » d'un pays peut être incriminé. Cette liberté donne l'opportunité aux délinquants d'affaire de commettre leur forfait dans des pays où les infractions sont punies de peines plus ou moins souples. On peut y déceler même le risque d'apparition de « paradis pénaux »⁷²⁰, voire une atteinte au principe de l'égalité des individus devant la loi pénale.

⁷¹⁶ S. ROGER, « Le visage inconstitutionnel du code pénal camerounais », Revue Lex Lata, 1996, n° 26, p. 2.

⁷¹⁷ Dans d'autres cas, des organisations ont laissé aux législateurs nationaux le soin d'énoncer des infractions réprimant l'inobservance des prescriptions communautaires. C'est le cas, par exemple, du Règlement portant système comptable Ouest Africain (SYSCOA), dans le cadre de l'UEMOA, qui a choisi de spécifier simplement les infractions, en s'interdisant d'en fixer les sanctions. Cette technique est une pratique courante car, assez souvent, lorsque les pays ont pu concéder à une organisation internationale une compétence normative en matière pénale, ils se sont limités à lui reconnaître le droit d'incriminer, c'est à dire d'énoncer des normes de comportement répréhensible, en se réservant le pouvoir de fixation des peines.

⁷¹⁸ Selon le Professeur Jean-Henri Fernand BOULOUIS, le principe de subsidiarité en droit communautaire signifie que « La communauté (et l'Union) n'est justifiée d'agir que si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par une action des Etats membres, partant être mieux réalisés par une action de la Communauté (ou de l'Union) », in, « Droit institutionnel de l'Union européenne », Paris, Montchrestien, 6^e éd., 1997, n° 205, p. 141.

⁷¹⁹ M. MAHOUE, « Le système pénal de l'Ohada ou l'uniformisation à mi-chemin », Penant, 2004, n° 846, p. 92.

⁷²⁰ F. ANOUKAHA, A. CISSE, J. NGUEBOU TOUKAM, P-G POUGOUE, M. SAMB., « Ohada : Sociétés commerciales et G.I.E », Bruylant, 2002, p. 237.

B. L'évaluation de la politique législative pénale Ohada

211- En droit pénal, l'ordre international avance avec beaucoup de précaution, car, malgré tout, le pouvoir de répression est reconnu comme le reflet de l'identité nationale et la législation en la matière reste fortement marquée de l'empreinte de l'exercice interne de la souveraineté étatique⁷²¹. L'observation pratique rend compte d'une certaine léthargie des Etats dans l'accomplissement de leur engagement communautaire. Ce manquement pourrait même s'interpréter comme une inertie délibérée dans le dessein de conjurer l'effectivité de la norme pénale Ohada.

1. Le caractère équivoque des sources du droit pénal uniforme

212- Il s'avère compliqué que les dispositions qui établissent l'infraction, soient produites par deux corps différents : l'un retient les incriminations, l'autre fixe les sanctions. Cet assemblage législatif ne peut accoucher que de lois dont l'exécution risque de rencontrer de nombreuses difficultés. Comment donc imaginer une exécution différente des peines dans la même « zone pénale » ? Là encore, une interrogation s'impose, surtout qu'en se référant aux Actes uniformes, la Cour commune de justice et d'arbitrage (« CCJA »)⁷²² n'apparaît pas compétente pour contrôler l'exécution du droit pénal Ohada. Cela laisse présager d'obstacles liés à une protection pénale uniforme. Généralement, au sein des ensembles intégrés ou à l'échelle mondiale, des directives peuvent être adressées aux Etats dans le sens de la pénalisation de certains agissements ; mais les Etats-nationaux ont toujours su rester maîtres en la matière, en rejetant toute idée de transfert du pouvoir de législation pénale aux institutions ou organisations internationales.

L'uniformisation du droit pénal se conçoit comme l'appui essentiel de l'intégration juridique. En se référant à l'article 5 du traité en son alinéa 2, celui-ci renvoie à des textes à constituer puisque l'Ohada ne s'est reconnu compétence que dans la description des éléments matériels et moraux du délit, en laissant aux pays membres, qui s'y sont invités, le soin d'apporter la

⁷²¹ R. M. NSANA, « La problématique d'un droit pénal des affaires Ohada », in « L'état de l'application du Droit pénal des affaires Ohada dans les Etats-Parties », Rev. de l'ERSUMA, 2012, p. 17.

⁷²² Et même si c'était le cas, cela rendrait très difficile l'accès à cette structure voire augmenter des frais de procédure sachant que cette Cour est basée en Côte d'Ivoire. Ainsi dans la mesure où une affaire se déroulerait dans un autres pays membre, la difficulté serait majeure de recourir à cette structure compte tenu des frais énormes pouvant être engagés.

posologie de sanctions conséquentes. Le renvoi est donc toujours inévitable. Il n'est néanmoins pas toujours fait de la même façon. Il est plus question de renvoi à des textes à créer que des textes préexistants dans le cas d'espèce. On peut prétendre que le Cameroun, le Sénégal et la Centrafrique ne sont pas concernés puisqu'ils ont déjà inséré dans leur droit national la sanction relative à l'incrimination qui nous préoccupe.

2. Les obstacles relevés

213- En observant cette léthargie des Etats dans l'exécution de leur engagement communautaire qui il faut le dire ici dépend de la volonté nationale, cette entorse pourrait s'analyser comme un engourdissement volontaire ayant pour finalité de détourner l'effectivité de la règle pénale Ohada. Et ces incertitudes provoquent tacitement, mais nécessairement des dysfonctionnements dans l'administration de la justice communautaire⁷²³. Par contre, les anciens délits contenus dans les dispositions internes sont devenus inapplicables et archaïques, étant donné qu'ils ont en principe été abrogés par les Actes uniformes. On constate donc, qu'en matière pénale, ces pays vivent un véritable désordre judiciaire. Même les pays où les sanctions ont été imposées, il y regorge une confusion due à de multiples brèches. En effet, le législateur Ohada a consacré en quelque sorte une dégradation du principe de la légalité dans l'édification des incriminations larges et imprécises ; cela donne au juge les moyens de sanctionner tous les comportements possibles. La qualification des infractions et en particulier celle de l'abus de biens sociaux n'a pas été faite de manière claire et précise. Plus encore, il s'est contenté de désigner comme auteurs des infractions pénales dans les sociétés commerciales, les personnes physiques dirigeants sociaux, sans jamais considérer comme c'est le cas en droit français, de la possibilité où la personne morale peut être poursuivie avec ses dirigeants.

214- D'autres obstacles peuvent être également rattachés à une protection pénale uniforme. En effet, l'on est à même de se poser la question de savoir quelle est la haute juridiction compétente pour connaître des pourvois contre les arrêts rendus par les cours d'appel de l'espace Ohada en matière pénale ? La CCJA ? Impossible, l'article 14 du traité prouve le contraire lorsqu'il précise que : « (...) *Saisie par la voie du recours en cassation, la Cour se*

⁷²³ A. FOKO, « Analyse critique de quelques aspects du droit pénal Ohada », Penant, 2007, n° 859, p. 195 et s.

prononce sur les décisions rendues par les juridictions d'Appel des Etats Parties dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes et des règlements prévus au présent Traité à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales (...) ». Une autre difficulté posée par l'article 7 du Code pénal camerounais posant le principe de la territorialité. En effet, l'article en son alinéa 1 dispose que « *la loi pénale de la République s'applique à tout fait commis sur son territoire* », ce fondement est en principe démodé eut égard aux incriminations faites par l'espace Ohada. Dans le cas d'espèce, comment expliquer cette incertitude à vouloir appliquer l'incrimination de l'abus de biens sociaux aux autres Etats membres puisque les dispositions nouvelles sont inapplicables parce qu'elles semblent ne pas être complètes, et celles anciennes le sont, parce qu'elles sont par principe abrogées⁷²⁴ ? Pour aller plus en profondeur dans la caractérisation de cette infraction, il convient d'aborder les éléments constitutifs tels que précisés par l'article 891 de l'AUSCGIE.

⁷²⁴ Les réponses seront apportées dans le dernier chapitre de la thèse.

Les éléments constitutifs de l'abus de biens et de crédit sociaux

215- Par opposition à de multiples délits qui visent soit la personne qui fait ou omet de faire, soit le fait de faire ou d'omettre, l'infraction d'abus de biens sociaux est un délit individualisé ou attitré. Prévu principalement par l'article 891 de l'AUSCGIE, son fondement suppose la réunion des critères constitutifs énoncés par la législation en vigueur. Retenir l'infraction revient à définir son élément moral et son élément matériel. L'exigence légale de ces critères porte en elle l'obligation d'une définition et d'une interprétation respectueuses de la lettre de l'article 891 et de l'esprit général du principe de la légalité des délits et des peines⁷²⁵. La loi Ohada exige en réalité la réunion de quatre éléments : un acte d'usage, contraire à l'intérêt social, réalisé de mauvaise foi et à des fins personnelles. Les deux premiers représentent l'élément matériel (§ 1) tandis que les deux autres constituent l'élément moral (§ 2) de l'infraction⁷²⁶.

216- L'abus de biens sociaux constitue un délit de fonction, le législateur africain entend, sans pour autant réduire les pouvoirs de gestion des dirigeants, punir leurs actes, faits juridiques ou conventions, authentiques ou feintes, portant atteinte au patrimoine social et accomplis dans leur propre intérêt. Il suffit juste de faire remarquer que l'incrimination demeure dans l'Acte uniforme et que la sanction relève du droit national des Etats-parties. Ce sont ces différents cas qu'il convient d'approfondir.

§ 1. LA CARACTERISATION DU PREJUDICE EPROUVE PAR LA SOCIETE

⁷²⁵ « Les dirigeants sociaux », in Encyclopédie de droit Ohada, dir. P.-G. POUGOUE, n° 442, p. 706.

⁷²⁶ P.-G. POUGOUE, F. ANOUHAKA, J. NGUEBOU, « Commentaire de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE », in Ohada, Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2^e éd., 2002, n° 285, p. 130.

217- Quel que soit l'objet de l'infraction d'abus de biens ou du crédit, il est légalement constitué par un acte d'usage. En conséquence, deux principes gouvernent ici l'élément matériel de l'abus de biens sociaux, il s'agit d'une part de l'acte d'usage des biens et du crédit (**A**), et d'autre part que cet acte soit conditionné à un usage contraire à l'intérêt social (**B**). Le juge africain devra ainsi reconnaître la faute au vu des conditions de preuve qui lui seront apportées. Si l'appréciation du comportement nuisible du dirigeant est sans nul doute évidente quant à la violation de la loi ou du pacte social, le jugement apparaît plus compliqué dès lors qu'il faut constater une atteinte à l'intérêt de la société qui prend une tonalité toute particulière, quand son auteur y trouve un intérêt personnel. Elle se démarque alors de la faute de gestion, qui n'étant pas pénalement réprimée, se termine généralement par une révocation⁷²⁷. Voilà pourquoi, comme l'a désiré et exposé le législateur Ohada en matière d'abus de biens sociaux, l'intérêt social doit être en la matière, la boussole du juge africain⁷²⁸.

A. L'usage des biens et du crédit

218- Il n'est rien de plus aisé que les dirigeants sociaux fassent un usage quotidien des prérogatives qui leur ont été assignées et ce faisant, se servent des biens qui sont dans le patrimoine de la société qu'ils gouvernent. Mais, bien évidemment à la condition que la finalité juridique de leur pouvoir de gestion soit honorée. Mais quel qu'en soit l'objet, l'abus implique d'abord un usage, mais qui peut être un acte d'usage sur les biens de la société mais encore en tenant compte du crédit c'est-à-dire de la renommée de cette dernière.

Cet usage est entendu très largement par la jurisprudence. La doctrine française analyse cette jurisprudence de la façon suivante : *« Il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu détournement ou dissipation ; le simple usage des biens ou même du crédit social caractérise le délit, alors même que l'usage n'a pas altéré la substance de la chose et que la société ne s'est pas finalement trouvée appauvrie. Faire usage des biens sociaux, c'est accomplir sur eux, non seulement des actes de disposition comportant aliénation ou cession au profit d'un tiers, mais*

⁷²⁷ , la faute de gestion laisse à imaginer une appréciation sur le comportement qu'aurait dû avoir un dirigeant diligent. Le juge africain devra alors examiner le comportement du dirigeant en cause, il n'est pas essentiel que les actes soient délibérés ou illicites, une simple imprudence ou négligence devrait être suffisante.

⁷²⁸ Y. B. MEUKE, « De l'intérêt social dans l'AUSC de l'Ohada », www.juriscope.org.

même de simples actes d'administration : prêts, avances ou baux »⁷²⁹. Mais l'usage, et voilà l'essentiel, n'implique pas forcément que l'auteur de l'infraction ait procédé à une interversion de la possession : la simple utilisation, le simple acte d'administration suffiront. L'usage est traditionnellement analysé comme un acte instantané, la prise de la décision illicite consommant cet usage⁷³⁰.

1. Usage des biens

219- Par définition les « *biens sociaux* » constituent tous les biens qui sont dans le patrimoine de la société. La nature des biens importe peu, il peut s'agir des meubles corporels, tels que le matériel, le mobilier, l'argent ou de biens incorporels⁷³¹ et immeubles⁷³². La notion d'usage est avant tout un acte positif qu'il convient au préalable de bien caractériser, encore que ne pas gérer, revient à mal gérer. L'infraction est donc effectuée par le simple usage et cet usage peut être réprimé même lorsqu'il est temporaire⁷³³. Autrement dit, l'usage de biens s'applique au fait de se servir temporairement des biens appartenant à l'entreprise mais aussi, le fait d'une appropriation décisive de ces mêmes biens. Cela concerne entre autres : les actes de disposition⁷³⁴ ou d'administration⁷³⁵.

L'abus de biens sociaux n'est incriminé que dans les sociétés de capitaux, il faut donc toujours avoir en mémoire la pratique de la séparation des patrimoines. La société est une personne morale qui a son capital propre. Les dirigeants doivent administrer le patrimoine social en leur qualité, mais ils ne sauraient assimiler leur patrimoine personnel avec leur patrimoine social. L'article 891 de l'Acte uniforme vise un acte d'usage, le procédé pénal d'interprétation établit qu'il faut un acte positif d'usage. Théoriquement, l'infraction ne peut

⁷²⁹ A. TOUFFAIT, J. ROBIN, A. AUDUREAU et J. LACOSTE : « Délits et sanctions dans les sociétés », cités par B. LAURET dans son ouvrage portant sur le « Droit pénal des affaires », Economica, 8^e éd., 2012.

⁷³⁰ W. JEAN-DIDIER, « Sociétés-Abus des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix », Jurisclasseur pénal des affaires, avril 2011, p. 11.

⁷³¹ la Cour de cassation a estimé que même si l'invention a été le fait du dirigeant, étant donné que c'est la société qui a supporté les dépenses de recherches et qui a mis au point les prototypes, Les biens incorporels tels que les brevets peuvent faire l'objet d'un abus de biens sociaux, Cass. crim., 14 nov. 1973, n° 72-93.925, Bull. crim., n° 415, JCP G 1973, IV, p. 419.

⁷³² Cas du PDG ou de l'administrateur qui fait construire villa et piscine sur les fonds sociaux comptabilisés dans un compte d'immobilisation intitulé « Cité, maisons et habitations », Affaire « SCHLUMPF », TGI Mulhouse, 25 mars 1983, D. 1984, jur., p. 285, note C. DUCOULOUX -FAVARD.

⁷³³ Cass. crim., 28 janv. 2004, n° 02-88.094, Rev. Sociétés 2004, p. 722, note B. BOULOC.

⁷³⁴ Détournement pur et simple de biens.

⁷³⁵ Utilisation par un dirigeant pour son unique approbation et sans contrepartie un bien appartenant à la société.

s'accomplir par une abstention ou une omission. Par ailleurs, il faut que cet acte d'usage soit consommé car les dispositions dudit l'article ne mettent pas en cause la tentative de l'abus de biens sociaux.

220- L'usage concerne en général un acte positif, comme un salaire démesuré d'un dirigeant, compte tenu de la pénibilité due à une diminution du chiffre d'affaires même si le conseil d'administration a donné son accord⁷³⁶. L'acte positif demeure dans une utilisation abusive ou dans un emprunt irrégulier des biens de la société. Il peut également s'agir selon une jurisprudence, d'une abstention⁷³⁷. Ainsi, seule la réalisation de l'usage entre en ligne de compte, qu'elle résulte d'une action, d'une abstention volontaire ou d'une omission⁷³⁸. L'abus de biens sociaux est une infraction immédiate qui s'accomplit à l'instant où il y a usage abusif, lequel laisse demeurer le délit même ultérieurement que les biens sociaux soustraits aient été rendus⁷³⁹. De préférence, on estime que l'usage frauduleux est consommé aussitôt que la décision de gestion anormale est saisie, même si elle ne se matérialise et se répercute que bien après⁷⁴⁰. Par ailleurs, il est important de signaler qu'une simple erreur de gestion d'un marché, même initiée en violation de la procédure requise à cet effet, ne peut constituer un délit d'abus de biens sociaux⁷⁴¹. Néanmoins, ces abus auront à défaut toujours porté entorse au patrimoine social⁷⁴², du moins fait accélérer à celui-ci un risque anormal auquel il n'aurait pas dû être affiché.

2. Usage du crédit

221- Le terme *crédit* constitue la réputation de l'entreprise, en effet, il s'agit de la « confiance qui s'attache à la société en raison de son capital, de la nature des affaires et de sa bonne marche ». Il s'entend de l'aptitude financière à pouvoir emprunter, le fait d'établir des

⁷³⁶ Cass. crim., 22 septembre 2004, n° 03-82.266, Rev. sociétés 2005, p. 200, note B. BOULOC, Bull. Joly Sociétés 2005, p. 46, note J.-F. BARBIERI, Dr. pénal 2004, n° 12, p. 22, obs. J.-H. ROBERT.

⁷³⁷ D. REBUT, « L'abus de biens sociaux par abstention », D. 2005, p. 1290.

⁷³⁸ En effet, le juge pénal en matière d'abus de biens sociaux, en est venu à réprimer les simples négligences ou omissions pouvant ressortir de l'inaction d'un dirigeant en matière de recouvrement de créances. V. en ce sens M. DELMAS-MARTY, « Droit pénal des affaires », PUF, 2000, p. 295.

⁷³⁹ Cass. crim., 3 déc. 2003, n° 02-84.003 ; V. Lamy droit pénal des affaires 2011, 1912.

⁷⁴⁰ Cass. crim., 6 févr. 1997, n° 96-80.615, Bull. crim., n° 48. La Cour de cassation a considéré ici que l'infraction d'origine pouvait être un abus de biens sociaux.

⁷⁴¹ Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, jugement n° 3199 du 09 juillet 2002 - MP c/ Adama SALL et autres.

⁷⁴² CA Nîmes, ch. soc., 10 juillet 2012, n° RG: 10/05595 ; Cass. crim., 8 févr. 2012, n° 11-81.922.

garanties, ou encore de contracter des dettes. L'usage du crédit consiste donc à utiliser la surface financière de toute société pour contraindre à cette dernière un risque anormal et contraire à son intérêt, comme le démontre une jurisprudence antérieure qui demeure éclairante⁷⁴³. Use donc du crédit de la société, le dirigeant qui adjoint la signature de la société⁷⁴⁴, lorsque bien même ceci n'a eu pour résultat que de faire courir un risque à la société, ainsi en a jugé le Tribunal de grande instance de Paris dans l'affaire de la Caisse hypothécaire de crédit⁷⁴⁵. En jurisprudence, l'on rappelle généralement l'idée suivant laquelle le dirigeant affiche le patrimoine social à un risque auquel il aurait dû rester insensible. La doctrine par contre, estime quelquefois que l'abus du crédit était une façon d'accuser une velléité d'abus de biens sociaux, que la loi n'a pas expressément désirée⁷⁴⁶. Néanmoins, pour que l'abus de biens sociaux soit caractérisé, il ne suffit pas qu'il y est seulement usage de biens ou de crédit, encore faudrait-il que cet usage soit contraire à l'intérêt de la société.

B. Un usage contraire à l'intérêt de la société

222- L'usage des biens sociaux ou du crédit d'une société n'est condamnable que s'il est contraire à l'intérêt social. Mais si la loi tient compte de cet intérêt, elle n'en donne pas de définition comme nous avons pu le constater. L'usage n'est répréhensible donc que s'il est contraire à l'intérêt de la société⁷⁴⁷. Il faudrait donc que cet usage cause pour l'entreprise un réel risque sans contrepartie de gains. L'intérêt de la société ne s'assimile pas toujours avec celui des associés. La Cour de cassation dans une jurisprudence ancienne, estime par ailleurs que : *« l'acceptation des uns et l'accord des autres n'efface pas l'abus : la loi ayant pour but de protéger non seulement les intérêts des associés, mais aussi le patrimoine de la société et des tiers qui contractent avec elle »*⁷⁴⁸.

⁷⁴³ Cass. crim., 16 mars 1970, JCP 1971, I, n° 16813, note B. BOULOC.

⁷⁴⁴ Cass. crim., 6 avril 2011, n° 10-85.457, inédit ; Lamy droit pénal des affaires 2013, 2156.

⁷⁴⁵ TGI Paris, 11^e ch., 6 déc. 1977.

⁷⁴⁶ B. BOULOC, « Le dévoiement de l'abus de biens sociaux », RJ com. 1995, Doct., p.301.

⁷⁴⁷ Cass. crim., 7 mars 2012, n° 11-82.877, la Cour de cassation a rejeté l'arrêt en précisant qu'il ne saurait avoir abus de biens sociaux sans un usage contraire à l'intérêt de la société ; Cass. crim., 16 mai 2012, n° 11-85.150, AJ pénal 2012, sept.-oct., note B. BOULOC, Dr. pén. 2012, comm. 105, obs. J.-H Robert dans le cadre d'une qualification d'abus de pouvoir à propos de la rémunération d'un dirigeant de société cotée.

⁷⁴⁸ Cass. crim., 24 mars 1969, n° 67-12.976, Bull. crim., n° 130.

Certains auteurs ont estimé qu'il s'agissait d'un procédé d'équité modératrice à la disposition du juge⁷⁴⁹. D'autres ont considéré qu'il s'agissait d'un instrument de police des sociétés, à la disposition des juges, en vue d'apprécier l'opportunité d'un acte⁷⁵⁰. La contrariété à l'intérêt social constitue le centre de la qualification de l'infraction puisqu'elle conditionne même l'élément intentionnel du délit à savoir qu'il faut l'existence d'un acte contraire à l'intérêt social et que cet acte doit avoir été fait de mauvaise foi, à des fins personnelles directes ou indirectes. En effet, l'intérêt personnel a une influence quelquefois réduite dans la qualification. Dès le moment où l'opération contraire est qualifiée la plupart du temps, cette qualification une fois déterminée, on peut estimer que toutes les prétentions de cette qualification sont évidentes. La notion de contrariété à l'intérêt social a été fixée par la Chambre criminelle dans l'arrêt Carignon : « *Quel que soit l'avantage à court terme qu'elle peut procurer, l'utilisation des fonds sociaux ayant pour seul objet de commettre un délit tel que la corruption est contraire à l'intérêt social en ce qu'elle expose la personne morale au risque anormal de sanctions pénales ou fiscales contre elle-même et ses dirigeants et porte atteinte à son crédit et à sa réputation* »⁷⁵¹.

223- En droit Ohada, l'intérêt social est également apprécié par le juge⁷⁵² et il est insignifiant que tous les associés aient jugé acceptable l'acte incriminé. Alors comment le juge Ohada peut-il apprécier ce caractère contraire ? Suffit-il de prendre l'acte d'usage et voir s'il est contraire à l'acte de la société ? Pas évident, car il demeure un fondement de spécialité des personnes morales commerciales tant et si bien que l'intérêt social change de société à société. Etant donné qu'on ne peut se fixer sur un sentiment continu de l'acte contraire, on peut néanmoins se maintenir sur des idées moins variables à savoir le patrimoine de la société ajouté de l'objet social. Cependant la distinction se fera selon qu'il s'agisse d'un groupe de société ou dans le cadre d'une société unique ou simple.

1. Cas d'une société indépendante

⁷⁴⁹ G. SOUSI, « Intérêt du groupe et intérêt social », JCP G 1975, n° 11816, p. 10.

⁷⁵⁰ J. SCHAPIRA, « L'intérêt social », RTD com. 1971. 970.

⁷⁵¹ J.-F. BARBIERI, « Sur l'évolution de cette jurisprudence », Bull. Joly 1998, n°2, p. 11 ; Droit Pénal 1998, n° 21, J.H. ROBERT.

⁷⁵² Le délit d'abus de biens sociaux a été constitué par le fait pour un directeur général de société d'avoir indûment prélevé sur la trésorerie de la société une somme au profit d'avocats ayant protégé les intérêts (personnels) de certains actionnaires, des avocats eux-mêmes ayant défendu les intérêts des actionnaires les ayant choisis dans leur propre intérêt et non dans l'intérêt social (TGI Ouagadougou, n° 860, 10-1-2000 : Ministère public c/ YAMEOGO Jean Vivien Alfred, www.ohada.com, Ohadata J-05-225.

224- Sont contraires à l'intérêt de la société, les actes qui n'engagent pas son objet social⁷⁵³, autrement dit toute malversation et captation directes effectuées par les dirigeants sociaux sur les fonds sociaux ou financement de leurs frais personnels⁷⁵⁴. Ainsi, comme le disaient ROUSSELET et PATIN : « faire un usage contraire à l'intérêt social consistait tout bonnement à mal administrer le patrimoine social »⁷⁵⁵ et en cela la jurisprudence rejoint ce concept de l'intérêt libéral⁷⁵⁶. Cependant, il n'est pas essentiel que l'acte inconnu à l'intérêt social soit un acte contraire à celui-ci car un acte qui ne s'accorde pas immédiatement à l'intérêt social peut lui être profitable. Il s'agit principalement des rémunérations abusives⁷⁵⁷ ou sans contrepartie. Afin de ne pas faire apparaître le prélèvement abusif, des dirigeants s'octroient des rémunérations importantes. Si le président s'attribue de son propre chef une rémunération, il ne peut y avoir qu'abus de biens sociaux. La rémunération de dirigeant est complexe car en plus du salaire de base, un dirigeant de grosse société cumule bien souvent des jetons de présence, des dividendes, des golden parachutes⁷⁵⁸, des stocks options ou des actions gratuites, des avantages en nature ou des bonus accordés en fonction des objectifs atteints. Néanmoins le caractère excessif de la rémunération est apprécié en tenant compte de la situation financière de la société.

225- Une multitude de facteurs participent à faire de la rémunération perçue par un dirigeant, un abus de biens sociaux⁷⁵⁹. L'hypothèse la plus simple de salaires sans contrepartie est celle de l'emploi fictif par lequel un individu profite d'une rémunération allouée par une société,

⁷⁵³ L'objet social détermine le domaine des activités auxquelles la société entend se livrer pour générer les profits qui seront partagés par les associés à proportion de leur participation ; Crim., 16 déc. 2009, n°08-88.305, Bull. crim., n° 218 ; Dr. sociétés 2010, comm. 78, note R. SALOMON.

⁷⁵⁴ Cass. crim., 4 nov. 2010, n° 09-87.902 ; Crim. 7 mars 2012, n° 11-82.877.

⁷⁵⁵ M. ROUSSELET, M. PATIN, « Précis de droit pénal spécial : étude des infractions punies par le Code pénal et par les lois les plus importantes », Sirey, 6^e éd., 1953, p. 56.

⁷⁵⁶ Cass. crim., 8 avril 2010, n° 09-85.520, Bull. crim., n° 62 ; Rev. sociétés sept. 2010, p. 400, note B. BOULOC ; « Connaissance de l'infraction d'origine », Lamy droit pénal des affaires, 2012, n° 653 ; « Exemples jurisprudentiels d'abus de biens sociaux », Lamy Sociétés commerciales 2012, n° 741.

⁷⁵⁷ Cass. crim. 22 sept. 2004, Rev. sociétés 2005, 200, note B. BOULOC, Bull. Joly 2005, p. 45, n° 6, note J.-F. BARBIERI sur la condamnation d'un dirigeant s'étant octroyé des rémunérations excessives avec l'approbation du conseil d'administration ; F. GARRON, « La rémunération excessive des dirigeants de sociétés commerciales », Rev. sociétés 2004, p. 795.

⁷⁵⁸ Indemnités de départ faramineuses. Toutefois, dans un arrêt du 2 avril 2008, les juges décident que l'indemnité de rupture (golden parachute) accordée, par le PDG d'une société anonyme à la directrice administrative et financière ne constitue pas un abus de biens sociaux dès lorsqu'il s'agissait de consolider l'emploi de cette dernière « en raison de son expérience et de ses compétences professionnelles afin d'assurer la pérennité de l'entreprise » (Cass. crim., 2 avr. 2008, n° 07-85.065).

⁷⁵⁹ F. GARRON, « La rémunération excessive des dirigeants de sociétés commerciales », Rev. Sociétés, 2004, p. 795.

alors qu'il n'y travaille pas⁷⁶⁰. Il y a rémunération abusive lorsqu'elle attribuée sans l'autorisation de l'organe compétent, en l'espèce, le gérant percevait une rémunération qui aurait dû être déterminée par l'assemblée générale des associés convoquée par lui à cet effet⁷⁶¹. L'excès dans la rémunération constitue un abus quand ladite rémunération dépasse les possibilités financières de l'entreprise⁷⁶². Dans tous les cas, les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain pour évaluer le caractère abusif des rémunérations⁷⁶³.

Ce sont aussi les diverses dépenses personnelles du dirigeant qui sont des abus de biens quand elles sont supportées par la société. Comme un abus de biens sociaux le Président du conseil d'administration qui, condamné à payer diverses amendes pour infractions au code de la route impose en connaissance de cause à la trésorerie de la société, le paiement de sommes auxquelles il a été personnellement condamné⁷⁶⁴. La Cour de cassation a également estimé qu'étaient délictueuses, les dépenses liées à la sécurité privée du président d'une société, mises à la charge de la société, sans aucune contrepartie comptable ou financière⁷⁶⁵. Le dirigeant de société peut priver souvent la société de sommes d'argent devant revenir à celle-ci. Tel est le cas du président qui s'approprie des sommes provenant de la vente de biens appartenant à la société⁷⁶⁶ ou encore qui détourne des véhicules et achète un stock de pièces détachées à la société⁷⁶⁷; de s'accorder un prêt violant l'Article 450 alinéa 1 de l'AUSCGIE, peu important que ce prêt ait été accordé durant un conseil d'administration et qu'il profite à l'ensemble du personnel, et en cours de remboursement⁷⁶⁸. Egalement, le fait pour un dirigeant d'avoir indûment prélevé sur la trésorerie de la société une somme au profit d'avocats ayant protégé les intérêts (personnels) de certains actionnaires, des avocats eux-mêmes ayant défendu les intérêts des actionnaires les ayant choisi dans leur propre intérêt et non dans l'intérêt social⁷⁶⁹.

⁷⁶⁰ S. SYLVESTRE, « La rémunération d'activité des dirigeants : brèves observations en faveur d'une réforme », Bull. Joly Sociétés 2008, n° 6, p. 532.

⁷⁶¹ Cass. crim. 22 sept. 2004, Bull. Joly 2005. 45, note J.-F. BARBIERI.

⁷⁶² Cass. crim. 14 févr. 2007, n° 06-10.318, Rev. sociétés 2007. 885.

⁷⁶³ Y. PACLOT, « Le nouveau régime des rémunérations, indemnités et avantages des dirigeants des sociétés cotées », D. 2007, p. 2481 ; G. BORDIER., « Rémunérations des dirigeants », LPA 2005, n° 229, p. 55.

⁷⁶⁴ Cass. crim., 3 févr. 1992, Bull. Joly 1992. 745 ; Rev. sociétés 1992. 535, note B. BOULOC.

⁷⁶⁵ Cass. crim. 13 déc. 2000 (Suard) Bull. Joly 2001, p. 386, n° 96, note J.-F. BARBIERI sur la prise en charge de dépenses personnelles.

⁷⁶⁶ Cass. crim. 28 nov. 1977, Bull. crim. n° 372.

⁷⁶⁷ Cass. crim. 26 févr. 1998, Rev. sociétés 1998. 604, note B. BOULOC.

⁷⁶⁸ TGI Ouagadougou, n° 860, 10-1-2000 : Sorgho Soumaila c/ M. Y. J. V. A, Ohadata J-05-225.

⁷⁶⁹ TGI Ouagadougou, n° 860, 10-1-2000 : Ministère public c/ YAMEOGO Jean Vivien Alfred, www.ohada.com, Ohadata J-05-225.

226- Par ailleurs, en ce qui concerne la notion d'objet social, même s'il conditionne l'existence et le caractère juridique de la société, l'objet social revêt toujours un rôle primordial dans les relations internes de l'entreprise, mais il ne se confond néanmoins pas avec son intérêt. On considère comme contraire à l'intérêt social, tout ce qui altère l'actif social⁷⁷⁰. Le difficile concept d'intérêt social se familiarise exclusivement à la finalité ambitionnée par la société au travers de l'étatisme provenant des dirigeants. Certes, il est partagé par l'ensemble des associés, mais il ne saurait se mélanger avec l'intérêt personnel de chacun d'eux. Rappelons que le juge ne doit et ne peut en principe pas s'ingérer dans les affaires d'une société. Or force est de remarquer que les dispositions actuelles augurent d'imprévisibles déviations dans la caractérisation du délit stricto sensu. La seule condition pour laquelle le dirigeant peut être affranchi de sa responsabilité pénale en matière d'abus de biens sociaux est le fait justificatif d'un groupe mais là encore sous certaines priorités.

2. Cas d'un groupe de société

227- L'intérêt social subit habituellement un effacement lorsqu'une société indépendante devient dépendante en raison de son incorporation dans un groupe. L'article 173 de l'AUSCGIE définit le groupe de sociétés comme « *un ensemble formé par les sociétés unies entre elles par des liens divers qui permettent à l'une d'elles de contrôler les autres* ». Le droit Ohada reprend ainsi la typologie classique des groupes à savoir les regroupements par filiales⁷⁷¹ ou par des prises de participations⁷⁷². Certains auteurs estiment que la notion de groupe porte ses effets sur l'élément intentionnel de l'infraction⁷⁷³, alors que pour d'autres, cette notion de groupe semble infléchir sur l'élément matériel⁷⁷⁴. En effet, sur le plan du groupe social, l'intérêt de la matière sociale peut s'accroître à l'intérêt du groupe tout entier. La question est de savoir donc si l'intérêt social peut être prouvé par le fait d'avoir été réalisé dans l'intérêt du groupe auquel cette société appartient, autrement dit, à quelles conditions

⁷⁷⁰ Par exemple, lorsque le dirigeant reçoit une rémunération qui n'est pas due, parce que par exemple il n'est pas fixé par l'assemblée ou parce qu'étant fixée par l'assemblée, elle dépasse les possibilités de la société ou est sans contrepartie.

⁷⁷¹ V. art. 179 et 180 de l'AUSCGIE.

⁷⁷² V. art. 176 à 178 de l'AUSCGIE.

⁷⁷³ J. FOURCADE, M. PICARD, O. RATEAU, « Rapport sur la notion de groupe évoquée comme justifiant certains faits susceptibles d'une qualification pénale », Rev. Soc. 1980, p. 696, spécifiquement p. 705.

⁷⁷⁴ En ce sens, W. JEANDIDIER, « Droit pénal des affaires », Dalloz, 7 éd., 2012, n° 262.

l'intérêt d'une entreprise peut être sacrifié au profit de celui du groupe ? Les indications de l'existence d'un groupe sont au nombre de quatre :

- La présence d'une stratégie⁷⁷⁵ de groupe qui implique l'existence d'une borne de contrôle conférant à la structure du groupe une unité économique⁷⁷⁶ ;
- La présence d'un intérêt commun au groupe, ce qui suppose que l'intérêt commun ne puisse être retenu en cas de comportements motivés par l'intérêt personnel des dirigeants ;
- La contrepartie ou l'équilibre de l'opération fut donnée par une jurisprudence antérieure assez éclairante de la Cour de cassation dans l'affaire « *Rozenblum* »⁷⁷⁷. En l'espèce, les règles de droit que pose cet arrêt se résument de la manière suivante : « *Pour échapper aux précisions des articles 425 et 437 de la loi du 24 juillet 1966 (devenu C.com., art. L.241-3 et L.242-6), le concours financier apporté par les dirigeants d'une société à une autre du même groupe, doit être élaboré sur la base d'un intérêt économique, social ou financier commun. Il ne doit être démuné de contrepartie ou rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des différentes entreprises concernées, ni excéder les éventuelles finances de celle qui en supporte la charge.* »⁷⁷⁸. Autrement dit, lorsqu'on se retrouve en présence d'un groupe de sociétés, le sacrifice demandé à l'une des sociétés doit être effectué dans l'intérêt du groupe moyennant une contrepartie et ce sacrifice ne doit en aucun cas avoir pour effet de créer un risque énorme qui peut affecter la postérité de l'entreprise concernée.
- L'absence d'une entorse définitive à la situation de la société, c'est dire que l'opération contestable, même au nom du groupe, ne doit pas exténuer la capacité économique de la société⁷⁷⁹. Cette exigence peut se traduire aussi par la volonté pour les dirigeants concernés de ne pas faire prendre à la société des risques financiers excessifs⁷⁸⁰.

⁷⁷⁵ Dans l'arrêt BILLEREY, la Cour de cassation française a relevé l'absence de stratégie de groupe en précisant que les opérations litigieuses, qualifiées d'abus de biens sociaux étaient opérées « sans plan d'ensemble ».

⁷⁷⁶ CH. HANNOUN, « Le droit et les groupes de sociétés », Litec 1991, n°128.

⁷⁷⁷ Cass. crim., 4 févr. 1985, n° 84-91.581, Bull. crim., n° 54, Rev. sociétés 1985, p. 648, note B. BOULOC

⁷⁷⁸ A. VIANDIER, « Les opérations financières au sein des groupes de sociétés », JCP E 1985, II, n°14447, p. 177 ; Voir dans ce même sens, Cas. crim. 10 févr. 2010, JCP E 2010, n° 1392, note R. SALOMON, Cass. crim. 20 mars 2007, n° 05-19.225, Bull. civ. IV, n° 97, Rev. sociétés 2007, p. 590, note B. BOULOC.

⁷⁷⁹ T. GAUTHIER, « Les dirigeants et les groupes de sociétés », Litec 2000, n° 665.

⁷⁸⁰ B. BOULOC, « Droit pénal et groupes d'entreprises », Rev. sociétés 1988, p. 181.

Que l'on soit en face d'une entreprise indépendante ou d'un groupement de société, il est important de souligner le degré d'appréciation du délit. En effet, il est souvent souligné que le délit s'évanouit si par la suite l'acte s'est montré conforme à l'intérêt social, alors qu'à l'instant de sa réalisation, il lui était opposé, de même, il n'a aucun rapport si au commencement l'acte était adapté à l'intérêt social et que par la suite, il se retrouve non-conforme à cet intérêt⁷⁸¹. Les obligations économiques nouvelles liées à l'acceptation de la structure de groupe ont obligé la jurisprudence à adopter une précision active de l'intérêt social. Mais les hésitations juridiques rattachées à la notion d'acte contraire à l'intérêt social n'ont pas été englouties pour autant.

Nonobstant, pour que l'infraction d'abus de biens sociaux soit établie, en plus de l'élément matériel, il est primordial d'y mentionner l'élément moral. On notera que la Chambre criminelle a jugé que l'intérêt du groupe ne pouvait être allégué pour d'autres délits, tel est le cas lorsqu'il s'agit de poursuites pour banqueroute⁷⁸². En effet, dans sa qualité d'associé, la société mère peut voir engagée sa responsabilité civile ou pénale en dehors de toute procédure collective. En conséquence, la société mère qui fait un usage abusif de biens ou de crédit de sa filiale sera considérée comme intéressée de par le lien qui l'unit avec sa filiale.

§ 2. LA DETERMINATION DE LA FAUTE ACCOMPLIE PAR LE DIRIGEANT

228- L'élément moral est également double. L'article 891 de l'AUSCGIE vise exclusivement cet élément du délit en spécifiant que les dirigeants auteurs de l'infraction sont ceux qui de « *mauvaise foi* » ont fait un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt social et réalisé « *à des fins personnelles* ». Relativement à cela, on peut dire que l'élément moral est formé sur la base d'un dol général : la mauvaise foi (**A**), mais aussi d'un dol spécial : le but d'intérêt personnel (**B**). Il est relatif exclusivement à l'intention coupable de son auteur. Ainsi, le législateur Ohada revendique la mauvaise foi afin de différencier la fraude dans la gestion de la simple faute de gestion. La tentation va plus loin lorsqu'il induit la recherche d'un avantage personnel contraire à l'intérêt social.

⁷⁸¹ Selon J. LARGUIER et PH. CONTE le critère doit être l'intérêt au moment où celui-ci est accompli, in J. LARGUIER et P. CONTE, « Droit pénal des affaires », A. COLIN, 11^e éd., 2004, p. 35.

⁷⁸² Cass. crim., 27 avr. 2007, Bull. Joly sociétés 2000, p. 1062.

A. L'usage de mauvaise foi

229- Le dol général consiste ici dans l'intention d'user des biens d'une façon opposée à l'intérêt social. Il faut donc non seulement que l'individu ait conscience d'agir contre l'intérêt de la société mais de plus qu'il ait la volonté d'agir contre cet intérêt. Le délit suppose donc que le protagoniste ait connaissance que l'acte commis est contraire à l'intérêt de la société, il s'agit donc d'un délit intentionnel particularisé par le sentiment que l'usage des biens ou du crédit de la société est bien contraire à l'intérêt de celle-ci. Mais, dans le cas d'espèce, comment évalue-t-on la mauvaise foi et comment apporter la preuve de cette mauvaise foi ?

1. Evaluation de la mauvaise foi

230- Le délit intentionnel nécessite une conscience éclairée, une résolution libre de transgresser les prescriptions de la loi pénale, que le législateur définit généralement, lorsque l'exigence se fait sentir par des termes variés mais précis. La mauvaise foi constituerait elle une mauvaise foi connaissance, autrement dit s'agirait-il de la conscience d'effectuer à dessein un acte dont on sait qu'il porte préjudice à l'intérêt social ou du moins qu'il risque de le faire et qui est puni en tant que tel ou de la conscience de violer la loi pénale ? Quel que soit l'abus reproché, il doit avoir été accompli de « *mauvaise foi* », le dirigeant devant avoir su que l'usage était contraire à l'intérêt de la société. En conséquence, l'intention est nécessaire et doit être constatée.

Les détenteurs de la direction sociale ne peuvent méconnaître ce en quoi a pour nature une gestion normale et ne peuvent donc se retrancher derrière une mauvaise tenue de compte⁷⁸³. L'accusation suppose que le dirigeant ait eu conscience invraisemblablement du critère répréhensible de son acte. De façon abstraite, il faut bien reconnaître qu'un délit ne prenant pas en compte l'imprudence ne peut être pleinement constitué que si l'agent eu conscience de méconnaître la loi et a voulu l'acte⁷⁸⁴. De manière générale, la mauvaise foi doit être explicitée, elle ne peut se défalquer de la simple observation qu'il y a eu un acte onéreux pour

⁷⁸³ Cass. crim., 4 nov. 2010, n° 09-87.902.

⁷⁸⁴ R. MERLE, A. VITU, « Traité de droit criminel », Cujas, 5^e éd., 2001, n° 546.

l'entreprise à des fins personnelles⁷⁸⁵. Ainsi, la mauvaise foi doit être évaluée à l'instant où l'acte constitutif du délit est effectué⁷⁸⁶. La connaissance de la loi n'a pas à être démontrée, car « *nul n'est censé ignorer la loi* ».

Le tribunal n'hésite pas à constater dans la simple connaissance du profit obtenu ou dans la capacité propre du dirigeant, l'expression de la mauvaise foi de l'inculpé en argumentant sur le mode : « *il ne pouvait pas ne pas savoir que...* »⁷⁸⁷. Par conséquent, la mauvaise foi ne serait pas acquise à l'égard d'un dirigeant qui ne doute pas des actes abusifs effectués au sein de la société, dès lors qu'il n'a pas pris part lui-même aux malversations, et bien qu'il se soit abstenu d'en être instruit⁷⁸⁸.

2. La preuve de la mauvaise foi

231- Pour appuyer la thèse de la mauvaise foi, les tribunaux sont amenés à examiner les motivations particulières des artisans des actes anormaux de gestion, car bien entendu, ce sont ces derniers qui doivent effectuer un usage des biens et du crédit détourné de la finalité de leurs attributions⁷⁸⁹. La preuve de la mauvaise foi, qui repose sur l'examen des critères distinctifs se rapportant à l'intérêt social, aura déjà illustré la conscience délictuelle des individus incriminés. Ainsi, la mauvaise foi, dès qu'elle est fondée, l'approbation de la gestion et la mise en œuvre des comptes par les associés ne peuvent exclure la nature

⁷⁸⁵ Cass. crim., 13 dec. 2000, n° 99-82.875, Rev. Sociétés 2001, p. 399, note B. BOULOC.

⁷⁸⁶ Cass. crim., 14 janv. 2009, n° 08-80.584, Bull. Joly Sociétés 2009, p. 504, note H. MATSOPOULO « dans une affaire où l'abus résultait d'une cession d'actions surévaluées de plus du double, la chambre criminelle a estimé que la validation de la cession par le Conseil des bourses de valeur et le fisc n'emportait pas automatiquement la bonne foi de l'auteur de l'infraction » ; Lamy droit pénal des affaires, « Preuves », 2012, n° 1962.

⁷⁸⁷ La Cour de cassation a ainsi justifié son avis en mentionnant que par ses connaissances comptables, le gérant d'une SARL ne pouvait ignorer les risques encourus du fait de la signature de chèques sans indication du nom des acquéreurs correspondant au versement en principe de salaires fictifs au profit de cogérants : Crim., 14 déc. 2000, Bull. Joly 2001, p. 488, note P. Le CANNU.

⁷⁸⁸ Cass. crim., 20 mars 1997, n° 96-81.361, JCP E 1997, II, n° 1033, note J.H. ROBERT.

⁷⁸⁹ Cass. crim., 19 mai 2010, n° 09-83.685, La Cour de cassation déclara que le délit d'abus de biens sociaux est une infraction intentionnelle qui requiert la preuve de la mauvaise foi du mis en cause ; que la cour d'appel ne pouvait se borner à indiquer que les dépenses litigieuses présentaient un caractère personnel, pour en déduire que le délit était caractérisé, sans s'interroger davantage sur la mauvaise foi du prévenu ; Dans le même sens, Crim., 4 oct. 2000, n° 99-87.250.

infractionnelle des faits réprouvés⁷⁹⁰. La mauvaise foi résulte souvent de l'adversité des évènements, surtout s'il y a camouflage et opacité de certains actes de gestion⁷⁹¹.

La bonne foi ou la mauvaise foi du dirigeant n'est pas toujours aisée à clarifier⁷⁹². En principe, la bonne foi se présume. La loi hiérarchise la responsabilité du prévenu à sa mauvaise foi. Cela se résume à la simple motivation qu'il est en train de commettre un acte contraire à l'intérêt social. Ce dol général consiste donc en une faute intentionnelle classique. De façon générale, le dirigeant doit avoir la ferme résolution de commettre l'infraction telle qu'elle est définie par la loi, et la conscience de transgresser cette loi et tout ceci dans un objectif purement personnel. Le dol général résulte de la connaissance par le prévenu que l'acte condamnable lui a été avantageux tout en étant contraire à l'intérêt de la société. L'ambiguïté demeure néanmoins et l'impératif d'un dol spécial s'avère plus que nécessaire.

B. L'usage à des fins personnelles

232- Cette notion de « *fin personnelle* » permet de démontrer l'infraction dans toute sa splendeur. Il faut donc pour qu'un abus de biens sociaux soit formé, qu'il y ait un intérêt social vilipendé dans un but individuel⁷⁹³ du dirigeant. Mais pour que l'abus de biens sociaux soit établi, il faut admettre s'il a été décidé d'un point de vue direct ou indirect des dirigeants incriminés. En effet, tout comportement d'un dirigeant est par essence, suscité en partie pour son intérêt personnel, ou pour avantager une autre entreprise dans laquelle il était concerné directement ou indirectement. Ainsi, un directeur général de société a été reconnu coupable d'abus de biens sociaux en ce sens que le prêt qu'il s'est octroyé pour un règlement de prêt personnel sans autorisation du conseil d'administration ainsi que du déblocage de fortes sommes d'argent pour régler des honoraires destinés à la défense de ses intérêts propres ou de celui de certains associés, constituait une violation flagrante de l'article 450 al. 1 de l'AUSCGIE⁷⁹⁴.

⁷⁹⁰ Dr. pén. 2009, p. 28, note J.-H. ROBERT.

⁷⁹¹ Pars exemple pour tenue irrégulière de comptabilité, non convocation de l'assemblée, entrave aux contrôles du commissaire aux comptes.

⁷⁹² Cass. crim., 8 févr. 2006, n° 05-80.702 ; Cass. crim., 14 mai 2003, n° 02-83.254, n° 99-80.744, n° 99-80.743.

⁷⁹³ H. MATSOPOULOU, « Le retour en grâce de l'intérêt personnel dans l'abus de biens sociaux », D. 2005, p. 2075.

⁷⁹⁴ TGI Ouagadougou, corr., 10-1-2000, SORGHO Soumaïla c/ M. Y. J. V. A.

1. L'intérêt personnel direct

233- Par intérêt direct, il faut appréhender celui qui incombe à travers le délit, à l'auteur de celui-ci ou à ses semblables⁷⁹⁵. Cet intérêt peut être selon la jurisprudence, matériel⁷⁹⁶ : enrichissement du dirigeant, maintien de sa situation personnelle au sein de la société, mais également moral et naître de la volonté de conserver des rapports loyaux avec un tiers⁷⁹⁷, par exemple proches du milieu politique⁷⁹⁸, ou d'un mouvement politique⁷⁹⁹. Il peut s'agir du montage consistant pour un président à faire verser par les sociétés dont il est le dirigeant, au profit d'une autre société dont il est propriétaire, des redevances lui permettant de dégager un bénéfice substantiel⁸⁰⁰ ; ou encore d'un le président directeur général d'une société anonyme, qui par des affirmations mensongères, contraint cette société à consentir à une société à responsabilité limitée, qu'il a créée, des commissions injustifiées et exorbitantes⁸⁰¹.

234- Il peut être non exclusif⁸⁰², un dirigeant a ainsi été réprouvé pour avoir engagé une charge non due dans le but de conserver le chiffre d'affaires de la société⁸⁰³. Ainsi, certains abus révèlent des malversations incontestables telles que des factures individuelles mises sous couvert de la société ou les prises directes dans la caisse. Cependant, à partir du moment où il y a un scénario, la difficulté des opérations fait que l'intérêt personnel recherché prend une tournure différente ; c'est dans ce cas, que le législateur a prévu que l'acte condamnable devait profiter non seulement l'intérêt personnel direct, mais aussi faire bénéficier « celui d'une autre société » dans laquelle le dirigeant serait « *intéressé directement ou indirectement* »⁸⁰⁴.

2. L'intérêt personnel indirect

⁷⁹⁵ CA Caen, 20 fevr. 2012, n° 10/01024.

⁷⁹⁶ Cass. crim., 6 fevr. 2008, n° 07-83.740.

⁷⁹⁷ Cass. crim., 8 déc. 1971, Bull. crim., n° 346.

⁷⁹⁸ Cass. crim., 15 sept. 1999, n° 5178, RJDA 1/00, n° 35.

⁷⁹⁹ Cass. crim., 21 sept. 2005, n° 5028, RJDA 12/05, n° 1358.

⁸⁰⁰ Dr. Sociétés 2007, n° 16, note R. SALOMON ; Bull. Joly 2007. 243, note J.-F. BARBIERI

⁸⁰¹ Cass. crim. 14 fevr. 1974, D. 1974 somm. 2.

⁸⁰² Cass. crim., 14 mai 2003, n° 2610, RJDA 3/04, n° 322.

⁸⁰³ Cass. crim., 10 mars 2004, n° 1445, RJDA 7/04, n° 841.

⁸⁰⁴ Cass. crim., 14 fevr. 1974, D. 1974 somm. 2, versement par le PDG d'une société anonyme de commissions injustifiées à une entreprise qu'il avait fondée.

235- Il s'agit ici de l'intérêt que se procure une autre personne morale de l'abus de biens sociaux et qui, par son itinéraire, revient au profit de l'auteur du délit à partir de l'instant où il est attiré au bon déroulement de celle-ci. Dans le cas d'espèce, deux options peuvent être considérées : primo, si l'entreprise victime et la société bénéficiaire n'ont aucune relation économique, l'infraction est consommée s'il est reconnu que le dirigeant « *emploie indistinctement, selon les opportunités du moment, les biens de l'une au profit de l'autre* »⁸⁰⁵. A posteriori, si l'entreprise et l'autre personne morale forment un groupement économique, du fait d'intérêts accessoires, alors l'abus est confirmé lorsque l'intérêt du groupe est impliqué, et non l'intérêt des dirigeants.

Le juge est donc seul admis, à pouvoir caractériser l'intérêt personnel du dirigeant dans chacun des cas⁸⁰⁶, sauf dans le cas où ce dernier a épandu de façon obscure des fonds sociaux : l'intérêt personnel est alors présumé et le dirigeant doit alors, pour s'acquitter, démontrer l'emploi des fonds dans l'intérêt absolu de l'entreprise.⁸⁰⁷ La preuve de l'usage à des fins personnelles est largement accessible par le recours à une présomption : « *s'il n'est pas justifié qu'ils ont été utilisés dans le seul intérêt de la société, les fonds sociaux prélevés de manière occulte par un dirigeant l'ont nécessairement été dans un intérêt personnel* »⁸⁰⁸.

⁸⁰⁵ Cass. crim., 23 mai 2007, n° 06-84.113 ; Lamy droit pénal des affaires, « Intérêt personnel, notion différente de l'enrichissement personnel », 2012, n° 1942.

⁸⁰⁶ Cass. crim., 4 nov. 2004, n° 6236, RJDA 5/05, n° 577.

⁸⁰⁷ Cass. crim., 27 mars 2002, n° 1869 : RJDA 10/02, n° 1037.

⁸⁰⁸ Cass. crim., 31 janv. 2007, n° 02-85.089, Bull. crim., n° 28, Rev. Sociétés 2007, p. 379, B. BOULOC ; Sur la charge de la preuve, lorsque le prélèvement n'est pas occulte, Crim., 1er mars 2000, D. aff. 2000, p. 214, A. LIENHARD. Le rapport Marini proposait que deux éléments soient cumulativement remplis pour qu'il y ait abus de biens sociaux : atteinte aux intérêts patrimoniaux de la société et recherche d'un enrichissement personnel de l'auteur (p. 112).

Conclusion chapitre II

236- Aucune partie du droit des sociétés, n'esquive le reproche d'abus. L'abus de droit se montre parfois comme protecteur de l'exactitude des assemblages dans l'acte uniforme. C'est à l'abus de droit le plus habituel que peut être rattaché l'abus de biens et de crédit sociaux : la volonté de nuire paraît effectivement découler de l'atteinte à l'intérêt de la société, pendant que l'acquisition personnelle signale la contrariété à l'objectif de l'institution, à son esprit, et à sa finalité. Tout acte du dirigeant non approprié à l'intérêt de la société peut être assimilé à une faute, il peut s'agir d'une abstention telle l'inaction du dirigeant face au défaut de paiement de ses redevances par un locataire-gérant ou encore d'un fait positif par exemple la souscription d'un engagement sans contrepartie pour la société. Il s'agit ainsi de fautes qui ont pour nature de créer un écart de conduite des dirigeants en fonction d'une gestion éclairée des affaires sociales⁸⁰⁹. Ces fautes attentatoires à la société ne sont pas in extenso explicitées par le législateur Ohada étant donné sa large définition, cela sans doute pour apporter une meilleure protection des associés. Néanmoins, il nous semble logique, pour une réelle protection de la société et des actionnaires que soit privilégié, le critère définissant la faute de gestion comme celle provoquant des conséquences opposées à l'intérêt social.

237- L'intérêt de la société est donc le signe de la mise en œuvre de l'infraction d'abus de biens sociaux. Pour qu'une supposition d'abus de biens sociaux puisse préserver un bon déroulement de la société, le juge africain devrait embrasser une conception assez large de la notion d'intérêt social, seule compétente à prendre en compte le patrimoine de la société, les intérêts des associés et les intérêts des tiers qui contractent avec elle. L'intérêt social doit être reconnu ici à celui de l'entreprise dans toute sa composition. L'AUSCGIE octroie à l'abus de biens sociaux une large adaptabilité d'utilisation qui va dans le sens d'une protection de la société. L'évolution admirable du droit français des sociétés commerciales et de la jurisprudence française en la matière, ont été d'un atout indiscutable eu égard à la jeunesse de ce droit : nous y ferons appel régulièrement pour appuyer nos exposés, et apporter des solutions aux maux qui n'ont pas été retracés ou qui, l'ont été de façon allusionnelle par la législation africaine. Au fond, il faut indiquer que même si la tâche se déroule dans le cadre Ohada, les principes de fond demeurent pratiquement semblables.

⁸⁰⁹ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, « Droit des sociétés », Lexisnexis, 25^e éd., 2012, p. 358.

Résumé Titre I

238- Toute recherche présume des choix, souvent confirmés, parfois critiquables, mais toujours indispensables. Ces choix, qui dressent une frontière dans l'objectif de notre travail, sont soit diminutifs, soit extensifs. Au nombre des choix diminutifs, il était nécessaire d'écarter les abus de position dominante ou de dépendance économiques relatif au droit de la concurrence, et l'abus de confiance qui est particulier au droit pénal spécial⁸¹⁰ qui ne nécessitent pas obligatoirement la présence d'une société ; Il en est de même de l'abus du droit de rompre une relation contractuelle, de l'abus d'exclusion de tout individu, de l'abus de révocation des mandataires, lesquels peuvent être le fait de toutes les personnes physiques ou toucher celles-ci, même s'ils peuvent prendre place dans une société⁸¹¹. A ces différents abus, il convient de mentionner aussi l'abus de personnalité morale⁸¹² qui, relevant de la fraude, a pour nature de créer une personne morale afin de contourner les prescriptions légales du droit fiscal ou encore du droit du travail. Cet abus ne prend donc pas naissance à l'intérieur de la société, même si il touche directement cette dernière au point de remettre en cause son existence, d'où son écartement dans notre étude.

239- Les seules hypothèses d'abus qui touchent les sociétés concernent du côté civil, l'abus du droit de vote qui se matérialise par l'abus de majorité et l'abus de minorité ou d'égalité et, du côté pénal, l'abus de biens sociaux. Lorsqu'on parle d'abus de droit, l'on a le sentiment de toujours sous-entendre à un acte positif, c'est-à-dire à une action de la part du titulaire du droit. Mais l'on a remarqué ici, qu'il est des cas où l'abus de droit peut facilement être envisageable dans des actes négatifs ou abstentionnistes. Les manifestations de l'abus étant dévoilées, il convient de s'intéresser à la mission qu'il peut remplir en tant qu'instrument de résolution des abus dans l'exercice d'un droit dans l'AUSCGIE.

⁸¹⁰ Mais qui se retrouve dans un choix extensif étudié ici, à cause de son voisinage avec l'abus de biens et de crédit sociaux.

⁸¹¹ DEEN GIBIRILA, « L'abus en droit des sociétés : propos introductifs », Journal des sociétés, Avril 2011, n°86, p.9.

⁸¹² A. MAYMONT, H. CAUSSE, « L'abus de personnalité morale », Journal des sociétés, Avril 2011, n° 86, p. 42.

DEUXIEME PARTIE

LA MISSION DE L'ABUS EN DROIT DES SOCIETES DANS L'ESPACE OHADA

240- L'affectation de la personnalité juridique aux sociétés a pour effet de donner aux *sociétés-personnes morales* la qualité de sujet de droit muni d'un patrimoine propre et elles peuvent ainsi juridiquement faire valoir comme tel un intérêt personnel. L'AUSCGIE se caractérise donc par une double indépendance : d'une part l'autonomie de la société appréhendée comme une institution nantie d'organes souverains, et d'autre part de l'autonomie des associés que la nature institutionnelle de la société laisse demeurer de façon substantielle, principalement en cas de mésentente entre associés⁸¹³.

A ce stade de l'étude, l'on peut sans protester, témoigner qu'avec l'abus de droit, la société dispose d'un instrument de lutte contre les dérives sociétaires, celui-ci étant sous certaines situations d'un recours intéressant. Cependant, l'on peut penser à ce que dans la pratique, les choses soient à peu près différentes. La société constitue une unité de vie sociale et économique, garante de la paix en consommant des emplois, interprète de prospérité en apportant des biens et services, en procréant de la plus-value que l'Etat s'occupe de redistribuer⁸¹⁴. La société, génératrice de richesses est souvent la substance et le refuge d'intérêts divergents, antagoniques mettant aux prises des associés avec pour résultats, des dangers importants sur le fonctionnement et l'existence de l'exploitation. En effet, active, elle s'épanouît sans trop d'obstacles. Fébrile, elle est quelquefois victime de pathologies internes dont le traitement, à caractère préventif ou curatif a de tout temps, nécessité le concours immuable du législateur.

⁸¹³ Encyclopédie générale de droit Ohada, Dir. P.-G. POUGOUE, Lamy, n° 14, p. 6.

⁸¹⁴ F. M. SAWADOGO, « Ohada : Droit des entreprises en difficulté », coll. Droit uniforme africain, Juriscope, Bruxelles, 2002 ; F. ANOUKAHA, A. CISSE, J. NGUEBOU TOUKAM, P-G POUGOUE, M. SAMB., « OHADA : Sociétés commerciales et G.I.E », coll. Droit uniforme africain, Juriscope, Bruxelles, 2002.

Autrement dit, le fonctionnement commun des sociétés ne se réalise pas toujours de manière cohérente. Les organes peuvent de temps à autre ne pas respecter correctement leur rôle, les droits de tel ou tel associé peuvent être remis en cause, que certains associés ou mandataires accomplissent des abus de droit ou des fautes. Il est donc essentiel d'anticiper autant que faire se peut ces circonstances, d'où le souci considérable pour les fondateurs d'une société de prévoir, de créer et de gérer des moyens de résolution de circonstances difficiles avant qu'elles ne déclinent en abus (**Titre I**). Toutefois, qui dit prévention dit par ailleurs sanction, ou du moins incrimination, c'est ce à quoi nous nous risquons (**Titre II**) après avoir exposé les mécanismes de prévention des abus dans l'AUSCGIE. Il conviendra également dans cette partie de ressortir les imperfections du système Ohada et d'y apporter des solutions pouvant éradiquer⁸¹⁵ ou du moins atténuer ces situations compromettantes pour la société.

⁸¹⁵ A notre humble avis, il est impossible d'éradiquer les abus en droit des sociétés quels que soient les moyens mis en œuvre, en effet, tant qu'il y aura des Hommes vivant en société, il y aura toujours des abus.

Titre I

L'abus en droit des sociétés, un instrument de prévention dans l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique

241- L'expression « *prévention* » conforte plus le vocabulaire militaire ou médical que juridique⁸¹⁶. Prévenir, c'est au préalable informer d'une chose importune pour qu'on y remédie. En ce sens, l'information est au cœur de la prévention et présume une grande attention des individus intéressés. Prévenir, c'est également aller au-devant d'un besoin pour mieux l'exaucer, ou encore, endiguer par circonspection un mal ou un abus. Les signes annonciateurs des abus réels ou potentiels sont multiples comme nous les avons exposés dans la première partie de la présente étude. Toutefois, la prévention est aménagée de telle sorte qu'elle ait pour objectif de s'en prendre aux racines de l'abus et de l'anéantir sans en attendre les manifestations. Il est néanmoins difficile de fixer à l'avance des mécanismes de prévention montrant un caractère de généralité couvrant tous les abus.

Une première catégorie de règlements consiste à gérer les abus sans avoir recours au juge dans son rôle régulateur. Il s'agit vraisemblablement d'installer des moyens alternatifs de prévention des abus afin d'éviter une quelconque responsabilité (**Chapitre II**). Par ailleurs, les abus peuvent également permettre en raison de l'avantage original du droit Ohada à cette considération, utiliser des méthodes conventionnelles de prévention des abus (**Chapitre I**).

⁸¹⁶ Y GUYON., « Droit des affaires, T.2, Entreprises en difficultés », Economica, 9^e éd., 2003, p. 37.

Chapitre I

Les mécanismes conventionnels de prévention des abus dans l'Acte uniforme

242- De plus en plus, les acteurs sociétaires concluent des conventions par lesquelles ils cherchent à assurer un règlement du contrôle de la bonne marche des affaires et de leur composition de la société. En bloquant la porte aux événements inattendus, elles endiguent un temps soit peu la source des abus qui risquent de s'aggraver, et anticipent des instruments pour résoudre ceux qui pourraient se produire pendant l'existence de la société. Ces conventions constituent l'expression d'un intérêt porté à l'apparence contractuelle du droit des sociétés. Elles sont totalement licites au regard des principales branches du droit privé. Ces types de convention permettent d'installer un certain nombre de mécanismes qui peuvent apparaître efficaces dans la prévention des abus.

243- Ainsi, pour éviter qu'un dirigeant social ne bénéficie de ses fonctions pour conclure à son avantage une convention dommageable pour la société dans laquelle il instruit son mandat, l'Acte uniforme prévoit un mécanisme d'autorisation préalable ou d'approbation de certaines conventions conclues entre la société et l'un de ses dirigeants⁸¹⁷ (**Section I**). D'autres par contre, peuvent avoir uniquement pour objet d'orienter les suffrages, en ce sens que les parties se réunissent avant chaque assemblée et choisissent la position à prendre lors de cette assemblée⁸¹⁸. Ce type de convention appelé « *convention de vote* » peut aussi avoir pour objet d'aboutir à un accord unanime pour des décisions importantes (**Section II**).

⁸¹⁷ B. DONDERO, « Conventions réglementées : réduire les incertitudes », Bull. Joly sociétés 2012, n° 3, p. 190 ; H. BARBIER, « Les conventions de vote entre une société et son dirigeant de fait sont-ils des conventions réglementées ? », Bull. Joly sociétés 2012, n° 7 ; J. MORET-BAILLY, « Définir les conflits d'intérêts », Recueil Dalloz 2011, n° 16, Étude, p. 1100 ; M. LOY, « Le régime des conventions réglementées et ses dernières évolutions », Actes pratiques et ingénierie sociétaire sept. 2011, n° 119, p. 27.

⁸¹⁸ L. FRANCOIS-XAVIER, « L'exécution forcée des conventions de vote », Bull. Joly Sociétés 2011, Dossier, 321, p. 625 ; L. NURIT-PONTIER, « Des pactes d'actionnaires au service de la RSE ? », Recueil Dalloz 2010, n° 32, p. 2081.

Les conventions réglementées, une dissuasion de l'abus de biens sociaux

244- Les Etats membres de l'Ohada regrettent depuis de nombreuses années la facilité et les abus d'un grand nombre de dirigeants, de même que le manque de transparence dans la gestion des entreprises aussi bien publiques que privées⁸¹⁹. C'est ainsi que le législateur africain a institué afin d'éviter que le dirigeant d'une société ne profite de ses fonctions pour conclure à son bénéfice une convention désavantageuse pour la société dans laquelle il exerce son mandat, un mécanisme d'autorisation préalable ou d'approbation de certaines conventions conclues entre la société et son dirigeant, on parle de « *conventions réglementées* »⁸²⁰. En effet, il est à craindre que lorsqu'un dirigeant contracte avec sa société, il abuse de sa position pour obtenir des avantages exorbitants⁸²¹. Ce mécanisme tend « *à maintenir ou le cas échéant restaurer l'équilibre contractuel, de telle manière que la société ne subisse aucun dommage du seul fait qu'elle a traité avec l'un de ses dirigeants* »⁸²².

Cette procédure témoigne de la nécessaire volonté d'une transparence des opérations sociales accomplies directement ou indirectement par personne interposée avec les administrateurs ou directeurs généraux dans les SA et le gérant ou associés pour les SARL (§ 1). Cette procédure ainsi instituée, viserait à protéger les associés ou les actionnaires de façon générale. Néanmoins, sa force s'appuie sur les modalités d'existence de la procédure par les dirigeants (§ 2).

§ 1. PRESENTATION DU MECANISME ET APERCU GENERAL EN DROIT OHADA

⁸¹⁹ D. LOUKAKOU, « Les conventions réglementées dans les sociétés commerciales de l'espace Ohada », *Penant*, 2004, n° 848, p. 280.

⁸²⁰ F. K. A. JOHNSON, « Les conventions réglementées, une procédure à respecter », *Rev. experts associés*, 2005, n° 3, p. 1.

⁸²¹ P. MERLE, « Droit commercial, sociétés commerciales », *Dalloz*, 15^e éd., 2011, n° 398, p. 469.

⁸²² Y. GUYON, « Droit des affaires, Tome 1, Droit commercial général et sociétés », *Economica*, 12^e éd., 2003, p. 423.

245- L'AUSCGIE règlemente les conventions uniquement au niveau des SA et des SARL. La société pour les besoins de son fonctionnement est appelée à conclure des actes avec des partenaires variés. Chaque convention impliquant une société et l'un de ses dirigeants et/ou associés est l'occasion de multiples interrogations concernant son assujettissement au régime dit des « *conventions réglementées* » selon le type de convention, mais également de société dans laquelle elle intervient⁸²³.

A. Le champ d'application des conventions réglementées au regard de l'AUSCGIE

246- Les conventions réglementées sont régies par les articles 438 à 448 et 502 à 505 de l'AUSCGIE en ce qui concerne la SA, et par les articles 350 à 355 de l'AUSCGIE en ce qui concerne les SARL. Le champ d'application de la procédure est apprécié au regard des acteurs visés (1) et des opérations (2).

1. Les acteurs visés

247- « *Toute convention entre une société anonyme et l'un de ses administrateurs, directeurs généraux ou directeurs généraux adjoints doit être soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration. Il en est de même des conventions auxquelles un administrateur ou un directeur général ou un directeur général adjoint est indirectement intéressé⁸²⁴ ou dans lesquelles il traite avec la société par personne interposée⁸²⁵. Sont également soumises à autorisation préalable du conseil d'administration, les conventions intervenant entre une société et une entreprise ou une personne morale, si l'un des administrateurs ou un directeur général ou un directeur général adjoint de la société est propriétaire de l'entreprise ou associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, administrateur général, administrateur général adjoint, directeur général ou directeur général adjoint de la personne*

⁸²³ J. DELSOUILLER, J. BERTRAND, « Conventions réglementées : une synthèse au service des praticiens », JCP E 2010, n° 11, 1269.

⁸²⁴ la notion d'intérêt indirect n'étant pas définie dans les textes Ohada, il va sans dire que son appréciation sera relativement souple. L'intérêt indirect doit présenter certaines caractéristiques pour pouvoir être pris en compte. En toute logique, l'intérêt indirect doit être sérieux et devra être assez significatif pour infléchir la conduite du dirigeant intéressé et faire peser sur la convention une légitime suspicion. L'intérêt indirect d'un administrateur à une opération n'est pas établi s'il ne détient pas des intérêts suffisamment importants pour infléchir la conduite de la société avec laquelle une convention est conclue. Voir en ce sens, Com. 4 oct. 1988, Rev. sociétés 1989, p. 216, note Y. CHAPÛT ; Com. 9 avr. 1996, Bull. Joly 1996, n° 240, p. 674, D. VIDAL.

⁸²⁵ Voir A. DUBOY-DE LUZY, « L'interposition de personnes », LGDJ, 2010 ; B. VIAL-PEDROLLETTI, « L'interposition de personnes dans les sociétés commerciales, Thèse dact. Aix, 1996.

morale contractante »⁸²⁶. L'AUSCGIE par ses dispositions relatives à la société anonyme, désigne les individus concernés qui représentent des personnes chargées légalement de demander l'autorisation de l'organe de contrôle avant de conclure des conventions entrant dans le champ d'application. L'on se rend compte ici, que les actionnaires personnes physiques ou morales ne sont pas concernés⁸²⁷.

248- *Associé unique et conventions réglementées.*- L'associé unique instruit tous les pouvoirs dévolus aux assemblées générales ordinaires et extraordinaires dans les sociétés pluripersonnelles. Il doit les exercer personnellement et ne peut les déléguer à un tiers. C'est donc à lui d'approuver les conventions réglementées ou respecter les conventions interdites. Il ne peut donc contracter avec la société à sa guise, bien qu'il possède 100% du capital social⁸²⁸. Lorsque la convention est conclue avec lui, il est seulement fait mention sur le registre des délibérations⁸²⁹. Toutefois, le texte ne distingue pas selon que l'associé unique est ou administrateur général ou non gérant.

249- La formule limitative consacrée par le législateur Ohada en ce qui concerne la société anonyme est insuffisante et ne permet pas un large contrôle des conventions réglementées⁸³⁰. En effet, les dirigeants sont-ils les seuls à pouvoir mettre en péril l'intérêt social ? Cette interrogation se pose dans la mesure où les conflits d'intérêt entre actionnaires sont d'actualité et sont en partie responsable de la faillite de beaucoup d'entreprises. A l'heure actuelle dans la réglementation Ohada, les lacunes de la réglementation n'ont pas encore été comblées comme tel est le cas en France. La loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations a élargi au-delà du cercle des dirigeants⁸³¹, et notamment à certains actionnaires, la liste des

⁸²⁶ Art. 438 de l'AUSCGIE pour la S.A. Voir art. 350 de l'AUSCGIE pour la SARL.

⁸²⁷ A titre de comparaison, il convient de rappeler que dans la SARL, toutes les conventions conclues entre la société et un associé sont soumises à la procédure des conventions réglementées, quel que soit le nombre de droits de vote détenus par cet actionnaire.

⁸²⁸ Encyclopédie de droit Ohada, 2011, Dir. P.-G. POUGOUE, n° 14, p. 2052.

⁸²⁹ Art. 355 al. 3 de l'AUSCGIE.

⁸³⁰ B. DONDERO, « Conventions réglementées : réduire les incertitudes », Bull. Joly sociétés 2012, n° 3, p. 190 ; M. LOY, « Le régime des conventions réglementées et ses dernières évolutions », Actes pratiques et ingénierie sociétaire septembre 2011, n° 119, p. 27.

⁸³¹ Il s'agit de la loi NRE qui a prévu que les conventions entre la société et les actionnaires disposant de 10% du capital social, soient soumises à la procédure des conventions réglementées. Voir en ce sens, D. BUREAU, « La loi relative aux nouvelles régulations économiques, aspects de droit des sociétés », B.J.S., 2001, n° 6, p. 553 s ; Y. GUYON, « Les réformes en droit des sociétés par la loi du 15 mai 2001 relatives aux nouvelles régulations économiques », Revue. Sociétés 2001, n° 3, p. 503 s ; J. DUPICHOT, « La loi NRE et le droit des sociétés », Gaz. Pal. 2002, p. 149 et s ; P. F. CUIF, « Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », RTD com. 2005, p. 1 ; B. RAYNAUD, « La prévention des conflits d'intérêts dans les sociétés par actions », JCP E 2003, 354.

individus devant respecter la procédure des conventions réglementées pour conclure une convention avec la société. Il en est de même de la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003 qui y a apporté certaines atténuations.

250- Effectivement, avant la loi NRE, le champ d'application des conventions réglementées était restreint aux suppositions d'un dirigeant qui conclut avec la société une opération dans laquelle il a un intérêt, direct ou indirect. Il est toutefois apparu au législateur français que les risques de conflits d'intérêts ne se situaient pas seulement au niveau des dirigeants de la société⁸³². Un associé disposant d'une part importante des droits de vote peut en effet également imposer à la société dont il est actionnaire une convention préjudiciable. La loi NRE a donc agrandi le champ d'application des conventions réglementées requérant une autorisation préalable, ce qui n'est pas le cas en droit Ohada. En effet, un seuil de 5% des droits de vote avait été fixé par la loi NRE⁸³³, mais la loi de sécurité financière n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 a assoupli cette mesure en portant le seuil à 10%. Cette disposition répond à la volonté du législateur français de soumettre au contrôle a priori du conseil d'administration les conventions conclues avec un actionnaire jouant au sein de la société un rôle important, et notamment d'inclure dans le champ d'application de la procédure les relations contractuelles intergroupes. En effet, lorsqu'il s'agit d'actionnaires, personnes physiques, le texte est clair : toute convention conclue entre la SA et une personne physique détenant plus de 10% des droits de vote est soumise à la procédure. D'un autre côté, cela signifie que les conventions conclues entre une société mère et sa filiale doivent faire l'objet d'une autorisation préalable. Elle est donc conforme à un objectif de transparence, lequel passe par la mise en lumière du plus grand nombre des opérations réalisées avec des actionnaires jouant, directement ou indirectement, un rôle politique en son sein⁸³⁴.

La réglementation des conventions entre la société et ses dirigeants, a pour qualité de prémunir la société contre les abus auxquels peuvent se livrer les dirigeants sociaux. Toutefois, l'évolution dans la pratique des affaires a fait que le domaine d'application de la

⁸³² Le contentieux des conventions réglementées a également permis à la jurisprudence française de constater l'existence de l'abus de majorité. En effet, l'abus de majorité n'est caractérisé dans cette occurrence que si l'approbation de ladite convention est contraire à l'intérêt social ou essentiellement effectué dans l'intérêt unique des mis en cause. V. en ce sens Rouen, 2^e ch. civ., 11 mai 2000, Bull. joly sociétés 2001, n° 3, p. 254, note J.-J. DAIGRE.

⁸³³ A. COURET, « La prévention des conflits d'intérêts : nouveau régime des conventions », RJDA 2002, p. 290.

⁸³⁴ P. Le CANNU., « Les conventions réglementées après la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 », Bull. Joly 2001, p. 720.

réglementation n'arrive pas à faire face aux nouvelles situations. Aussi, il est souhaitable que le législateur Ohada, à l'instar du législateur français en 2001 et 2003 se lance dans une réforme de ses textes pour une extension du domaine d'application de la procédure. La procédure des conventions réglementées a donc pour objectif d'éviter qu'un dirigeant social (ou un actionnaire disposant d'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 société⁸³⁵. Il apparaît des développements ci-dessus que ce sont les conventions conclues directement, indirectement ou par interposition de personne entre la société et ses dirigeants ou associés (dans la SARL) qui sont soumises à la procédure de contrôle des conventions réglementées. Cependant certaines d'entre elles y échappent puisque dans la réglementation les conventions libres ou interdites sont exclues de la procédure de contrôle. C'est en quelque sorte une condition négative de l'existence des conventions réglementées.

2. Les opérations concernées

251- Le dirigeant est quelquefois amené à faire des opérations avec la société pour son propre compte. Son statut avantageux peut alors lui donner l'opportunité de traiter ses intérêts au détriment de la société. La réglementation est conforme en fonction du risque lié aux conventions en cause. Certaines sont interdites et d'autres libres. Certaines opérations apportent par leur nature une facilité au dirigeant. Compte tenu de cette nature, elles sont interdites impérativement par la loi sans qu'il soit considéré qu'elles portent atteinte ou non à la société. En effet, les conventions interdites sont celles qui constituent un risque majeur pour le patrimoine de la société. Cette interdiction est mentionnée aux articles 450 et 356 de l'AUSCGIE respectivement pour les SA et les SARL⁸³⁶. Mais cette disposition comporte toutefois des exceptions⁸³⁷.

⁸³⁵ Sur l'ensemble de la question des conflits d'intérêts, D. SCHMIDT, « Les conflits d'intérêts dans la société anonyme », Ed. Joly, Paris 2004.

⁸³⁶ Aux termes de ces deux articles, les opérations interdites par la loi Ohada sont : les prêts octroyés aux dirigeants par la société quelle qu'en soit la forme, notamment les emprunts et les découverts en compte courant. Les cautionnements et avals des engagements des administrateurs ou gérants et personnes assimilées envers les tiers : La loi a voulu mettre un terme aux crédits demandés et octroyés de façon abusive à ces individus. L'interdiction ne se limite pas uniquement aux cautions et avals mais s'étend à toute autre garantie réelle. Sont ainsi interdites les cautions personnelles, les cautions réelles, qu'elles soient immobilières, mobilières et les garanties de toute nature. Par ailleurs, aux termes de l'article 356 al. 2 de l'AUSCGIE concernant les SARL,

252- L'article 439 de l'AUSCGIE relatif aux sociétés anonymes et l'article 352 de l'AUSCGIE concernant les SARL dispensent de la procédure de contrôle les opérations courantes indispensables à la réalisation de l'intérêt social. On parle ici de « *conventions libres* ». Une convention est libre lorsqu'elle porte sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales⁸³⁸. Il faut entendre par opération courante, toute opération effectuée de manière habituelle avec la société dans le cadre de son activité, et ces opérations courantes sont effectuées de façon normale, lorsque l'opération n'est pas réalisée à des conditions préférentielles et qui est intimement liée à l'objet social. Pour la Cour de cassation française, la notion d'opération courante est intimement liée à celle de l'objet social. Elle estime en effet, que sont des opérations courantes celles de même nature que d'autres déjà effectuées par la société et relevant de son activité statutaire. En résumé, les conventions réglementées constituent « *toutes les conventions quelle que soit leur nature, leur objet ou leur étendue, qui ne portent pas sur des opérations courantes et dont les conditions de conclusion peuvent être considérées comme anormales* »⁸³⁹.

253- L'AUSCGIE est demeuré silencieux sur la question de l'applicabilité de la procédure des conventions réglementées au projet d'apport de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif, toutefois, nous pouvons relever que la jurisprudence française s'est déjà prononcée en faveur d'une non-soumission du projet de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif à la procédure d'autorisation préalable des conventions réglementées⁸⁴⁰.

B. La procédure d'autorisation et de contrôle des conventions réglementées - Mise en œuvre du mécanisme

l'interdiction s'applique également aux conjoints, ascendants et descendants des personnes visées à l'alinéa premier du présent article, ainsi qu'à toute personne interposée.

⁸³⁷ La première dérogation concerne les établissements bancaires qui ont la possibilité de consentir des prêts ou accorder des garanties à leurs dirigeants comme le démontrent les articles 450 et 503 de l'AUSCGIE. La seconde dérogation porte sur les administrateurs des personnes morales. En effet, une filiale peut emprunter auprès de sa société mère et réciproquement. De pareilles opérations ont l'habitude d'être fréquentes entre entreprises d'un même groupe, dans le but d'éviter les charges d'un recours à un apport bancaire.

⁸³⁸ Art. 439 de l'AUSCGIE pour les SA et repris par l'article 352 de l'AUSCGIE en ce qui concerne les SARL.

⁸³⁹ FRANCK K. A. JONHSON, « Les conventions réglementées : une procédure à respecter », Ohadata D-05-38.

⁸⁴⁰ Encyclopédie de droit Ohada, Dir. P.-G. POUGOUE, Lamy, 2011, n° 43, p. 872 ; Voir en ce sens une ancienne jurisprudence en la matière Cass. com., 7 juin 1963, D. 1964, p. 308, note A. DALSACE.

254- Ce dispositif est généralement méconnu des dirigeants qui effectuent des actes avec leur société sans respecter la réglementation. Le législateur Ohada s'évertue à apporter des informations claires et concises aux sociétés tout en accordant un privilège fondamental aux commissaires aux comptes. La procédure s'applique selon que l'on soit dans une société anonyme avec conseil d'administration, dans ce cas l'on assiste à deux phases que sont : l'autorisation préalable du conseil d'administration et l'approbation de l'assemblée générale. Par contre dans le cas d'une société anonyme avec administrateur général, l'autorisation préalable ne subsiste pas et les conventions sont directement soumises à l'approbation de l'assemblée générale, tel que dans les sociétés à responsabilité limitée. En effet, les SARL et les SA avec administrateur général sont dirigées par une seule personne et ne comportent aucun appareil collégial d'administration.

1. Autorisation préalable du Conseil d'administration

255- La procédure est instituée par l'article 440 de l'AUSCGIE qui précise que « *l'administrateur intéressé est tenu d'informer le conseil d'administration dès qu'il a connaissance d'une convention soumise à autorisation* ». Cette autorisation est soumise à l'accord préalable du Conseil d'administration avant son approbation ou sa désapprobation⁸⁴¹ par l'assemblée générale⁸⁴² compte tenu de l'article 443 de l'AUSCGIE. Ici, nous sommes dans le cadre d'une société anonyme avec conseil d'administration. Ainsi les individus voulant conclure toute transaction envisagée, doivent au préalable avoir obtenu l'autorisation du conseil d'administration, et lors du vote du conseil d'administration, le principal intéressé, s'il est administrateur ne prend pas part au vote. Par ailleurs la jurisprudence française précise que la simple connaissance par les administrateurs de l'existence d'une convention ne peut pas être considérée comme valant autorisation préalable de leur part⁸⁴³. Ainsi, l'autorisation suppose une véritable délibération du conseil d'administration et ne peut résulter de l'accord fourni individuellement par chaque administrateur. Néanmoins, les autorisations générales pour une durée indéfinie, équivaudraient à une absence d'autorisation.

⁸⁴¹ En cas de désapprobation d'une convention réglementée par l'assemblée générale, la convention produira ses conséquences à l'égard des tiers (sauf en cas de fraude). Néanmoins, les effets préjudiciables à la société pourront être mis à la charge de l'intéressé (et éventuellement des membres du conseil d'administration). Ainsi, l'approbation de l'assemblée générale n'est donc pas une condition de validité de la convention.

⁸⁴² Art. 438 de l'AUSCGIE.

⁸⁴³ CA Versailles, 7 juin 2001, Bull. Joly sociétés 2002, n° 21, p. 115, note A. CONSTANTIN.

256- Le dispositif des conventions réglementées atteste de l'importance d'assurer la transparence des opérations sociales accomplies avec les dirigeants. Lorsqu'une convention est autorisée, les dirigeants doivent aviser le commissaire aux comptes⁸⁴⁴, dans le délai d'un mois à compter de la conclusion des dites conventions. Dans le cadre des conventions réglementées, le commissaire aux comptes est conduit à constituer un rapport spécial⁸⁴⁵ différent des autres rapports qu'il établit dans la réalisation de sa fonction et qui doit être précis⁸⁴⁶. Faute de commissaire aux comptes, le rapport est produit par les dirigeants eux même comme c'est le cas très souvent dans les SARL⁸⁴⁷. Le rapport spécial doit être transmis au siège social et tenu ou annoncé aux associés quinze jours⁸⁴⁸ au moins avant la réunion de l'assemblée générale ordinaire.

2. Vote de l'assemblée générale des actionnaires

257- Les conventions réglementées doivent être soumises à l'approbation de l'assemblée générale des actionnaires délibérant aux conditions prévues par les statuts, après avoir eu communication d'un rapport des commissaires aux comptes⁸⁴⁹. Toutefois, dès lors qu'il existe plusieurs conventions relatives à plusieurs administrateurs différents, chaque convention devra faire l'objet d'un vote séparé. Par ailleurs, lors de la tenue de l'assemblée, le vote peut entraîner deux conséquences : celle où l'assemblée approuve et celle où elle désapprouve la convention *préalablement autorisée par le Conseil d'administration*⁸⁵⁰.

2.1 Approbation des conventions par l'Assemblée générale

⁸⁴⁴ L'article 440 de l'AUSCGIE précise que le président du conseil d'administration avise le commissaire aux comptes dans le cas d'une SARL ; en ce qui concerne la SARL, c'est l'article 351 de l'AUSCGIE qui dispose que le gérant avise le commissaire aux comptes, s'il en existe un, des conventions visées.

⁸⁴⁵ Le rapport du commissaire aux comptes doit contenir les mentions ci-après : « le nom des membres du conseil de direction intéressés ; le dénombrement des conventions soumises à l'approbation de l'assemblée générale ; les conditions importantes de ces conventions, notamment l'indication des prix ou tarifs effectués, des ristournes mais aussi de tout renseignement permettant aux actionnaires d'apporter une appréciation sur l'intérêt s'attachant à la conclusion des conventions déterminées ; la portée des fournitures livrées ou des prestations de services fournies ainsi que le prix des sommes versées ou reçues au cours de l'exercice, en exécution des conventions conclues et autorisées au cours d'exercices antérieurs poursuivis au cours du dernier exercice » ; V. art. 353 de l'AUSCGIE en ce qui concerne la SARL.

⁸⁴⁶ CA Lyon 2 avril 2009, JCP E 2010, 1122, R. BESNARD-GOUDET, Voir une doctrine plus ancienne R. CONTIN, « Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes », Lib. Techniques 1975, n° 368 et s., qui fait remarquer que les rapports précis restent malheureusement l'exception.

⁸⁴⁷ Art. 351 de l'AUSCGIE.

⁸⁴⁸ Art. 442 de l'AUSCGIE.

⁸⁴⁹ Art. 354 de l'AUSCGIE.

⁸⁵⁰ Si l'on est dans le cadre d'une société anonyme avec conseil d'administration.

258- Les conventions autorisées par l'assemblée générales deviennent définitives et ne peuvent faire l'objet d'aucun recours sauf en cas de dol. Ainsi conformément aux dispositions de l'article 443 de l'Acte uniforme, les conventions approuvées produisent leurs effets à l'égard des cocontractants. L'appréciation du dol qui constitue ici une fraude nécessite la mauvaise foi et l'intention de nuire. La fraude peut se rencontrer lorsque l'administrateur en cause a usé d'artifices ou de moyens fallacieux pour tromper le conseil d'administration, ou le cas échéant l'assemblée elle-même sur la nature et l'importance des avantages qu'il retire de la convention passée avec la société et a grâce à ses manœuvres et à ses réticences, surpris la bonne foi de ses collègues, pour extorquer un vote d'approbation à l'assemblée.

2.2. Désapprobation des conventions par l'Assemblée générale

259- Les conventions non soumises à autorisation sont également exécutoires⁸⁵¹ et les faits dommageables qui leur sont inhérents, sont imputables aux membres du conseil d'administration partie au contrat ou directement au gérant dans le cas d'une SARL⁸⁵². La responsabilité de l'administrateur ainsi que des autres membres du conseil ne peut être engagée qu'en cas de dol. Et ce dol est similaire qu'en cas d'approbation des conventions. Le commissaire aux comptes est informé suite à l'approbation ou pas des conventions par l'assemblée générale des actionnaires dans le délai d'un mois à compter de la clôture de l'exercice. Toutefois, il est à noter que les conséquences préjudiciables à la société des conventions désapprouvées peuvent être mises à la charge de l'intéressé et, éventuellement des autres membres du conseil d'administration⁸⁵³, même en l'absence de fraude⁸⁵⁴

§ 2. APPRECIATION DE L'EFFICACITE DE LA PROCEDURE DES CONVENTIONS REGLEMENTEES

⁸⁵¹ Ces conventions ne peuvent être annulées car elles ont le plus souvent commencées à être exécutées.

⁸⁵² Art. 355 de l'AUSCGIE.

⁸⁵³ P. MERLE, « Droit commercial, Sociétés commerciales », Dalloz, 15^e éd., 2011, n° 401, p. 478.

⁸⁵⁴ Cass. soc., 8 juill. 2009, n° 08-41.589, JCP E 2009, 2034, note Y. PACLOT ; RTD com. 2009, p. 762, note P. LE CANNU, B. DONDERO ; Rev. sociétés 2009, p. 823, obs. D. PORACCHIA.

260- Le régime des conventions réglementées est devenu difficile à appréhender au fil des années, de par la diversité des situations dans lesquelles il est amené à s'appliquer et compte tenu des subtiles différences de régime applicable d'une forme sociale à une autre. L'efficacité de cette procédure doit être appréciée au regard des liens qu'elle entretient avec la notion d'abus à travers ses critères et du cadre légal et réglementaire auquel l'AUSCGIE fait application.

A. Les conséquences du manquement à la procédure de contrôle

L'inobservation de la procédure peut révéler deux situations qu'il est primordial de souligner ici.

1. Conventions non autorisées par le conseil d'administration

261- L'article 444 de l'AUSCGIE prévoit la possibilité d'annulation⁸⁵⁵ des conventions conclues sans l'autorisation préalable du conseil d'administration. On peut se poser la question de savoir si la possibilité d'annulation enveloppe uniquement la situation où une convention n'aurait pas été soumise au conseil d'administration, ou bien s'étend-elle à la situation où elle aurait été soumise au conseil et que ce dernier ne l'aurait pas autorisée ? Il s'agit bien évidemment de la première hypothèse puisque le législateur Ohada aux termes des dispositions de l'article 447 de l'Acte uniforme sus cité, prévoit *la possibilité de couvrir la nullité par un vote de l'assemblée générale intervenant sur rapport spécial des commissaires aux comptes exposant les circonstances en raison desquelles la procédure d'autorisation n'a pas été suivie*. Il s'agit aussi d'une nullité facultative que le juge est libre de prononcer ou non. Elle ne peut être invoquée que par les organes de la société ou tout actionnaire agissant à titre individuel⁸⁵⁶. Les tiers ne peuvent pas normalement prétexter cette nullité puisque l'autorisation du conseil d'administration n'est pas requise dans leur propre intérêt.

262- Comme en droit français, la sanction quel que soit le type de société est la nullité de la convention. *«L'action en nullité se prescrit par trois ans à compter de la date de la*

⁸⁵⁵ Mais cette nullité, qui est facultative, ne peut être prononcée que si la convention a eu des conséquences dommageables pour la société.

⁸⁵⁶ Art 446 de l'AUSCGIE.

convention. Toutefois, si la convention a été dissimulée, le point de départ du délai de la prescription est réputé fixé au jour où elle a été révélée »⁸⁵⁷. Cette sanction repose sur une double utilité, d'abord assurer la sécurité des intérêts des actionnaires ou associés et des créanciers dont les biens représentent le gage général de leurs créances, mais aussi de corriger la gestion des sociétés par l'interdiction de tels usages risquant de nuire au crédit de cette dernière.

2. Défaut d'exécution des autres formalités

263- Lorsqu'une convention réglementée n'aurait pas fait l'objet d'un rapport du commissaire aux comptes, d'un vote à l'assemblée générale des actionnaires ou lorsque le commissaire aux comptes n'aurait pas été informé de l'issue du vote, la responsabilité de celui qui est à l'origine de la faute est susceptible d'être engagée. Dans les sociétés anonymes, en vertu des dispositions de l'article 441 AUDSCGIE, « *les commissaires aux comptes sont tenus de dénoncer, dans le cadre de leur intervention, toute violation de la procédure des conventions réglementées, ce qui peut conduire à établir certaines responsabilités. En conformité avec les dispositions de l'article 441 précité, les commissaires aux comptes doivent, en effet, signaler dans leur rapport à l'assemblée générale annuelle les conventions autorisées portées à leur connaissance, ainsi que celles qui ne leur auraient pas été signalées et qu'ils auraient découvertes dans l'exécution de leur mission* ».

Si la convention n'était pas soumise à l'assemblée, l'absence de décision ne devrait pas entraîner de conséquences plus graves qu'un refus d'approbation: sauf fraude, la nullité ne peut être prononcée, seules les conséquences dommageables pour la société de cette convention doivent être mises à la charge des dirigeants⁸⁵⁸. Néanmoins, si la convention ne peut être annulée faute de rapport du commissaire aux comptes, les délibérations de l'assemblée générale portant approbation des états financiers peuvent être annulées lorsqu'il y a absence d'un tel rapport sur les conventions réglementées⁸⁵⁹. Mais les conventions demeurent valables et s'assimileraient à des conventions désapprouvées par l'assemblée.

⁸⁵⁷ Art. 445 de l'AUSCGIE ;

⁸⁵⁸ P. MERLE, « Droit commercial, Sociétés commerciales », Dalloz, 15^e éd., 2011, n° 401, p. 476.

⁸⁵⁹ Voir Étude juridique du CNCC français, « la responsabilité civile du commissaire aux comptes », mai 1995, p. 15.

B. Les conventions réglementées : un mécanisme à améliorer

264- Dans le fonctionnement d'une société, l'on se rend compte que cette procédure revêt un caractère primordial. La gestion courante des sociétés peut occasionner des abus de la part des dirigeants provoquant des risques considérables à même d'altérer le patrimoine de la société. La prévention de tels abus ne peut s'effectuer sans une habileté remarquable des instruments de contrôle.

265- La loi du 24 juillet 1966 n'a pas ignoré l'existence des conflits d'intérêts même entre associés, en introduisant les conventions réglementées conclues entre un dirigeant ou associé avec la société. Ces conventions ne sont ni libres ni interdites. Elles obéissent à une procédure très stricte prévue par la loi⁸⁶⁰. Il s'agit de prévenir les conventions potentiellement nuisibles, qu'elles seraient attentistes. Les conventions réglementées contribuent à assurer une gestion harmonieuse de la société et permettent de prévenir, voire de faire ressortir certaines fautes de gestion ainsi que des violations à l'intérêt de la société. Les normes destinées à gérer les conflits d'intérêts dans ces sociétés découlent du dispositif relatif aux conventions réglementées ou de règles prétorienne. En effet, elles opposent la société à un de ses dirigeants ou associés, même par interposition. En outre, elles véhiculent un intérêt personnel direct ou indirect pour le bénéficiaire. Autrement dit, ces conventions peuvent abriter des conflits d'intérêts, lesquels peuvent se résoudre au détriment de la société, d'où la procédure imposée. Cette qualification est déterminante, car la convention réglementée est soumise à une procédure qui détermine sa validité⁸⁶¹.

266- Une fois encore, l'intérêt social constitue la raison d'être de la réglementation des conventions réglementées. En effet, c'est le critère le plus pertinent de l'abus en droit des sociétés qui se retrouve lié ici à cette procédure. La notion de conflit d'intérêts est au centre de la réglementation sur les conventions réglementées, le mécanisme étant destiné à vérifier que l'intérêt social n'est pas abandonné au profit d'un autre intérêt, intérêt personnel d'un dirigeant, d'un actionnaire, etc. Il demeure toutefois de multiples situations de conflit d'intérêts qui échappent au dispositif relatif aux conventions réglementées, notamment parce

⁸⁶⁰ Art. 438 de l'AUSCGIE pour les SA et art. 350 de l'AUSCGIE pour les SARL ; En France, il s'agit des art. L. 225-38 du Code de commerce pour les SA monistes, art. L. 225-86 pour les SA dualistes, art. L. 227-10 pour les SAS, art. L.223-19 pour les SARL.

⁸⁶¹ A. BENNINI, « Le voile de l'intérêt social », Thèse, Cergy-Pontoise, 2010, n° 142, p. 116.

que ces situations n'impliquent pas la conclusion d'une convention par la société de référence⁸⁶².

267- Cependant quelques lacunes sont à observer. En effet, le législateur Ohada demeure silencieux sur l'interrogation portant sur le défaut d'information ou d'avis donné au commissaire aux comptes⁸⁶³ même si la responsabilité de ce dernier peut être engagée. En France, la sanction retenue par la jurisprudence réside dans l'obligation pour les intéressés de supporter les conséquences préjudiciables que peut avoir la convention pour la société⁸⁶⁴.

Par ailleurs, si ce dispositif apporte une certaine sécurité des associés dans les sociétés commerciales, il se montre un peu insuffisant étant donné que le droit Ohada n'a pas élargi cette procédure aux conventions entre la société anonyme et l'actionnaire. En effet, les abus en droit des sociétés ne se situent pas uniquement au niveau des dirigeants de la société, un actionnaire possédant une part considérable des droits de vote, peut en conséquence contraindre à la société dont il est actionnaire, une convention pernicieuse d'où la conclusion parfois de certaines conventions susceptibles parfois de garantir aux actionnaires minoritaires un droit de regard sur la gestion de la société en leur assurant un contre-pouvoir qu'ils ne détiendraient pas s'ils étaient restés isolés. Mais ces conventions doivent remplir certaines conditions pour être valables.

Toutefois, il convient simplement de souligner que le champ d'application des conventions réglementées s'est vu étendu par la loi NRE quant aux personnes concernées et non quant aux actes puisque sont désormais concernés aussi bien les actionnaires que les sociétés en tant que personnes morales, dans les conditions que nous avons vu précédemment. On peut dès lors se demander si cette procédure ne porte pas atteinte au nom de la prévention des conflits d'intérêts, et plus généralement au nom de la « *corporate governance* » à la liberté

⁸⁶² Tel est le cas dans une situation dans laquelle le dirigeant d'une société A se trouve être également le dirigeant d'une société B, les sociétés A et B étant en situation de concurrence : le dirigeant est en situation de conflit d'intérêts, sans pour autant que la procédure des conventions réglementées doive recevoir application.

⁸⁶³ Dans les sociétés anonymes, en vertu des dispositions de l'article 441 de l'AUSCGIE, les commissaires aux comptes sont tenus de dénoncer, dans le cadre de leur intervention, toute violation de la procédure des conventions réglementées, ce qui peut conduire à établir certaines responsabilités. En conformité avec les dispositions de l'article 441 précité, les commissaires aux comptes doivent, en effet, signaler dans leur rapport à l'assemblée générale annuelle les conventions autorisées portées à leur connaissance, ainsi que celles qui ne leur auraient pas été signalées et qu'ils auraient découvertes dans l'exécution de leur mission

⁸⁶⁴ H. LE NABASQUE, « Droit des Sociétés », 1993, n° 190 ; Cass. com. 23 juillet 1985, Bull. Joly 1985.

contractuelle inhérente à tout contrat de société et si elle ne contribue pas d'une certaine façon au réveil de l'antagoniste débat quant à savoir si la société est un contrat ou une institution.

Les conventions de vote : une atténuation des abus de droit de vote

268- Dans l'AUSCGIE, le droit de vote de l'associé a parfois été presque sacralisé, glorifié, comme peut l'être le droit de vote des citoyens au sein d'une démocratie. Ce droit est octroyé à l'associé dans le but qu'il puisse protéger son propre intérêt lors des décisions collectives. C'est en ce sens qu'il est considéré comme une prérogative essentielle. Toutefois, il est possible dans l'espace Ohada, de prévoir, par des dispositions contractuelles spécifiques, des accords entre deux ou plusieurs actionnaires et qui peuvent paraître incompatibles avec la nature fondamentale du droit de vote de l'associé : la « *convention de vote* »⁸⁶⁵ qui constitue un engagement par lequel un associé s'oblige à voter dans un sens déterminé ou à ne pas voter.

269- L'intervention d'investisseurs financiers dans leur capital, une mise en réserves de bénéfices, la construction de filiales communes à plusieurs sociétés : autant de circonstances où, de plus en plus fréquemment, les associés présents ou futurs, considèrent bon, voire nécessaire, de conclure des accords qui, tacitement ou explicitement, contiennent des engagements de vote. Les conventions de vote portent sur l'exercice du droit de vote des associés à l'assemblée générale. Elles peuvent permettre de prévenir des abus en édictant des règles contractuelles significatives face à certains événements pouvant se produire. Compte tenu des conventions de vote, les associés ou certains d'entre eux acceptent de voter dans un sens décidé, ou à ne pas participer au vote. Les associés de toute entreprise peuvent trouver intérêt à conclure une convention de vote et on les aperçoit dans les conventions conclues tant entre les actionnaires de sociétés par actions qu'entre les associés d'une SARL. Il est par contre très compliqué de faire une liste complète de ce type d'accord, et ce eut égard au secret

⁸⁶⁵ Sur l'ensemble de la question, V. A. de SENTENAC, « Le praticien et les conventions de vote dans les sociétés », Petites affiches 24 oct. 1990, p. 4 ; A. VIANDIER, « Observations sur les conventions de vote », JCP E. 1986 I n° 14505 ; A. TUNC, « Les conventions relatives au droit de vote et l'organisation des sociétés anonymes », Rev. Gén. Dr. Comm. 1942, p. 97 ; B. MERCADAL, « Pour la validité des conventions de vote entre actionnaires », RJDA 1992 p. 727 ; A. CONSTANTIN, « Réflexions sur la validité des conventions de vote », in Mélanges J. GHESTIN. Le contrat au début du XXI^e siècle », LGDJ, 2001, p. 253 ; G. BEROLATTI, « Le régime juridique des conventions portant sur le droit de vote dans les sociétés », thèse Paris II, 1975 ; L. FRANÇOIS.-XAVIER, « L'exécution forcée des conventions de vote », Bull. Joly Sociétés 2011, p. 625.

qui l'enferme⁸⁶⁶. Ces conventions sont donc souvent établies dans l'intérêt même des associés et surtout de la société⁸⁶⁷.

La question alors se pose de savoir dans quel cadre de telles conventions de vote seront ou non valides dans l'AUSCGIE (§ 1) et quelles sont les conséquences qui peuvent en résulter (§ 2). L'intérêt de la question de la validité des conventions de vote demeure surtout dans le fait que ni la loi, ni la jurisprudence dans le droit actuel (français et surtout Ohada) ne la tranche de façon ferme et définitive. Il n'y a donc pas de solution de principe concernant la validité de telles conventions. Aussi dans la pratique ces conventions sont très fréquentes même si elles sont souvent occultes, car leurs auteurs ne sont pas certains de leur validité. Elles ne sont révélées au grand jour qu'en cas de conflit, et il y a donc peu de contentieux et peu de jurisprudence sur les conditions de validité.

§ 1. L'INTERROGATION SUR LA VALIDITE DES CONVENTIONS SUR L'EXERCICE DE DROIT DE VOTE

270- Les associés disposent d'un pouvoir décisionnel dont ils doivent user conformément à l'intérêt social. La validité des conventions de vote aménageant le pouvoir dans les sociétés est vivement controversée, car elle touche à l'un des droits les plus fondamentaux de l'associé : le droit de vote⁸⁶⁸. Le législateur africain n'a pas traité de façon spécifique les conventions aménageant le fonctionnement de la société, toutefois certains articles de l'AUSCGIE y font allusion. Il faut dire que : « *les changements intervenus tant dans les solutions jurisprudentielles que dans les analyses doctrinales constituent un bon témoignage de l'évolution des juristes face aux aménagements conventionnels du fonctionnement des sociétés* »⁸⁶⁹. Cet avancement doit être évalué au regard du fondement sur l'exercice même du

⁸⁶⁶ Il est très difficile d'établir une systématique des conventions de vote en raison du secret qui les entoure, secret commandé par l'incertitude sur leur validité, par le souci des praticiens de conserver leur « know how », par le désir légitime d'assurer la confidentialité de certaines opérations. Aussi bien, le chercheur est-il condamné à s'alimenter uniquement à la source jurisprudentielle, laquelle est assez pauvre.

⁸⁶⁷ Toutefois, les conventions sur les droits des actionnaires d'une société non encore constituée ne seraient valables qu'à partir de la ratification des statuts qui est le principe même de la société au sein de laquelle les droits et obligations ressortissants des conventions sont greffés. En effet, si la société n'est pas constituée, la convention de vote qui est une convention au sens du droit des contrats et des obligations ne pourra produire ses effets, le contrat étant dépourvu de toute cause.

⁸⁶⁸ M. A. MOUTHIEU, « L'intérêt social en droit des sociétés », L'Harmattan, 2009, n° 346, p. 220.

⁸⁶⁹ M. JEANTIN, « Les conventions de vote », in « La stabilité du pouvoir dans les sociétés », R.J. com. 1990, p. 124.

droit de vote au regard de l'esprit contractuel (A) et de son exercice aménagé mais encadré (B).

A. La souplesse d'un droit aménageable pour une plus grande liberté d'exercice de vote

271- Depuis quelques années, l'on assiste à un renouveau contractuel du droit des sociétés⁸⁷⁰. Si le droit de vote joue un rôle primordial dans le fonctionnement de toute société, sa fonction est spéciale dans la société anonyme du fait que ce dernier est soumis à la règle de la majorité. Il est censé assurer l'adoption de décisions faisant prévaloir l'intérêt collectif sur l'intérêt individuel⁸⁷¹ sous la réserve d'abus de droit. Tout actionnaire a le droit de participer aux décisions collectives⁸⁷² et d'y exercer librement son vote. La Cour de cassation l'a encore rappelé récemment en ce que les statuts ne peuvent le supprimer⁸⁷³. Le droit de vote n'est cependant pas une prérogative absolue, son exercice étant susceptible d'aménagements.

En effet, certaines conventions sont conclues entre actionnaires dans l'exercice de leur vote. Comme le relève cet auteur, elles ont pour « *objet la prérogative a priori sociale qui soit, et pour effet d'agir prou ou peu sur le fonctionnement de la société* »⁸⁷⁴. Comme cela a déjà été dit, c'est sans doute la discrétion et la souplesse des conventions qui font leur succès. Ces conventions sont le plus souvent conclues entre associés et plus spécialement encore entre actionnaires, car c'est dans les sociétés anonymes que la rigidité de la réglementation invite surtout à se tourner vers la liberté qu'offre cette technique contractuelle⁸⁷⁵. La loi ne consacre pas la validité des conventions de vote, mais elle tient compte de leur existence pour leur faire produire certains effets⁸⁷⁶. Les conventions de vote reposent en réalité sur des techniques

⁸⁷⁰ Y. GUYON, « Traité des contrats. Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés », LGDJ, 5^e éd., 2002, p. 7.

⁸⁷¹ En ce sens, S. VAISSE, « La loi de la majorité dans la société anonyme, contribution à l'étude de la nature juridique de la société anonyme », Thèse, Paris, 1967, p. 26.

⁸⁷² Art. 1844 al. 1 C. civ.

⁸⁷³ Cass. com. 9 février 1999, arrêt Château d'Yquem, JCP E 1999, 724, note Y. GUYON ; Bull. Joly sociétés 1999, p.566, note J.-J. DAIGRE (en matière de société en commandite par actions) et Com. 23 octobre 2007, n° 06-16.537, Bull. civ. IV, n° 225, Bull. Joly, 2008, p. 239, note L. GODON (en matière de société par actions simplifiée).

⁸⁷⁴ A. CONSTANTIN, « Réflexions sur la validité des conventions de vote », in « Le contrat au début du XXI^e siècle », Etudes offertes à J. GHESTIN, LGDJ, 2001, n° 2, p. 253.

⁸⁷⁵ On les rencontre également dans les sociétés en commandite par actions et dans les SAS, mais moins fréquemment dans les SARL où ils se limitent alors à certains types de clauses.

⁸⁷⁶ En ce sens, Voir l'article L. 233-3 du Code de commerce définissant le contrôle, l'article L. 233-10 définissant l'action de concert, l'article L. 233-7 sur les franchissements de seuil, l'article L. 233-11 sur l'information des marchés financiers.

juridiques classiques, autrement dit, elles mettent à la charge de l'associé contractant une obligation de faire, ou de ne pas faire⁸⁷⁷.

1. La liberté d'exercice de droit de vote et la liberté contractuelle

272- Certains auteurs ont soutenu par le passé que le droit de vote était un droit-fonction⁸⁷⁸, en ce sens qu'il serait attribué à l'actionnaire, davantage pour servir le fonctionnement de la société et la poursuite de l'intérêt social que pour la protection de l'intérêt personnel de ce dernier. Ces propos restent d'ailleurs toujours d'actualité en ce sens que d'autres auteurs estiment qu'il doit être instruit non pas dans l'intérêt de son détenteur, mais dans celui de la société et qu'en tant que tel, il ne peut faire l'objet d'une convention⁸⁷⁹. L'approbation par la jurisprudence française de la validité des conventions de vote a une répercussion sur le contenu du principe de la liberté de vote, car : « *le droit de vote est d'ordre public, il ne peut lui être porté atteinte que dans les cas limitatifs que la loi prévoit* »⁸⁸⁰. Ainsi, cette liberté devient l'alternative de choisir la forme de son vote, institutionnel ou conventionnel. Quels que soient les engagements pris par un associé, ce dernier demeure libre de changer son vote jusqu'à la dernière minute, excepté l'engagement de sa responsabilité personnelle.

273- Les conventions de vote relèvent du fondement de la liberté contractuelle prévu par l'article 1134 du Code civil. Toutefois, la liberté des signataires n'est pas catégorique. En effet, il s'agit de contrats, puisqu'elles sont des accords en vue de produire des effets : elles sont donc soumises au respect des normes régissant la formation des contrats⁸⁸¹. C'est en ce sens, qu'elles ont une nature bivalente⁸⁸². Le droit privé français des contrats a accordé un principe de consensualisme. Les seules conditions de validité des conventions sont celles

⁸⁷⁷ Il ne s'agira pas de refaire ici la classification des obligations de donner, de faire et de ne pas faire, mais de les analyser directement en précisant pour chacune des catégories le champ d'application avec les conventions de vote. Toutefois, il convient de rappeler la définition de l'obligation en ce qu'elle peut être définie comme un lien de droit entre deux personnes, en vertu duquel l'une d'elles, appelée créancier, peut contraindre l'autre, le débiteur, à exécuter à son bénéfice, telle ou telle prestation, celle-ci pouvant être, selon les cas, constituée par une prestation, une dation ou une abstention.

⁸⁷⁸ A. TUNC, « Les conventions relatives au droit de vote et l'organisation des sociétés anonymes », *Rev. gén. dr. com.*, 1942, p. 97 ; R. DAVID, « Le caractère social du droit de vote », *Journ. sociétés*, 1929, p. 401, cités par S. Schiller, « Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions Radicales », *LGDJ*, 2002, n°117.

⁸⁷⁹ J. MESTRE, D. VELARDOCCHIO, « *Lamy sociétés commerciales* », 2012, n° 2690.

⁸⁸⁰ J. MESTRE, D. VELARDOCCHIO, « *Lamy sociétés commerciales* », 2012, n° 2702.

⁸⁸¹ Art. 1108 C. civ.

⁸⁸² M. HENRY, G. BOUILLET-CORDONNIER, « *Pactes d'actionnaires et privilèges statutaires* », éd. EFE, 2003, n° 211.

énumérées à l'article 1108 du Code civil. La règle résulte de l'autonomie de la volonté et donc de la liberté contractuelle⁸⁸³. Nombreux sont les auteurs qui ont proposé d'admettre la validité de principe des conventions de vote au nom de la liberté contractuelle⁸⁸⁴ sous réserve que les conditions de validité dégagées par la jurisprudence au fil des espèces soient remplies⁸⁸⁵. La règle découle de l'autonomie de la volonté et donc de la liberté contractuelle, puisque les parties ont l'entière liberté de conclure toutes sortes d'accords, sous réserve de respecter des conditions de validité. Dans l'AUSCGIE, le silence du législateur sur la question des conventions relatives à l'exercice du droit de suffrage interdit de faire de la forme une condition de leur validité, étant donné que la licéité résulte de la liberté contractuelle, et d'elle seule, la forme que revêt l'engagement de vote est indifférente. Le principe de la liberté du droit de vote appliqué par l'article 125 dudit Acte qui émane de la jurisprudence française a pour but de freiner l'exécution forcée du vote conventionnel⁸⁸⁶ ; Mais ce fondement n'indique pas que les conventions de vote ne contraignent pas leur promettant, mais montre plutôt que les conventions de vote sont inopposables à la société dans le but de défendre la nature souveraine de l'assemblée des associés⁸⁸⁷.

2. L'aménagement de l'exercice du droit de vote (en droit Ohada ?)

274- Tout actionnaire dispose de la « *liberté de se soumettre à l'influence de son choix* » pour l'exercice de son droit de vote et de déterminer contractuellement le sens de son vote avant la tenue de l'assemblée. C'est en effet ce que signifie le refus de la jurisprudence de prohiber, dans leur principe-même, les conventions relatives à l'exercice du droit de vote⁸⁸⁸. Cette reconnaissance du vote contractuel⁸⁸⁹ ne représente pas en elle-même, une entrave pour l'actionnaire. En effet, Il est fréquent que les actionnaires ne puissent pas se rendre aux

⁸⁸³ J. GHESTIN, A.-S. BARTHEZ, P. GROSSER, G. LOISEAU, M. MEKKI, N. SAUPHANOR-BROUILLARD, Y.-M. SERINET, « Droit des contrats », JCP G 2012, n° 3, p. 63, p. 112 ; E. MEILLER, « La distinction du formalisme et de la formalité », Recueil Dalloz 2012, n° 3, p. 160 ; E. MACKAAY, « L'analyse économique du droit comme outil de la doctrine juridique : la bonne foi et la justice contractuelle », Rev. de la recherche juridique - Droit prospectif 2011, n° 4, p. 1605.

⁸⁸⁴ J. BONNARD, « L'influence des principes généraux du droit des contrats en matière de pactes d'associés », in « Prospectives du droit économique. Dialogues avec Michel JEANTIN », Dalloz, 1999, p. 139 ; J. MESTRE, « Synthèse des actes du colloque de Deauville », RJ com. 1991 p. 30.

⁸⁸⁵ R. KADDOUCH, « Le droit de vote de l'associé », Thèse, Aix Marseille, 2001, p. 245.

⁸⁸⁶ Le fait d'entraver la participation d'un actionnaire à une assemblée d'actionnaires.

⁸⁸⁷ 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.

⁸⁸⁸ C. LEROY, « Le pacte d'actionnaires dans l'environnement sociétaire », Thèse, Paris-Est, 2010, n° 330, p. 152.

⁸⁸⁹ A. MIGNON-COLOMBET, « L'exécution forcée en droit des sociétés », Economica, 2004, n° 233.

assemblées soit en raison de la contiguïté du lieu devant les abriter, soit en raison de l'indisponibilité de certains actionnaires ou même de la distance. L'aménagement de leur droit présente alors une très grande importance pour le fonctionnement démocratique de la société anonyme, même si le législateur africain s'est borné à recueillir le régime traditionnel du vote par mandataire⁸⁹⁰ ou encore par lettre, télex ou télécopie⁸⁹¹. La contribution aux discussions apporte la lumière à l'actionnaire sur le sens à donner à son vote dès lors que ce dernier bénéficie de davantage d'informations et nourrit sa réflexion des remarques et interrogations éventuelles des autres actionnaires. Mais le fait d'obliger les associés à se déplacer au siège social représente une véritable entorse à l'accès aux informations sociales⁸⁹². C'est en ce sens que le vote contractuel apparaît alors comme un moyen pour l'actionnaire de bénéficier d'une certaine forme de concertation, laquelle a lieu préalablement à l'adoption de la convention de vote⁸⁹³. En conséquence, l'actionnaire engagé dans un vote contractuel bénéficie de la protection que lui accorde le droit des contrats en termes de vices du consentement notamment⁸⁹⁴.

275- En outre, l'inexécution de la convention de vote serait sans influence sur la validité du vote émis à l'égard de la société car cette dernière ne connaît en effet que la décision sociale adoptée à l'issue du vote tandis que le débiteur s'exposerait de son côté à devoir indemniser le partenaire bénéficiaire qui subirait un préjudice du fait de cette inexécution⁸⁹⁵. Les conventions de vote sont des contrats conclus entre associés, portant en général sur le fonctionnement et la direction de la société. L'objectif des membres de la convention, par leur union, sera d'influer sur la politique de l'entreprise. C'est une immixtion de la liberté contractuelle dans le droit des sociétés. Mais cette immixtion peut être permise sous certaines conditions.

B. La validité du fondement des conventions sur l'exercice du droit de vote

⁸⁹⁰ Art. 538 de l'AUSCGIE.

⁸⁹¹ Art. 456 de l'AUSCGIE.

⁸⁹² Art. 525 et 526 de l'AUSCGIE.

⁸⁹³ P. LEDOUX, « Le droit de vote des actionnaires », LGDJ, 2002, n° 339.

⁸⁹⁴ A. CONSTANTIN, « Réflexions sur la validité des conventions de vote », in « Le contrat au début du XXI^e Siècle », Etudes offertes à J. GHESTIN, LGDJ, 2001, n° 10.

⁸⁹⁵ R. KADDOUCH, « Le droit de vote de l'associé », Thèse, Aix Marseille, 2001, n° 330, p. 153.

276- L'AUSCGIE en son article 175 alinéa 2 prévoit qu' : « *une personne physique ou morale est présumée détenir le contrôle d'une société lorsqu'elle « dispose de plus de la moitié des droits de vote d'une société en vertu d'un accord ou d'accords conclus avec d'autres associés de cette société* »⁸⁹⁶. Autrement dit, ces conventions permettent aux actionnaires, notamment les petits porteurs, de former ainsi un groupe minoritaire car « *l'assemblée est par excellence le lieu où se font et se défont les alliances entre associées* »⁸⁹⁷. En l'absence de texte législatif ou réglementaire approuvant ou à l'opposé proscrivant les engagements de vote, nous sommes tenus de recourir à la jurisprudence et doctrine française qui ont peu à peu dessiné les contours à l'intérieur desquels les conventions de vote doivent être tenues pour valides⁸⁹⁸.

277- Trois conditions sont exigées pour valider les conventions de vote en se référant à un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 30 juin 1995⁸⁹⁹. En effet, l'engagement est légal « *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* ». Ainsi, il faut estimer que ces conventions sont licites par hypothèse et que c'est à celui qui prétend le contraire, de le démontrer en apportant la preuve de la contrariété à l'intérêt social⁹⁰⁰.

1. Limitation dans le temps et sur l'objet

⁸⁹⁶ L'article 175-2 de l'AUSCGIE reconnaît implicitement aux actionnaires la possibilité de recourir aux conventions de vote afin d'exercer un contrôle sur la société anonyme.

⁸⁹⁷ Y. AGNINA, « La société unipersonnelle : une solution à la crise de l'entreprise privée en Afrique », Thèse Lomé, 2001, p. 71.

⁸⁹⁸ En France avant 1937, il ne se trouvait pas de texte en la matière. La jurisprudence avait installé un procédé caractéristique applicable à ces conventions. Le décret-loi du 31 août 1937 dans son article 10 prévoyait que « *sont nulles et de nul effet, dans leurs dispositions principales et accessoires, les clauses ayant pour objet, de porter atteinte au libre exercice du droit de vote, dans les sociétés commerciales* ». Ces dispositions accordaient toute nullité de conventions de vote conclues, mais la jurisprudence l'a méconnu. La loi de 1966 n'a pas reconduit le texte susvisé (Il existe toutefois dans l'article L. 242-9 du Code de commerce : « *Est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 9000 €* » une disposition qui réprime dans les sociétés par actions la pratique consistant à prendre un engagement de vote en contrepartie de certains avantages. Néanmoins ce texte ne semble pas exprimer une interdiction de principe des conventions de vote). Le Sénateur Marini avait bien, en juillet 1997, remis une proposition de loi visant, notamment, à reconnaître spécialement la validité des conventions de vote, mais elle n'a reçu aucun débouché. L'intérêt de la question de la validité des conventions de vote demeure surtout dans le fait que ni la loi, ni la jurisprudence dans le droit actuel ne la tranche de façon ferme et catégorique. Il n'y a donc pas de solution de principe concernant la validité de telles conventions. Aussi dans la pratique ces conventions sont très ordinaires même si elles sont souvent secrètes, car leurs auteurs ne sont pas certains de leur validité. Elles ne sont exposées au grand jour qu'en cas de conflit. Par ailleurs, même si la jurisprudence apparaît de préférence favorable aux conventions de vote, en admettant la portée et l'utilité pratique des engagements de vote dans l'organisation de la vie de la société (A. MIGNON –COLOMBET, « L'exécution forcée en droit des sociétés », *Economica*, 2004, n°357, note 78), elle ainsi que la doctrine ont tout de même établi des indices de validité des conventions de vote.

⁸⁹⁹ CA Paris, 30 juin 1995, JCP E 1996, II, n° 795, note J.-J. DAIGRE. Ces trois conditions ont été rappelées, plus récemment, par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence dans un arrêt du 5 décembre 2003, avec une nuance toutefois s'agissant de la conformité à l'intérêt social, dans la mesure où cet arrêt indique que le pacte ne doit pas heurter l'intérêt social, Aix-en-Provence 5 décembre 2003, Bull. Joly, 2004, p. 1077, note A. CERATI-GAUTHIER.

⁹⁰⁰ A. VIANDIER, « Observation sur les conventions de vote », JCP 1987, E, II, n° 15405, p. 180.

278- L'engagement ne doit pas déposséder définitivement l'actionnaire de toute possibilité d'intervention dans l'animation de la société tel qu'il est spécifié à l'article 125 de l'AUSCGIE qui dispose : « *sauf disposition contraire du présent Acte uniforme, tout associé a le droit de participer aux décisions collectives. Toute clause statutaire contraire est réputée non écrite* ». La convention de vote doit avoir un objet ou un domaine limité dans la mesure où, non seulement, elle ne doit pas dépouiller l'actionnaire de son droit de vote, mais encore, elle ne doit pas lui retirer toute liberté dans l'exercice de ce droit au sein des organes sociaux, ce qui reviendrait à une renonciation à ce droit⁹⁰¹. Autrement dit, le droit de manifester un vote peut être véhiculé par un canal contractuel, mais non irrévocablement supprimé : le droit de vote est d'ordre public, il est donc incessible. Ainsi que l'a exprimé un auteur, est nulle la convention de vote qui entraîne une « *soumission aveugle* » de l'actionnaire⁹⁰²

En conséquence, les contractants devront être aptes à conclure une convention et devront exprimer un consentement⁹⁰³. Les obligations issues du contrat devront avoir un objet et une cause déterminables et licites⁹⁰⁴. Le Code civil requiert pour qu'un contrat soit valablement établi qu'un consentement demeure et qu'il soit donné en parfaite connaissance de cause. La contrainte de détermination de l'objet est formulée à l'article 1129 aux termes duquel « *il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine pourvu qu'elle puisse être déterminée* »⁹⁰⁵. Dans ce cas, l'objet est déterminé lorsque les parties ont fixé avec précision quelle est la prestation adéquatement due par chacune d'elles. Celle-ci doit être caractérisée tant dans son contenu que dans son étendue⁹⁰⁶ et est réaffirmée par Renée KADDOUCH qui mentionne dans sa thèse que : « *en tant que convention, l'accord de vote doit obligatoirement avoir un objet déterminé, conformément aux prescriptions de l'article 1129 du Code civil. L'associé contractant doit*

⁹⁰¹ Y. GUYON, « Traité des contrats - Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés », LGDJ, 5^e éd., 2002, n° 289.

⁹⁰² D. VERLADOCCHIO-FLORES, « Les accords extrastatutaires entre associés », PUAM, 1993, n° 107.

⁹⁰³ J.-B. SEUBE. « Technique contractuelle », JCP E 2012. n° 2. 1027, p. 3 ; A. ETIENNEY, « La durée du contrat et la réforme du droit des obligations », D. 2011, n° 39, p. 2672.

⁹⁰⁴ Sur les conditions générales de validité des contrats, V. note F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, « Droit civil. Les obligations », Dalloz, 10^e éd., 2009, n° 73.

⁹⁰⁵ Bien qu'il emploie le terme *chose*, le texte vise toutes les obligations y compris celles de faire ou de ne pas faire et pas seulement les obligations ayant pour objet une chose.

⁹⁰⁶ F. Le FICHANT. « Loyauté contractuelle et contraintes externes ». Actes pratiques et ingénierie sociétaire mars 2011, n° 116, Dossier, 7, p. 25 ; L. MARGUERY, « Mutations et permanence du contentieux des contrats publics - Mutations - La « loyauté des relations contractuelles » en droit administratif : d'un principe procédural à un principe substantiel », Rev. française de droit administratif 2012, n° 4.

connaître exactement la portée et le contenu de son engagement. Le contrat devra donc impérativement prévoir la résolution au cours de laquelle le vote sera émis. A défaut, l'engagement de l'associé ne sera pas délimité dans son étendue. Il aurait un caractère général et par voie de conséquence un objet indéterminé. L'apporteur ne connaîtrait pas au moment de la conclusion de la convention la portée exacte de son geste »⁹⁰⁷.

279- Toutefois, en ce qui concerne la limitation de la durée des conventions de vote, il semble que la jurisprudence française y a abandonné toute référence depuis un certain nombre d'années. Cette limitation qui ne fait pas l'unanimité en doctrine⁹⁰⁸, est présentée par certains comme une condition de validité du droit de vote⁹⁰⁹. Mais il faut dire que ce caractère limité de la convention est absorbé par la non-contrariété à l'intérêt social⁹¹⁰.

2. Affirmation continue pour l'intérêt social

280- Dans une société, une convention de vote est valable lorsqu'elle conforme à l'intérêt social, sans quoi la restriction au libre usage des voix s'avère illicite⁹¹¹. En effet, l'intérêt social peut créer un débat entre les différents acteurs sociétaires, dès lors il semble s'apparenter à un facteur régulateur des relations entre associés⁹¹², autrement dit il représenterait un principe juridique de validation des conventions entre associés⁹¹³. On parle plus exactement de conventions relatives à l'aménagement du fonctionnement des sociétés⁹¹⁴.

⁹⁰⁷ R. KADDOUCH, « Le droit de vote de l'associé », Thèse, Aix Marseille, 2001, p. 254.

⁹⁰⁸ Y. GUYON, « Traité des contrats - Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés », LGDJ, 5^e éd., 2002, n° 289 ; A. CONSTANTIN, « Réflexions sur la validité des conventions de vote », in « Le contrat au début du XXI^e Siècle », Etudes offertes à J. GHESTIN, LGDJ, 2001, n° 13.

⁹⁰⁹ D. COHEN, « Les conventions de vote » in « Liber Amicorum Christian Larroumet », Economica, 2010, n° 14 ; J.-J. DAIGRE et M. SENTILLES-DUPONT, « Les pactes d'actionnaires », GLN Joly, Coll. Pratique des Affaires, 1995, n° 13 ; G. PARLEANI, « Les pactes d'actionnaires », Rev. sociétés, 1991, p. 1, n° 44.

⁹¹⁰ Dans le même sens, V. A. CONSTANTIN, « Réflexions sur la validité des conventions de vote », in « Le contrat au début du XXI^e Siècle », Etudes offertes à J. GHESTIN, LGDJ, 2001, n° 13.

⁹¹¹ L. FRANCOIS-XAVIER, « L'exécution forcée des conventions de vote », Bull. Joly Sociétés 2011, p. 625 ; A. MIGNON-COLOMBET, « L'exécution forcée en droit des sociétés », Economica, 2004, n° 241 et s.

⁹¹² L'on peut citer le rôle de l'intérêt social dans la régulation des rapports entre associés. L'intérêt social devient un critère de validité des conventions conclues entre associés, tel est le cas de la validité des textes statutaires. Voir en ce sens B. DUPUIS, « Notion d'intérêt social », Thèse, Paris XIII, 2001, p. 97 et s.

⁹¹³ A. ORLEAN, « L'économie de conventions, définition et résultats », in « Analyse économique des conventions », PUF, 2004, p. 9 ; P. BATIFOULIER, G. De LARQUIER, « De la convention et de ses usages », in « Théorie des conventions », Dir. P. BATIFOULIER, Economica, 2009, p. 9.

⁹¹⁴ Y. GUYON, « Les sociétés. Aménagements et les conventions de vote », LGDJ, 1999 ; D. PORACCHIA, « Le rôle de l'intérêt social dans la SAS », R.S., 2000, p. 223 et s.

La convention de vote vise à rassembler et à unir les votes des actionnaires avant les assemblées. L'organisation, l'accroissement et le fonctionnement des sociétés surtout de la société anonyme tendent à concentrer le pouvoir⁹¹⁵. En réalité, l'intérêt social intervient surtout pour peser le degré d'intérêt égoïste actif dans la convention. Cela étant, il serait chimérique de prétendre effacer tout intérêt égoïste : il suffirait que la portion d'intérêt égoïste ne l'emporte pas sur l'intérêt social pour qu'elle soit conforme. En conséquence, la contrainte de conformité à l'intérêt social nécessite que toute convention soit analysée à l'aune de cette condition⁹¹⁶. Cette idée est confortée par les propos d'un auteur qui mentionne que « *tout dépend, en définitive, de la nature de l'intérêt collectif que la convention de vote est destinée à protéger ou à promouvoir et de l'utilité que présente la convention pour la satisfaction de l'intérêt social* »⁹¹⁷.

281- La doctrine française apprécie la convention de vote à la lumière de l'intérêt social⁹¹⁸. Il faut évoquer ici les décisions qui ont admis des conventions de vote pouvant se recommander de l'intérêt social. Parmi ces décisions, il faut d'abord citer, chronologiquement, celle rendue dans l'affaire « *Marine-Firminy-Schneider* »⁹¹⁹. Pour gérer la filiale commune Creusot-Loire, les sociétés mères avaient créé une société holding, organisée sur la base d'un protocole d'accord où elles s'engageaient, par toute une série de dispositions, à réaliser une gestion égalitaire et commune. Le tribunal a validé ce protocole en observant qu'il comblait très opportunément une lacune de notre droit des groupes de sociétés, et s'accordait avec l'intérêt social. Des auteurs ont constaté que le tribunal avait accepté ce protocole, car il « *s'accordait avec l'intérêt social* »⁹²⁰. Cette reconnaissance de l'intérêt social permet de préjuger ainsi de la licéité d'une convention de vote. La jurisprudence française érige la conformité à l'intérêt social⁹²¹, ou tout au moins, la non-contrariété à cet intérêt⁹²², en condition de validité des conventions de vote. On peut également, de façon subsidiaire, constater la référence faite à

⁹¹⁵ Les notions de majorité et de minorité étant eux-mêmes basées sur l'idée de concentration, les mécanismes qui y participent, doivent ainsi être favorisés.

⁹¹⁶ D'ailleurs la loi sud-africaine relative aux sociétés de 2008, entrée en vigueur depuis le 1^{er} mai 2011, aborde bien cette problématique dans ce sens lorsqu'elle précise que les conventions d'actionnaires devront également être compatibles avec les dispositions du « Protocole d'incorporation ».

⁹¹⁷ M. JEANTIN, « Conventions de vote », in « La stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions », R.J. com., 1990, n° 19.

⁹¹⁸ A. VIANDIER, « Observations sur les conventions de vote », JCP E 1986. 15405.

⁹¹⁹ CA Paris, 1^{er} août 1974, Rev. sociétés 1974, p. 685, note B. OPPETIT, RTD com. 1974, n° 17, p. 130, obs. R. HOUIN.

⁹²⁰ J. MESTRE, D. VELARDOCCIO, Lamy Sociétés commerciales, 2012, n° 798.

⁹²¹ CA Paris, 30 juin 1995, arrêt Métaleurop, JCP E 1996, II, n° 795, p. 69, note J.-J. DAIGRE.

⁹²² CA Aix-en-Provence, 5 déc. 2003, Bull. Joly, 2004, p. 1077, note A. CERATI-GAUTHIER, confirmé par Cass. com. 27 sept. 2005, n° 04-12168, n° 1138, RJDA, 12/05, n° 1359.

l'intérêt social par la Cour d'appel d'Aix en Provence du 10 mai 2012 qui précise que : « ...les engagements ou conventions de vote sont licites à condition qu'ils soient limités dans le temps et ne conduisent pas à des décisions contraires à l'intérêt social ou motivées par l'intention de nuire... »⁹²³.

3. Être dépourvue de toute fraude et ne pas transgresser l'ordre public

282- L'article 6 du Code civil interdit aux conventions de déroger aux règles qui « *intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». D'une manière générale, l'ordre public s'entend d'un ensemble de « *normes qui, exprimées ou non dans une loi, correspondent à l'ensemble des exigences fondamentales (sociales, politiques, etc.) considérées comme essentielles au fonctionnement des services publics, au maintien de la sécurité et de la moralité [...], à la marche de l'économie [...] ou même à la sauvegarde de certains intérêts particuliers primordiaux* »⁹²⁴ En matière de conventions de vote, les associés contractants ne doivent pas avoir l'intention de violer une règle impérative du droit des sociétés. En effet, le processus des décisions sociales au sein des sociétés et surtout de la société anonyme est encadré de façon très rigide dans l'AUSCGIE, lequel organise une répartition des pouvoirs entre les organes sociaux, et raffermissé par des fondements d'ordre public. Le contrat donne naissance à une obligation de faire, qui consiste à voter dans un certain sens, ou de ne pas faire, qui demeure dans une abstention au cours de l'assemblée générale. Dans ce cas, le fait ou l'abstention promis doivent être licites. Une personne ne peut valablement s'engager à accomplir un acte illicite ou immoral, prohibé par la loi ou contraire à l'ordre public, ni renoncer à exercer un droit qui découle de son état⁹²⁵. Ainsi, une convention qui méconnaîtrait une disposition obligatoire du code de commerce relative aux sociétés serait entachée de cause illicite⁹²⁶.

En sus de préserver la prérogative de vote de l'actionnaire, les conventions de vote doivent respecter les principes d'ordre public, dégagés par la jurisprudence et la doctrine, pour garantir que la gestion de la société s'opère dans un sens conforme à l'intérêt social. La

⁹²³ CA Aix-en-Provence, 10 mai 2012, n° 10-20.257.

⁹²⁴ R. KADDOUCH, « Le droit de vote de l'associé », Thèse, Aix Marseille, 2001, p. 262.

⁹²⁵ F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, « Droit civil. Les obligations », Dalloz, 10^e éd., 2009, n° 286 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, « Leçons de droit civil, T.II, 1^{er} vol. », Montchrestien, 12^e éd., 2000, n° 241 ; A. BENABENT, « Droit civil. Les obligations », Montchrestien, 13^e éd., 2012, n° 155.

⁹²⁶ Faisant expressément référence à la théorie de la cause illicite en matière de convention de vote, CA Lyon, 26 nov. 1931, Journ. sociétés 1932, p. 410.

combinaison de ces conditions est ainsi le signe d'un fort rayonnement de l'environnement sociétaire sur le régime des conventions de vote⁹²⁷.

§ 2. Les répercussions contrastées des conventions sur l'exercice du droit de vote

283- Si le droit des contrats qui fonde la validité de ce type d'engagements, en pose les limites et les sanctions (**B**), il en limite paradoxalement l'efficacité (**A**).

A. L'efficacité relative des conventions de vote - Classification des pouvoirs au sein des organes sociaux

284- L'efficacité d'une convention de vote dépend de ses dispositions. En effet, selon l'obligation qu'elle contient, son exécution sera plus ou moins efficace. Toutefois, il faut bien garder à l'esprit que s'il existe une certaine permanence dans les éléments dont elles sont élaborées, les combinaisons qu'il est possible de réaliser sont dépendantes de l'imagination de leurs créateurs.

1. Conventions de vote et fonctionnement des organes de la société

285- La société doit être gouvernée dans un sens conforme à l'intérêt social, ce qui signifie que tous les organes sociaux : les organes de direction mais aussi l'assemblée générale des actionnaires doivent agir dans cet intérêt⁹²⁸. Les conditions de validité des conventions de vote, qui visent à protéger l'actionnaire afin que ce dernier conserve son libre discernement dans l'expression de son vote, ou qu'il ne soit pas frauduleusement privé de sa liberté de vote, sont significatives du maintien du caractère essentiel de cette prérogative de l'actionnaire, laquelle participe de l'ordre public sociétaire. Les statuts peuvent stipuler des majorités qualifiées pour la prise de décisions de l'assemblée générale, voire l'unanimité. Rien ne nous montre une certaine contrariété à procéder de la même façon pour les décisions du conseil d'administration. En effet, l'article 453 de l'Acte uniforme semble imposer le recours à la

⁹²⁷ C. LEROY, « Le pacte d'actionnaires dans l'environnement sociétaire », Thèse, Paris-Est, 2010, n° 347, p. 161.

⁹²⁸ D. SCHMIDT, « Les conflits d'intérêts dans la société anonyme », éd. Joly, 2004, n° 11.

voie statutaire lorsqu'il précise que : « *Sous réserve des dispositions du présent Acte uniforme, les statuts déterminent les règles relatives à la convocation et aux délibérations du conseil d'administration...* ». D'un autre côté, le vote plural des actionnaires est illicite, rien de tel pour les administrateurs. « *Sauf clause contraire des statuts, un administrateur peut donner, par lettre, télex ou télécopie, mandat à un autre administrateur de le représenter à une séance du conseil d'administration. Chaque administrateur ne peut disposer, au cours d'une même séance, que d'une seule procuration* »⁹²⁹. La stipulation d'un droit de vote double pourrait ainsi s'accorder avec ce principe à condition de ne pas conduire à un abus, tel que le cumul de ce droit avec celui de la voix prépondérante du Président du conseil d'administration⁹³⁰.

286- Par ailleurs, on peut se poser la question de l'engagement assidu ou régulier de l'associé de voter dans un sens résolu. Il s'agit ici de regarder les conventions en vertu desquelles un associé s'engage à voter dans une voie fixée à l'assemblée générale ou à s'organiser avant celle-ci avec les adhérents de la convention, pour déterminer le sens dans lequel il votera. Ces conventions sont multiples et peut porter sur des questions précises. Toutefois, les conventions relatives à l'exercice du droit de vote au sein d'organes autres que l'assemblée générale ne sont pas valables⁹³¹, bien qu'une certaine doctrine française, influencée par des auteurs français, remette en cause ce principe⁹³².

2. Conventions de vote et statut des dirigeants

287- En se référant à la classification fondée par GUYON⁹³³, certains dirigeants qui sont également actionnaires peuvent, en dépit de la vente de leurs titres, désirer garder leur position dans la société et prévoir des indemnités en cas d'éviction. On utilise très souvent pour adoucir la libre révocabilité des dirigeants, le recours aux parachutes dorés⁹³⁴ d'une part

⁹²⁹ Art. 456 de l'AUSCGIE.

⁹³⁰ Art. 454 al. 2 de l'AUSCGIE.

⁹³¹ Cf. conventions réglementées du présent chapitre de l'étude.

⁹³² D. WILLERMAIN, « Les pactes d'actionnaires : principes fondamentaux-clauses relatives à l'exercice du pouvoir », DAOR, 1995, n° 53, p. 22.

⁹³³ Y. GUYON, « Traité des contrats. Les sociétés. Aménagement statutaires et conventions entre associés », LGDJ, 1995, p. 337.

⁹³⁴ S'agissant des golden parachute, il faut préciser que le législateur de l'OHADA est resté muet sur cette pratique assez développée en droit français. Il s'agit en fait pour le dirigeant, de se ménager conventionnellement une possibilité visant à limiter les conséquences financières néfastes de la révocation. Certaines clauses contractuelles doivent donc dans ce cas prévoir une indemnisation du dirigeant révoqué.

mais aussi d'une technique qui consiste à un cumul du mandat social avec un contrat de travail d'autre part. Cependant, en vertu du principe de la révocation ad nutum⁹³⁵, tout engagement par lequel une société s'abstient à l'avance de révoquer ses administrateurs ou s'engage à leur verser une indemnité importante en cas d'éviction est nul. Après beaucoup d'hésitations, la Cour de cassation française admet explicitement depuis quelques années que ces clauses ne sont pas illicites, à condition que de tels accords soient conformes à l'intérêt social et eu égard de la somme promise qui ne doit pas être d'un montant tel qu'il serait dissuasif empêchant par la même toute révocation. Ainsi, est « *illicite la convention qui a pour objet ou pour effet de restreindre ou d'entraver la révocation ad nutum du directeur général d'une société anonyme par les conséquences financières importantes qu'elle entraîne pour un tiers qui peut exercer une influence sensible sur la décision de révocation* »⁹³⁶. La pratique évoquée ci-dessus permet en outre de renforcer la stabilité des dirigeants sociaux, garantie d'une politique rationnelle et suivie au sein de la société, étant donné que le but affiché par l'AUSCGIE est de sécuriser et de stabiliser les relations entre les divers acteurs sociaux.

288- En général, les dirigeants sociaux ne sont pas des salariés de la société, il s'agit le plus souvent de mandataires sociaux dans leur rapport avec les autres membres de la société. Par ailleurs, l'article 426 de l'Acte uniforme suscitée prévoit : « *Sauf stipulation 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 ce contrat correspond à un emploi effectif. Dans ce cas, le contrat est soumis aux dispositions des articles 438 et suivants du présent Acte uniforme* ». Par ces dispositions, si on émet l'hypothèse que le contrat de travail devrait être suspendu pendant le mandat social, le dirigeant révoqué de son poste de direction retrouve son contrat de travail par la suite. Aux termes de l'article 327 de l'Acte uniforme, « *le ou les gérants peuvent librement démissionner. Toutefois, si la démission est faite sans juste motif, la société peut demander en justice réparation du préjudice qu'elle subit* ». On peut faire allusion en étude comparée à une possibilité de démission en blanc signée par le dirigeant au moment de son entrée dans la société.

⁹³⁵ Art. 433 de l'AUSCGIE : « Les administrateurs peuvent être révoqués à tout moment par l'assemblée générale ordinaire ».

⁹³⁶ Cass. com., 4 juin 1996, Bull. Joly 1996, note A. COURET.

B. Conséquences de la violation des conventions de vote et regard sur la théorie de l'abus de droit

289- Les conventions de vote sont aujourd'hui fréquemment exercées dans le monde des affaires. Il s'agit de savoir ici de quelle façon une violation d'une convention de vote peut être punie. Et surtout si une délibération sociale peut être annulée pour non-respect d'une convention de vote. Toutefois, si ce n'est pas la convention de vote en elle-même mais la décision sociale à l'adoption de laquelle peut le cas échéant conduire ce vote qui est susceptible de nuire à l'intérêt social, il semble que la compensation de l'abus du droit de vote suffit à encadrer la validité des conventions de vote au regard de la condition générale de non-contrariété à l'intérêt social.

1. Les sanctions d'une entorse aux conventions de vote

290- Le code civil discerne les obligations de donner ou de livrer et les obligations de faire ou de ne pas faire. L'engagement de vote est rattaché à la seconde classification par une précision donnée par l'article 1142 du Code civil qui dispose que : « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur* ». Autrement dit, lorsqu'une convention de vote est reconnue valable, mais qu'elle est inexécutée, le contractant qui ne respecte pas une obligation de faire ou de ne pas faire s'expose à des dommages et intérêts. Lorsque l'assemblée embrasse une résolution divergente de celle qui découlerait d'un vote approprié à la convention, il y a opposition entre le vote institutionnel et le vote conventionnel. Pour assurer l'exécution forcée d'une convention conforme, en principe il faudrait annuler la décision sociale prise. En plus de heurter le principe de l'effet relatif des conventions, sachant que la société est un tiers à cette convention, cette exécution forcée heurterait le principe de l'intangibilité⁹³⁷ des délibérations sociales⁹³⁸. Ce principe, en résultant ainsi des règles de la souveraineté de l'assemblée, il est

⁹³⁷ Quand l'associé lié par une convention de vote s'est prononcé en assemblée générale dans un sens contraire à l'engagement qu'il a souscrit, la validité de l'assemblée n'est pas remise en cause et le vote est considéré comme valable.

⁹³⁸ P. DE WOLF, « Conventions de vote et fonctionnement de la société », Journal des tribunaux, Larcier, sept. 2003.

donc impossible d'annuler une délibération sociale pour non-respect d'une convention de vote⁹³⁹.

La nullité d'une délibération ne peut provenir que d'un texte⁹⁴⁰. Par conséquent, lorsqu'un actionnaire abuse de son droit de vote, il existe selon l'Acte uniforme, d'autres solutions que l'allocation de dommages et intérêts permettant l'admission de l'intérêt social⁹⁴¹. Toutefois, l'inexécution d'un engagement de vote ne se caractérise pas en un vote abusif et, comme le droit de vote est d'ordre public, le vote d'un actionnaire ne peut pas être annulé sous prétexte qu'il ne respecterait pas l'engagement qu'il a souscrit⁹⁴². Mais la nullité s'applique sans difficulté à la convention par laquelle un actionnaire prendrait l'engagement de ne pas voter ou de ne voter qu'avec l'accord ou l'autorisation d'autrui⁹⁴³. Un associé ne peut s'engager à voter automatiquement dans la même voie qu'un autre⁹⁴⁴, ces engagements sont fréquents en cas de cession. Ou encore, à assurer celui-ci peu importe, dans des fonctions de dirigeant ou d'administrateur⁹⁴⁵.

2. La compensation de l'abus de droit sur les conventions de vote

291- Monsieur le Professeur Barthélémy MERCADAL a décelé dans la théorie de l'abus de droit de vote le seul encadrement nécessaire de la validité des conventions de vote au regard de la condition générale de non-contrariété à l'intérêt social⁹⁴⁶. Cette théorie permet d'ailleurs de protéger le droit fondamental qu'a tout actionnaire de participer à la vie sociale et de contribuer à la détermination de l'intérêt social. Il convient de rappeler la définition de l'abus de majorité qui est définie par l'article 130 de l'AUSCGIE qui dispose : « *il y a abus de*

⁹³⁹ C'est dire qu'en réalité, l'action en exécution forcée n'est possible que si elle est exercée à titre préventif c'est-à-dire avant l'émission du vote en assemblée, car aucune délibération n'a été votée. On voit ainsi que cette limite à l'exécution en nature des conventions de vote ne trouve pas sa justification dans l'article 1142 du Code civil et le caractère personnel de l'obligation de faire, mais dans le principe d'intangibilité des délibérations sociales issu du droit des sociétés.

⁹⁴⁰ Art. 130 et 131 de l'AUSCGIE.

⁹⁴¹ Voir en ce sens les sanctions en cas d'abus de droit de vote de la présente thèse.

⁹⁴² T. com., Paris, 12 février 1991, Bull. Joly 1991, n° 209, p. 592, note M. JEANTIN.

⁹⁴³ Telle est la situation lorsque des actionnaires majoritaires conviennent de prendre à l'unanimité des décisions concernant le bon fonctionnement de la société. Pour distinguer entre les bonnes et mauvaises conventions, il convient de se reporter à la jurisprudence et à la doctrine qui tient compte d'une part de l'intérêt que la convention peut présenter pour la bonne marche de l'activité sociale et d'autre part de la gravité de l'atteinte portée à la liberté des contractants.

⁹⁴⁴ Cass. com., 10 janv. 1972, JCP 1972, II, 17134.

⁹⁴⁵ CA Douai, 24 mai 1962, JCP E 1962, II, 12871, D. BASTIAN.

⁹⁴⁶ B. MERCADAL, « Pour la validité des conventions de vote entre actionnaires », RJDA, 1992, p. 727.

majorité lorsque les associés majoritaires ont voté une décision dans leur seul intérêt, contrairement aux intérêts des associés minoritaires, et que cette décision ne puisse être justifiée par l'intérêt de la société ». Cette définition a permis de définir l'abus de minorité⁹⁴⁷, si bien que, dans les deux cas, l'abus du droit de vote consiste en une atteinte à l'intérêt général de la société combinée à une rupture d'égalité entre actionnaires.

292- Ce dernier relève ainsi que « *l'abus consommé libère l'actionnaire et la société d'une convention de vote nocive à leurs intérêts tandis que l'absence d'abus retire toute raison à l'actionnaire et à la société de mettre en cause l'application de la convention de vote* »⁹⁴⁸. L'appréciation de la validité des conventions de vote, au regard de la non-contrariété à l'intérêt social, par l'application de la théorie de l'abus du droit de vote présente le double avantage de préserver la liberté qu'a tout actionnaire de se forger sa propre conception de l'intérêt social tout en améliorant la sécurité des partenaires dans la mesure où le régime de cette théorie est bien établi en droit positif et suffisamment restrictif pour que les risques d'invalidité des conventions de vote soient limités⁹⁴⁹.

293- Monsieur le Professeur Alexis CONSTANTIN rejoint l'opinion de ces auteurs en insistant, pour sa part, sur ce que le contrôle de la non-contrariété à l'intérêt social, par l'application de l'abus du droit de vote, doit permettre de sanctionner la convention de vote elle-même, car selon lui, si cette convention a pour objet, ou si elle est de nature à avoir pour effet, d'entraîner l'adoption d'une décision contraire à l'intérêt social en ce que cette dernière serait constitutive d'un abus de droit, la convention doit être considérée comme nulle, sur le fondement du droit commun des contrats, en raison de l'illicéité de sa cause⁹⁵⁰.

En bref, les conventions de vote semblent devoir être tenues pour licites dès lors qu'elles ne suppriment pas totalement le droit de l'actionnaire de participer aux décisions sociales, qu'elles ne sont pas contraires à l'intérêt social et qu'elles sont exemptes de toute idée de fraude. Par conséquent, leur violation engage la responsabilité civile des actionnaires rebelles ; s'agissant d'obligation de faire ou de ne pas faire, l'inexécution conduit à une

⁹⁴⁷ Art. 131 de l'AUSCGIE.

⁹⁴⁸ B. MERCADAL, « Pour la validité des conventions de vote entre actionnaires », RJDA, 1992, n° 6.

⁹⁴⁹ C. LEROY, « Le pacte d'actionnaires dans l'environnement sociétaire », Thèse, Paris-Est, 2010, n° 372, p. 175.

⁹⁵⁰ A. CONSTANTIN, « Réflexions sur la validité des conventions de vote », in « Le contrat au début du XXIe Siècle », Etudes offertes à J. GHESTIN, LGDJ, 2001, n° 21.

condamnation à dommages-intérêts ; en tout état de cause la convention est inopposable aux tiers parmi lesquels figure la société. Les conventions de vote trouvent ainsi l'occasion de s'exprimer à travers le prisme d'accords statutaires ou extrastatutaires orientant notamment le vote de ces derniers dans le sens de la mise en œuvre d'une politique sociale déterminée.

Conclusion Chapitre I

294- La procédure des conventions réglementées contribue au contrôle de gestion de la société, et permet de prévenir, voire de mettre en évidence, certaines fautes de gestion ainsi que des violations à l'intérêt social. Or ces insuffisances expliquent amplement les contre-performances de nos entreprises. Cette situation ne pousse pas à la création d'entreprises, alors que nos Etats ont besoin de ces entreprises pour leur développement. Ces sociétés participent pour une grande partie au budget de l'Etat et contribue à la lutte contre le chômage. L'élaboration de cette réglementation permet d'ailleurs d'éclaircir les responsabilités induites par l'inobservation du dispositif de contrôle ainsi que les éventuelles sanctions y afférentes. Son régime institué par l'Acte uniforme consiste comme en droit français, à assujettir au vote de l'assemblée générale toutes les conventions conclues directement ou par personne interposée, entre la société et l'un de ses gérants ou associés. Cette mesure vise principalement à anticiper des abus de biens sociaux. Le législateur africain a même purement exclu certaines conventions.

L'habileté du mécanisme des conventions réglementées s'impose dans cette perspective, comme une contrainte absolue. En effet cette réglementation constitue avec le mécanisme de contrôle légal des comptes sociaux, le centre des dispositifs de contrôle de la gestion des sociétés, car sa mise en œuvre effective assure une plus grande transparence des décisions des organes dirigeants des sociétés. Cette procédure présente un intérêt capital dans le fonctionnement de la société. La gestion quotidienne des sociétés peut donner lieu à des abus de la part des dirigeants engendrant des risques majeurs, susceptibles d'affecter le patrimoine social. La prévention de tels abus ne peut se faire sans une maîtrise parfaite des mécanismes de contrôles.

295- Les associés peuvent par convention modifier le libre exercice du droit de vote. Il s'agit des conventions de vote. Jadis mise en question, leur validité s'appuie sur un raisonnement à contrario. Elles sont utilisées pour divers besoins de la société et sont de temps à autre nécessaires, car elles encouragent le respect des tendances définies. Et cette utilité dans les « *bonnes conventions* » ambitionne l'intérêt de la société. La validité des conventions de vote est par conséquent avéré mais sous certaines conditions que nous avons énumérées plus haut. Le législateur Ohada laisse, par ailleurs le soin de compléter la structure selon les besoins et

but des actionnaires. Une convention de vote doit être établie ou rédigée sur mesure en tenant compte des besoins précis et spécifiques de la société et des actionnaires. L'élaboration de solutions qui leur sont propres, à l'intérieur d'une convention, constitue un choix judicieux pour prévenir les conflits et les situations fâcheuses qui risquent de se présenter au cours de l'association, pourvu qu'elle ne heurte pas les bonnes mœurs et l'ordre public. A une époque où le monde entrepreneurial occidental accroît sa mutation vers des standards de gestion et de compétitivité anglo-saxons, les milieux d'affaires africains doivent prendre le trait de la modernité et de la flexibilité dans l'application du droit de la société Ohada⁹⁵¹.

⁹⁵¹ J.-C HOUNKPE, « Pactes d'actionnaires et préventions des conflits dans la société anonyme de l'espace Ohada », Ohadata D-11-100.

Chapitre II

Les mécanismes alternatifs de prévention des abus dans l'Acte uniforme

296- De nos jours, l'on assiste à une progression précise du rôle des associés ou actionnaires dans l'animation sociale puisque le contrôle interne qu'ils jouent sur la gestion sociale, est fortifié par de nouveaux dispositifs ayant pour but d'assainir les comptes sociaux et la gestion. Le fonctionnement d'une société peut se heurter à des difficultés multiformes, et il n'est jamais trop tôt pour les prévoir. En effet, l'efficacité de la prévention résulte à n'en point douter de la rapidité avec laquelle les maux susceptibles de troubler le bien-être de la société sont mis à jour et combattus. Les abus qui affectent la société sont toujours de nature à s'amplifier avec le temps. Ils prennent ainsi des proportions importantes et deviennent par conséquent difficiles à résoudre.

297- Le législateur africain a pris conscience de cette nécessité en protégeant par de nombreuses dispositions de l'AUSCGIE des mécanismes limitant les abus en droit des sociétés pour tenter d'y trouver une sortie par un détour non litigieux. Cette évolution est rattachée à ce qu'un auteur a appelé « *un droit élargi d'apprendre* »⁹⁵². Il s'agit de créer une alerte, type de signal d'alarme, d'instruire une expertise de gestion ou de demander la désignation d'un administrateur provisoire. Par ailleurs, L'AUSCGIE accorde une place à l'arbitrage dans la résolution des litiges sociétaires.

⁹⁵² Y. CHARTIER, « Droit des affaires, 3, Entreprises en difficulté, Prévention- Redressement- Liquidation », PUF, Paris, 1989, p. 73.

Les moyens de contrôle renforcés de l'information ou les mécanismes garantissant le bon fonctionnement de la société

298- Le fonctionnement de la société commerciale est conduit par un ou plusieurs dirigeants. La conduite par ces dirigeants ou par un groupe de majorité, des activités de l'entreprise peut ne pas être au goût de tous les acteurs sociaux et occasionner ainsi chez eux un sentiment de soupçon, ce qui suppose un droit de regard et d'observation de la gestion de leur part. De plus, la prospérité d'une société étant assujettie à la transparence de sa gestion, il faut bien qu'elle soit contrôlée. L'objectif du législateur Ohada étant d'apporter une nouvelle donne au développement socio-économique par le biais des sociétés commerciales, ce dernier s'est évertué à aménager avec minutie tous les abus susceptibles d'être accomplis à l'intérieur desdites sociétés, afin de renforcer les prérogatives des associés. Certains de ces abus peuvent, en effet, indiquer une nature particulière dont seule la conduite de méthodes spécifiques est à même d'y remédier.

299- Autrement dit, la prévention des abus est la politique la plus satisfaisante en matière de protection des associés/actionnaires, étant donné que la meilleure manière de lutter contre un abus (c'est dire de le déceler encore minuscule) nécessite une vigilance et de préférence, de disposer d'un appareil d'informations fiables sur la santé de l'entreprise. Ainsi, pour renforcer le droit de consultation directe des documents sociaux, l'Acte uniforme a manifesté un certain modernisme, voire à certains égards d'innovativité, en insérant dans l'espace Ohada une série de procédures permettant aux associés, même minoritaires, de vérifier une bonne gouvernance de la société. Plusieurs rouages prévus par le législateur africain participent donc au renforcement du contrôle interne. Autrement dit, il est question ici de procédure d'alerte (§ 1) qui constitue une utilité notable et de l'expertise de gestion (§ 2) qui présente un avantage considérable dans la lutte préventive contre les abus en droit des sociétés.

§ 1. LA PROCEDURE D'ALERTE : MODE D'EMPLOI

300- Le droit d'alerte constitue une révolution majeure en droit Ohada⁹⁵³. Ce n'est pas encore le temps des alarmes ou même des conflits, il ne s'agit que de prévenir les dirigeants des écueils prévisibles⁹⁵⁴. L'exercice des droits politiques de l'associé nécessite qu'il puisse prendre part à des informations de façon directe en sollicitant les organes de direction lorsqu'il lui semble que le bon fonctionnement de la société est en jeu⁹⁵⁵.

La procédure peut être entamée par tout actionnaire ce qui constitue une nouveauté essentielle du droit Ohada par rapport à son homologue français⁹⁵⁶. La procédure d'alerte a pour nature de révéler des signes de difficultés de façon à constituer rapidement et secrètement une résistance efficace⁹⁵⁷. Il s'agit donc d'une procédure destinée à inciter les dirigeants d'une société à réagir et à prendre des mesures convenables lorsque la continuité de l'exploitation est altérée⁹⁵⁸.

A. L'efficacité de l'alerte évaluée dans la perspective de son déclenchement

301- Deux critères sont typiques de la procédure d'alerte prévue par l'AUSCGIE par les articles 158 et 526 alinéa 3 de l'AUSCGIE relatifs à la société anonyme, et de l'article 157 de l'AUSCGIE correspondant aux autres sociétés⁹⁵⁹ : ce sont les titulaires de l'exercice d'alerte (1) et de la faculté que ces titulaires ont de poser des questions aux dirigeants sociaux sur des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation(2)⁹⁶⁰.

⁹⁵³ A. S. ALGADI, « L'alerte de droit Ohada des entreprises en difficulté », Droit et patrimoine 2012, n° 211, p. 38 ; A.-M. CARTRON, B. MARTOR, « L'associé minoritaire dans les sociétés régies par l'espace Ohada », Cah. Dr de l'entreprise 2010, n° 1, Dossier, 2, p. 21 ; M. LECERF, « La procédure d'alerte- Un nouveau moyen de prévention des difficultés de l'entreprise », Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation, CFCE, 1998, n° 2, p. 325.

⁹⁵⁴ Y. CHAPUT, « Droit de la prévention et du règlement des difficultés des entreprises », PUF, 1986, n° 40.

⁹⁵⁵ INFOREG, « Le droit à l'information des associés dans une SARL », Cah. Dr de l'entreprise 2012, n° 3.

⁹⁵⁶ La procédure d'alerte existe en droit français mais elle est beaucoup plus large en droit Ohada, en effet, l'article L. 225-232 du Code de commerce français impose l'ouverture de cette procédure qu'aux actionnaires détenant au moins 5% du capital social.

⁹⁵⁷ Y. GUYON, « Droit des affaires, Tome 2, Entreprises en difficultés- Redressement judiciaire- Faillite », 9ème éd., Economica, Paris, 2003, n° 1044, p. 51.

⁹⁵⁸ C. E. SAWADOGO, « La prévention des difficultés des entreprises dans les États d'Afrique francophone », Thèse, Paris I Panthéon-Sorbonne, 2006, p. 106.

⁹⁵⁹ La procédure d'alerte a été créée en France par la loi de 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises et modifiée en profondeur par la loi de 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises puis par la réforme de 2005 de sauvegarde des entreprises.

⁹⁶⁰ M. MENJUCQ, T. BELLOT, J.-B. DRUMMEN, D. ZWERGER, « La détection précoce des difficultés des entreprises », Rev. procédures collectives 2010, n° 1, p. 49 ; B. ALDIGE, « La licéité du dispositif d'alerte contenu dans un code de conduite des affaires », Semaine sociale Lamy 2009, n° 1426, p. 4.

1. La légitimité des organes chargés de la procédure d'alerte

302- La figure la plus emblématique des organes chargés en interne de déclencher la procédure d'alerte est le commissaire aux comptes, mais il n'est pas le seul à se voir délégué cette mission, car ce droit est également reconnu aux associés⁹⁶¹. Cette diversité contribue à améliorer l'efficacité de la détection.

1.1. Les titulaires de l'exercice d'alerte

303- Aux termes des articles 158 et 526 al. 3 de l'AUSCGIE, relatifs à la SA, et des dispositions de l'article 157 de l'AUSCGIE applicable aux autres sociétés, et dans le cas de notre étude de la SARL, l'associé même minoritaire, a la possibilité de poser des questions aux dirigeants sociaux sur des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Aucune condition n'est exigée de la part d'un associé pour exercer cette procédure. Ce mécanisme s'avère bénéfique pour les associés minoritaires qui se seraient trouvés écartés de ce droit si le législateur africain avait instauré des seuils comme en France.

304- Pour notre part, cette capacité donnée aux actionnaires devrait se métamorphoser en une véritable obligation, car elle revêtirait un caractère favorable aux éventuels abus et à l'apathie de la part de certains groupes majoritaires. Par ailleurs il convient de préciser que ces actionnaires ne font pas partie de la direction car il serait schismatique qu'un associé méconnaît la situation qui met en mal le fonctionnement de l'entreprise et plus qu'il n'aurait aucun intérêt à déclencher une telle procédure en présence de faits qui compromettent la continuité de l'exploitation, faits qu'il aurait provoqué lui-même⁹⁶². Toutefois, les associés ne peuvent user de ce droit que deux fois au cours du même exercice social. Dans les SARL, les questions sont posées au gérant tandis que dans les SA, les questions sont attribuées au président directeur général, au président du conseil d'administration, ou à l'administrateur général. La réponse est donnée dans un délai d'un mois, par écrit, dont une copie est envoyée

⁹⁶¹ En France, depuis la loi du 1^{er} mars 1984 sur la prévention des difficultés des entreprises jusqu'à celle de 2001 sur les nouvelles régulations économiques, les représentants des salariés peuvent également intervenir dans le cadre de la procédure d'alerte. V. art. L. 432-5 du Code de travail, art. 230-3 de la loi du 24 juil. 1966.

⁹⁶² B. Le BARS, « Droit des sociétés et de l'arbitrage international, pratique en droit de l'Ohada », Lextenso, 2011, n° 195, p. 91.

au commissaire aux comptes éventuellement. La contribution que constitue le droit d'alerte peut être évaluée à l'aune de la législation des pays africains qui ne sont pas membres de l'Ohada et qui ne profitent pas d'un tel arsenal législatif.

305- Le commissaire aux comptes a les mêmes prérogatives en droit Ohada comme en droit français, avec une nuance considérable qu'en droit Ohada, l'alerte déclenchée par le commissaire aux comptes et les associés, reste pleinement confidentielle. Elle est amorcée pour la société et n'a pas aptitude à sortir de la société. Le droit Ohada manifeste ici une frontière par rapport à la législation française qui renforce l'efficacité de l'alerte interne avec la possibilité de saisine du président du tribunal. En réalité la considération de l'exigence de confidentialité peut être un bouclier à double tranchant. Avant tout parce que le triomphe de la procédure résulte exclusivement du bon vouloir de l'organe de direction, ce qui peut être préjudiciable à l'entreprise et obérer ses chances de sauvegarde, ensuite, parce que la confidentialité peut renforcer la confiance des dirigeants dans la procédure d'alerte, ils peuvent être plus réactifs aux avertissements du commissaire aux comptes et des associés. Malheureusement, il n'en est rien en pratique, car certains dirigeants ont eu pour habitude d'entraver le bon déroulement de la mission du commissaire aux comptes. Ainsi, l'alerte pour être efficace, doit rester confidentielle le plus longtemps possible.

306- Il apparaît par hypothèse que cette pluralité d'acteurs porte en elle sa propre efficacité, même si ce raccourci est un peu rapide. D'abord parce que ces mêmes organes internes pouvaient très bien alerter le dirigeant social, même sans texte, les associés en vertu de leur droit de poser des questions et de demander des informations et explications, le commissaire aux comptes en vertu de sa mission spécifique⁹⁶³. Le fait d'instaurer un texte a-t-il comme vertu fondamentale d'inciter ces mêmes organes à suivre une procédure formelle ? Cela ne semble pas le cas en pratique, les alertes données par les organes internes et par les groupements de prévention agréés sont très rares en droit Ohada⁹⁶⁴. De son côté, le

⁹⁶³ A. S. ALGADI, « L'alerte de droit Ohada des entreprises en difficulté », *Droit et patrimoine* 2012, n° 211, p. 40 ; A.-M. CARTRON, B. MARTOR, « L'associé minoritaire dans les sociétés régies par le droit Ohada », *Cah. Dr. de l'entreprise* 2010, n° 1, Dossier, p. 24.

⁹⁶⁴ Il faut cependant déplorer que le législateur africain ne soit pas allé aussi loin que le législateur français. Même si dans certains États membres de l'espace Ohada, les législations nationales ont pu organiser des rouages facultatifs d'alerte externe permettant à certaines institutions publiques et privés de voler à l'aide des dirigeants en déconfiture. C'est le cas au Burkina Faso, avec des organismes tels que l'Assemblée Générale des sociétés d'Etat, le Fonds d'appui aux activités rémunératrices des femmes (FAARF) ou encore le Projet d'appui à la création des petites entreprises (PAPME). Au Sénégal et au Mali ce sont les Centres de gestion agréés calquées sur le modèle des Groupements de prévention agréés de l'article L. 611-1 du Code commerce français qui ont été institués pour jouer le rôle de contrôle externe de l'entreprise. Leur mission est de fournir à leurs adhérents « *de*

commissaire aux comptes préférera une procédure informelle, en lien direct avec le chef d'entreprise. Justement, cette procédure d'alerte impacte sur les pouvoirs des dirigeants en portant préjudice sur leur libre-arbitre. Cette articulation se schématise sous un aspect de droit de regard ou d'immixtion institué par l'AUSCGIE.

1.2. La procédure d'alerte ou l'ingérence dans les pouvoirs des dirigeants sociaux

307- En général, les pouvoirs des dirigeants sociaux renferment un devoir de diligence. Le droit Ohada à la différence du droit français⁹⁶⁵ ne fait pas expressément référence⁹⁶⁶. Toutefois, sous le couvert de cette obligation, il est recommandé au dirigeant de société un devoir de gestion conséquente de la société qu'il administre et une obligation de gérer intelligemment cette dernière. Ce sont ces deux figures des pouvoirs du dirigeant social qui sont affaiblies par l'application de la procédure d'alerte.

308- Avec le souffle des fondements de la *corporate governance*, l'hésitation n'est plus de mise, l'ensemble de la doctrine Ohada apparaît acquise quant à l'exigence pour les dirigeants de gérer la société rationnellement, et pour le juge d'évaluer cette gestion⁹⁶⁷. En effet, gérer intelligemment la société ramène à l'obligation de bonne gestion de la société. S'il s'avère particulièrement compliqué de pouvoir caractériser la notion de bonne gestion, un auteur a pu la définir par : « *une gestion créatrice de richesse qui s'effectue de la meilleure façon en vue de réaliser des bénéfices ou des économies* »⁹⁶⁸. L'on peut donc considérer qu'il s'agit de gérer la société de bonne foi, car sous cette contrainte, il est attendu des dirigeants une gestion informée, intelligente, contrôlée et susceptible d'être prouvée de la société. En faisant

façon confidentielle, des informations économiques, comptables et financières que ceux-ci s'engagent à lui transmettre régulièrement ». Cette mission d'analyse financière se prolonge en une obligation d'information du chef d'entreprise « lorsque le groupement relève des indices de difficultés ». Dans la majorité des cas l'inconvénient de ces mécanismes d'alerte est que leur déclenchement est abandonné à l'appréciation des dirigeants qui ne sont pas souvent pressés de se mettre sous la protection du juge.

⁹⁶⁵ E. SCHOLASTIQUE, « Le devoir de dirigeant des administrateurs de société, Droit anglais et droit français », LGDJ, 1998, n° 25, p. 19 ; F. PELTIER, « La convergence du droit français avec les principes de la corporate governance américaine », JCP E 1997, n° 660, p. 245 ; J. M. PEREZ, « Esquisse sur la responsabilité civile des dirigeants sociaux américains, in la responsabilité civile des dirigeants sociaux, Colloque du 16 décembre 2002 organisée par l'université René DESCARTES », Rev. sociétés 2003, n° 2, p. 195.

⁹⁶⁶ Ni le Code civil en vigueur dans la quasi-totalité des pays membres de l'espace Ohada, ni les lois internes telles que la loi camerounaise n° 99/016 du 22 déc. 1999 portant statut général des établissements publics et des entreprises du secteur public et parapublic, ni le Code CIMA, ni l'AUSCGIE, ni l'AUPOPCAP, ne disposent que les dirigeants doivent exercer leurs fonctions avec diligence, toutefois condamnent le défaut de diligence de ces derniers à travers telle ou telle attitude. C'est l'approche punitive qui prévaut la matière.

⁹⁶⁷ B. NJOYA NKAMGA, « Les dirigeants sociaux », Thèse, Université de Dschang, 2007, n° 226, p. 126.

⁹⁶⁸ P. BEZARD, « La compétence et le devoir des dirigeants sociaux en droit français », Journ. de la société de législation comparée, 1988, p. 529.

référence aux principes de la *corporate governance* qui traite du devoir de diligence des directeurs et de la jurisprudence française, cet auteur admet que le devoir de gestion rationnelle de la société par les dirigeants est effectué si le dirigeant prend la décision de gestion de bonne foi et n'est pas intéressé dans la décision et le cas échéant, se plie aux procédures spéciales instituées pour la prise régulière de telles décisions⁹⁶⁹. Cela rejoint une idée de gestion conséquente de la société car nécessitant une gestion plus responsable et plus efficace des sociétés et qui est recensée de manière brève à l'article 277 de l'AUSCGIE.

L'on se rend compte que cette procédure a pour objectif d'amener le dirigeant social à prendre des mesures qui s'imposent pour remédier à la situation de la société. Elle a pour objectif de permettre dans certaines circonstances une véritable immixtion dans les pouvoirs des dirigeants, étant donné dans ces cas, les actes découlant normalement des pouvoirs des dirigeants, sont effectués en lieu et place par d'autres organes de la société. Cette procédure permet ainsi de défendre l'intérêt social en portant atteinte aux pouvoirs du dirigeant social⁹⁷⁰.

2. Le critère de déclenchement ou la difficulté à définir les « *faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation* »

309- En matière d'alerte, les textes disposent qu'à l'occasion de l'exercice de sa mission, lorsque le commissaire aux comptes relève « *des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation* », il doit en informer le président du conseil d'administration ou du directoire ou le dirigeant social. L'AUSCGIE n'a pas défini la notion de « *faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation* »⁹⁷¹. Mais que faut-il entendre par cette expression ? Parce que là se trouve tout le nœud de la procédure qui peut être initiée par le commissaire aux comptes s'il y en a, g ou instruite par les associés. Cette expression emprunte ostensiblement le jargon anglais « *going concern* »⁹⁷². Elle n'est pas très juridique et laisse donc place à une marge d'appréciation non insignifiante. Si la notion de « *continuité*

⁹⁶⁹ B. NJOYA NKAMGA, « Les dirigeants sociaux », Thèse, Université de Dschang, 2007, n° 226, p. 126.

⁹⁷⁰ Encyclopédie de droit Ohada, Dir. P.-G. POUGOUE, Lamy, 2011, n° 291, p. 683.

⁹⁷¹ O. SAMBE, M. I. DIALLO, « Guide pratique des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (GIE) Ohada, Schémas didactiques, modèles (statuts, procès verbaux et autres formulaires), Jurisprudence », Comptables et juridiques, 2^e éd., 2008, p. 3.

⁹⁷² L'idée qu'une société va continuer à fonctionner indéfiniment, et ne sortira pas de l'entreprise et de liquider ses actifs. Pour ce faire, l'entreprise doit être en mesure de générer et / ou mobiliser des ressources suffisantes pour rester opérationnel.

de l'exploitation »⁹⁷³ est connue dans le domaine comptable, sa définition juridique devrait appréhender un domaine plus large.

310- Le critère de l'alerte n'est certes pas un critère comptable ; néanmoins, dès lors qu'il est relevé par un organe dont la mission est justement de veiller à la régularité et à la sincérité des comptes, la primauté de critères comptables est évidente, d'autant qu'ils ont pour objectif de déterminer un risque de continuité de l'exploitation économique de l'entreprise. L'on souligne que c'est le critère retenu par l'AUSCGIE et en France pour la même procédure. Toutefois, l'emploi de ce critère s'avère délicat par le fait qu'il n'a pas l'exclusivité de la doctrine Ohada⁹⁷⁴, étant donné que si l'alerte est donnée par les associés, le critère usité sera différent. En effet, un tel critère peut être péniblement perçu par des personnes ou autorités extérieures à la société et provoquerait une immixtion injustifiée dans la gestion des entreprises in bonis. C'est pourquoi il est suggéré qu'il serve à la saisine de la juridiction compétente par le débiteur ou les autres dirigeants de l'entreprise, les autres protagonistes s'en tenant toujours à la cessation de paiements⁹⁷⁵. L'efficacité de cette alerte peut précisément demeurer dans le fait qu'elle enveloppe des critères appartenant à des champs très divers, donnant ainsi une vision, synthétique, globale de la situation de l'entreprise avec comme conséquence une incitation de l'exécutif de l'entreprise à réagir. La mise en exergue de critères nuisibles à la continuité d'exploitation peut simultanément découler des comptes annuels de l'exercice et des exercices précédents, mais aussi de situations postérieures à la date de clôture ou d'arrêt des comptes, voire des données prévisionnelles de la société et de son secteur d'activité.

311- Très souvent, l'abus de biens sociaux est révélé par la comptabilité⁹⁷⁶. Ce délit emporte entre autre pour conséquence un appauvrissement de l'entreprise, une incidence pour les salariés au niveau de l'intéressement ou de la participation, une atteinte à la réputation et au

⁹⁷³ La continuité est établie notamment lorsque l'entreprise est rentable, exécute des plans d'investissement correctement financés, entretient des relations sereines avec ses banquiers, réalise des recherches d'amélioration des produits et des procédés de fabrication, développe des stratégies commerciales, veille à la concurrence, etc... Les états financiers sont normalement préparés selon l'hypothèse que l'entreprise est en situation de continuer et poursuivra ses activités dans un avenir prévisible. Ainsi, dans les circonstances de l'entreprise, il est admis qu'elle n'a ni l'intention ni l'obligation ou la nécessité de mettre fin à ses activités ou de réduire sensiblement leur étendue. L'hypothèse de continuité établit que l'entreprise est en mesure d'honorer ses engagements dans le cours normal de ses activités, <http://www.procomptable.com>.

⁹⁷⁴ Encyclopédie de droit Ohada, Dir. P.-G. POUGOUE, Lamy, 2011, n° 11, p. 524.

⁹⁷⁵ P.-M. Le CORRE, E. Le CORRE-BROLY, « Droit du commerce et des affaires, Droit des entreprises en difficulté », Sirey, 2^e éd., 2006, n° 4.

⁹⁷⁶ CA Paris, 1^{ère} ch., 28 sept. 1998, n° 01/950 dans lequel un dirigeant a été inculpé de banqueroute et d'abus de biens sociaux, à la suite d'une procédure d'alerte ouverte à l'initiative du commissaire aux comptes de la société ; Dans le même sens, Cass. com., 16 mai 2012, n° 11-83.299, Cass. crim. 21 nov. 2012, n° 11-85.867.

crédit de la société si elle contribue à des opérations condamnables, à la perte de motivation si les salariés ont le sentiment qu'ils travaillent plus pour l'enrichissement personnel des dirigeants ou du groupe que de celui de leur société. Tout ceci peut être facteur de compromettre la continuité de l'exploitation pour notre part. La procédure d'alerte n'a pas pour objet uniquement de prévenir les dirigeants, car ces derniers sont à priori conscients de ce qui se passe dans la société, ainsi cette procédure a également pour finalité de les mettre en face de leurs responsabilités, et comme le mentionne Monsieur le Professeur Jacques MESTRE, « *c'est vers la voie des médecines naturelles, des thérapies douces que le législateur veut entraîner les dirigeants et les partenaires de l'entreprise* »⁹⁷⁷.

312- Toute la difficulté pour le commissaire aux comptes, sera de définir un faisceau d'indices lui permettant d'avoir lui-même des certitudes concernant la « *continuité de l'exploitation* » tout en choisissant les critères les plus pertinents pour motiver son appréciation et obtenir la réaction du chef d'entreprise. Si l'efficacité d'une procédure d'alerte demeure avant tout dans son mécanisme de déclenchement, il est primordial que le processus le soit également, au risque de faire perdre tout crédit à l'instance.

B. L'efficacité de l'alerte évaluée dans son processus

313- En France, c'est la loi du 1er mars 1984 et le décret du 25 janvier 1985, codifiés au titre VI du Code de commerce⁹⁷⁸, qui ont mis en place la procédure d'alerte du commissaire aux comptes. Elle est prévue par les articles 150 et suivants de l'AUSCGIE. Cette procédure est relative à toutes les entreprises commerciales. Le commissaire aux comptes est celui qui est chargé du contrôle de la comptabilité de la société, de l'attester et plus généralement, d'examiner si l'animation sociale se déroule dans les conditions régulières. Dans ce mécanisme de prévention, la fonction du commissaire aux comptes s'avère très nécessaire : en effet, dans l'exercice de ses prérogatives, le commissaire aux comptes doit être tenu informé de tout fait de nature à entraver la continuité de l'établissement. Il se base ainsi sur les outils d'analyse financière et les procédures de contrôle interne existant dans la société, compte tenu de sa dimension et de sa composition.

⁹⁷⁷ Cité par F. PEROCHON, R. BONHOMME, « Entreprises en difficulté, instruments de crédit et de paiement », LGDJ, 2009, p. 13.

⁹⁷⁸ Loi n° 84-148 du 1 mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises ; Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

1. La conduite progressive de la procédure d'alerte

314- Le processus d'alerte est pratiquement le même selon qu'il s'agisse d'une société anonyme ou d'une SARL. En effet, cette procédure comporte au maximum quatre étapes. Lors de la première étape, le commissaire aux comptes avertit le dirigeant sur des données primordiales susceptibles de remettre en cause la durabilité ou l'avenir de la société⁹⁷⁹. Cette communication s'effectue par courrier⁹⁸⁰. La justification écrite demandée au dirigeant ou au gérant doit être suffisamment transparente et précise pour rassurer le commissaire aux comptes sur la continuité de l'établissement au regard de la situation⁹⁸¹. En général, une discussion informelle et orale devance cette étape dans le but de s'abstenir d'une telle procédure qui peut se révéler stérile. Par conséquent, le commissaire aux comptes doit s'assurer de l'exécution des résolutions prises par le dirigeant. Si celles-ci sont jugées convenables, la procédure prend fin ; cependant en cas de nouvelles dérives, une phase doit être établie de nouveau.

L'étape deux est amorcée à défaut de réponse du dirigeant sous quinze jours ou si celle-ci est considérée déplorable. Durant cette phase, le commissaire aux comptes, dans le cas d'une société anonyme, peut demander la tenue d'un conseil d'administration dans le but de délibérer sur la situation⁹⁸². Cette étape n'existe pas dans le cas de la SARL.

La troisième étape est ouverte lorsque le conseil n'a pas été réuni, ou s'il n'y a pas eu de délibération dans le délai légalement fixé, à la demande du commissaire aux comptes, ou encore si la pérennité de l'entreprise est toujours menacée, en dépit des dispositions prises. Cette phase s'effectue à ce niveau dans la SARL lorsque le gérant manque de répondre ou que sa réponse paraît insuffisante⁹⁸³. Lors de cette étape, le commissaire aux comptes rédige un rapport spécial ayant pour but d'informer les associés ou actionnaires. Le devoir d'alerte qui incombe au commissaire aux comptes le pousse à faire apprécier la gestion de la société, d'où

⁹⁷⁹ A. GODFROY, « Le commissaire aux comptes et la procédure d'alerte », Thèse, Paris II, 1999, p. 42 ; M. AIME, « Le commissaire aux comptes et l'état de cessation de paiements », Thèse, Paris II, 1989, p. 144 ; F. HAYEK, « L'utilisation de l'information dans les sociétés », www.liberpedia.org.

⁹⁸⁰ Art. 150 et 153 de l'AUSCGIE.

⁹⁸¹ Art 151 et 154 de l'AUSCGIE.

⁹⁸² Art.155 de l'AUSCGIE.

⁹⁸³ Art. 152 et 156 de l'AUSCGIE.

l'existence d'une dérive de son rôle de contrôle des comptes vers la surveillance de la gestion, impliquant ainsi que sa responsabilité puisse être engagée, celle des dirigeants n'étant pas en reste.

2. La responsabilité du commissaire aux comptes ou des dirigeants

315- Le droit Ohada s'est prononcé pour une aggravation des responsabilités qui pèsent sur les dirigeants sociaux, que la société soit *in bonis* ou en difficulté financière⁹⁸⁴. L'obligation octroyée au commissaire aux comptes de déclencher la procédure d'alerte est susceptible d'engager sa responsabilité en cas de manquement des dispositions prévues⁹⁸⁵. Par ailleurs, les actionnaires auront l'obligation de prouver sa faute et le lien de causalité entre la faute et le dommage qu'ils ont subi. Toutefois, sa responsabilité ne peut être engagée pour les informations ou divulgations de faits auxquelles il procède en exécution de sa mission conformément à l'article 153 du présent Acte uniforme. Par ailleurs, le dirigeant ne doit pas gêner le bon déroulement de la mission du commissaire aux comptes. C'est ainsi que l'entrave à la mission de vérification du commissaire aux comptes a été sévèrement punie par la chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt du 12 septembre 2001⁹⁸⁶.

En conséquence, si l'entrave à l'activité du commissaire aux comptes est récurrente en droit français, elle l'est davantage dans l'espace Ohada car les facteurs socio-économiques sont bien plus pesants. Il est donc indispensable de revoir le statut du commissaire aux comptes et de lui garantir des conditions plus faciles d'exercice de sa mission. Quant aux dirigeants, ces derniers engagent leur responsabilité compte tenu des dispositions du droit commun lorsqu'ils ne donnent pas une suite satisfaisante à la procédure. L'exercice du droit d'alerte inclut donc une intervention nécessaire dans la gestion de la société. Ainsi, en confiant l'exercice de cette

⁹⁸⁴ Les textes fondamentaux relatifs à la responsabilité des dirigeants applicables à toutes les formes de sociétés sont contenus aux articles 161 à 172 de l'AUSCGIE, Pour la SA, voir les art. 738 à 743 et pour les SARL, les art. 330 à 332 de l'AUSCGIE ; J. NGUEBOU TOUKAM, « Environnement juridique et développement du secteur privé : l'exemple de l'Ohada », *Rev. africaine des sciences juridiques*, 2001, n° 1, p. 42 ; M. EMIEN MIESSAN, « L'administration et la direction de la société anonyme de type nouveau issue de la réforme du droit des sociétés commerciales applicable dans la zone Ohada », *Ohadata D-07-06* ; W. J. HGOUE, « La mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants des sociétés anonymes en droit Ohada », *Ohadata D-05-52* ; P.-G. POUGOUE, Y. KALIEU ELONGO, « L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif Ohada », *Coll. Droit uniforme, PUA*, 1999, n° 293, p. 98.

⁹⁸⁵ Art. 725 al. 1 de l'AUSCGIE : « Le commissaire aux comptes est civilement responsable, tant à l'égard de la société que des tiers, des conséquences dommageables, des fautes et négligences qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions ».

⁹⁸⁶ Cass. crim., 12 sept. 2001, *Bull. Joly* 2002, n° 3, p. 35.

prérogative au commissaire aux comptes et aux actionnaires ou associés, le législateur entend exclure les salariés ou leurs représentants de la gestion de la société. La reconnaissance du droit d'alerte à l'image du personnel, doit contribuer de la volonté du législateur d'associer plus expressément les salariés à la gestion, voire à la surveillance du fonctionnement de la société, à partir du moment où coexiste un risque majeur contre l'emploi.

316- A la question de savoir pourquoi le législateur Ohada n'a pas cru utile d'intéresser le salarié à la gestion transparente de l'entreprise, cet auteur déclare que : « *pour certains acteurs, c'est pour éviter de mettre entre les mains des salariés une arme contre le capital organisé, c'est-à-dire contre la société. L'exclusion des travailleurs de la procédure d'alerte est fondée sur la peur que ceux-ci n'en fassent un usage intempestif pouvant nuire au crédit de la société* »⁹⁸⁷. La procédure d'alerte révèle suffisamment que l'étude de la transparence dans la gestion des affaires sociales, est une exigence pour les pays africains. Tout cela contribue à l'inquiétude tangible du législateur africain de faire de la gestion sociale, un privilège. L'attractivité de la procédure d'alerte dépend de la pratique juridique. L'indépendance des acteurs est nécessaire, parce que la cohérence de la procédure avec sa finalité en dépend. La société est le centre d'une multitude d'intérêts parfois différents qu'il convient de maîtriser pour une meilleure activité de l'entreprise. La gestion de ces intérêts passe par une nécessaire transparence. Le législateur insuffle également un autre mécanisme permettant une meilleure information.

Cette procédure vient matérialiser dans le nouveau visage juridique africain la naissance d'un véritable la naissance d'un véritable droit des minoritaires affermi par la consécration dans l'espace Ohada de l'expertise de gestion.

§ 2. L'EXPERTISE DE GESTION, LA TRANSPARENCE SUR LA GESTION SOCIALE

317- On doit, de plus en plus faire de la lumière, où prédominaient jadis l'obscurantisme et l'opacité. Il est devenu impératif au sein des entreprises de l'espace Ohada, de rééquilibrer les rapports de force qui coexistent entre les divers acteurs sociaux. C'est dans un tel contexte qu'il faut situer l'expertise de gestion qui s'inscrit dans le cadre des principes de la corporate

⁹⁸⁷ M. F. SAWADOGO, « Droit des entreprises en difficultés », éd. Bruylant, 2002, n° 4 p. 39.

governance, toute la problématique étant celle de la place et du rôle de cette institution dans le droit actuel des sociétés, compte tenu des dernières évolutions législatives. Quasiment inconnue des législations antérieures des pays membres de l'Ohada, l'expertise de gestion a été « *importée* » et organisée par les articles 159 et 160 de l'AUSCGIE⁹⁸⁸. L'information soutirée en application de cette procédure sera particulièrement plus large que celle donnée en cas de d'activité normale de la société. En cas de mésentente, de crise ou de conflits, tout est modifié. L'actionnaire qui pressent des erreurs de gestions et/ou des abus, désire être informé de façon claire⁹⁸⁹. L'expertise de gestion va alors parvenir à révéler des faits que les dirigeants rejetaient d'indiquer en se recroquevillant sur le fondement de la confidentialité relative à la plupart des opérations de gestion et devenir une réalité⁹⁹⁰.

318- Toutefois, si l'histoire n'a pas modifié la place de cette institution dans notre système juridique, son rôle ainsi que son autorité se sont accrus de façon considérable durant ces dernières années⁹⁹¹. Le droit des sociétés de l'Ohada n'est pas resté en marge de cette évolution d'ensemble sur l'institution qui, en s'inscrivant dans une logique de protection de l'intérêt social, s'est érigé peu à peu en garant de la transparence dans la gestion sociale, tout en participant à faire un inventaire des cas d'exercice de ce droit, à justifier la mise en œuvre de cette action(A). Cette procédure permet en effet aux associés qui s'estiment peu éclairés sur la gestion sociale, en dépit de l'ensemble des informations qu'ils auraient reçues, de demander au tribunal une expertise de gestion afin que la lumière soit faite sur certaines opérations de gestion qu'ils considèrent obscures (B)⁹⁹².

A. Une source d'informations sur la gestion sociale : du statut de l'expertise de gestion

⁹⁸⁸ Repris en partie des articles L. 225-231 et L.223-37 du Code de commerce français.

⁹⁸⁹ P.-G. POUGOUE, J. NGUEBOU TOUKAM, F. ANOUHAKA, « Commentaire de l'Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », in « Ohada, Traité et actes uniformes commentés et annotés », 3^e éd., 2008, p. 413.

⁹⁹⁰ La première décision disponible en la matière a été rendue par le tribunal hors classe de Dakar, ordonnance de référé, n° 901 du 9 août 1999, aff. Hassane Yacine c/ Société Nattes Industries, Ibrahima Yazback et autres, Ohadata J-02-198.

⁹⁹¹ C. BOILLOT, S. MESSAI-BAHRI, « Chronique de contentieux des affaires », Petites affiches, 2012, n° 127 ; INFOREG, « Le droit à l'information des associés dans la SARL », Cah. Dr. de l'entreprise 2012, n° 3 ; A.-M. CARTON, B. MARTOR, « L'associé minoritaire dans les sociétés régies par le droit Ohada », Cah. Dr. de l'entreprise 2010, n° 1, Dossier, p. 27.

⁹⁹² Encyclopédie de droit Ohada, Dir. P.-G. POUGOUE, Lamy, 2011, n° 3, p. 787.

319- L'adaptation de l'expertise de gestion dans la législation des pays membres de l'espace Ohada n'est pas le fruit du hasard. Recourir à la justice dans le but d'obtenir des renseignements approfondis sur la gestion faite par les dirigeants démontre que la circulation de l'information entre les différents organes sociaux est déficiente, voire qu'elle est délibérément entravée⁹⁹³. Cette procédure qui se veut être une source d'information et un moyen de contrôle de la gestion sociale pour les actionnaires minoritaires⁹⁹⁴ s'inscrit avant tout dans un « *vaste chantier* » entamé par le législateur Ohada pour une meilleure protection de l'intérêt social. L'expertise de gestion contribue de l'objectif d'améliorer le climat au sein des sociétés et de garantir une participation efficace des associés dans la gestion de leurs affaires.

1. Une nécessaire volonté de transparence

320- La société est le siège d'une multiplicité d'intérêts souvent divergents qu'il importe de gérer au mieux pour un meilleur fonctionnement de l'entreprise. La gestion passe fondamentalement par la transparence. De manière générale, on peut définir la transparence comme étant : « *la qualité de ce qui laisse paraître la réalité toute entière, de ce qui exprime la vérité sans l'altérer* »⁹⁹⁵. Largement emprunté de la législation française, L'AUSCGIE contient des dispositions destinées à renforcer les droits des associés. Ces mesures protectrices d'intérêts apparaissent disséminées, variées et multiples dans le nouveau droit africain, mais procèdent finalement toutes d'une même finalité : le réajustement des pouvoirs dans l'entreprise par l'élargissement des droits d'information et d'intervention des actionnaires. En effet, telle qu'elle est prévue, cette procédure apparaît comme un outil de découragement en ce sens qu'elle pousse les dirigeants sociaux à faire passer l'intérêt social avant l'intérêt égoïste et immédiat des associés fussent-ils en minorité ou en majorité, autrement dit, elle permet d'instaurer la transparence dans la société⁹⁹⁶. Mais au-delà de son utilité, cette procédure nous invite à nous interroger sur les personnes susceptibles de la déclencher.

⁹⁹³ Encyclopédie Juridique, Répertoire des sociétés, Entreprises du secteur public à Infractions pénales, « Expertise de gestion », Tome 3, Dalloz, 2003, p. 2.

⁹⁹⁴ INFOREG, « L'expertise de minorité et l'expertise judiciaire : deux armes à la disposition des associés minoritaires », Cah. Dr. de l'entreprise 2011, n° 2, p. 68.

⁹⁹⁵ L. BOUSSARD, « La responsabilité civile des dirigeants de sociétés commerciales », Thèse, Nantes, 2000, p. 49.

⁹⁹⁶ M. A. MOUTHIEU, « L'intérêt social en droit des sociétés », L'Harmattan, 2009, n° 422, p. 261.

1.1. Une démarche destinée aux seuls associés minoritaires

321- Dans la nécessaire volonté d’approfondir et de renforcer la transparence dans la gestion des sociétés, le législateur africain a instauré l’expertise de gestion par l’intermédiaire des articles 159 et 160 de l’AUSCGIE. L’information rapportée en application de ces articles sera surtout plus large que celle donnée en cas de fonctionnement normal de la société ou l’information des associés peut ne porter que sur l’essentiel. En cas de crise, de mésentente ou de conflit tout change. L’associé qui se doute des erreurs de gestion et/ou des malversations, désire alors être renseigné de manière complète. L’expertise de gestion va alors aboutir à la révélation des faits que les dirigeants refusaient de communiquer en s’abritant derrière le fondement de la confidentialité dû à la plupart des opérations de gestion.

322- Si la procédure n’est pas seulement réservée aux sociétés par action comme c’est le cas en France⁹⁹⁷, quelques contraintes méritent ici d’être dévoilées : cette procédure est réservée aux seuls associés⁹⁹⁸ possédant au moins le cinquième du capital social⁹⁹⁹ contrairement à son homologue français¹⁰⁰⁰. En conséquence cette précaution se révèle très prudente afin d’éviter qu’une personne de mauvaise volonté puisse porter atteinte aux dirigeants en déclenchant une procédure visant à les harceler pour des motifs totalement contraires à la gestion de ces derniers ou à l’évolution de l’intérêt social, c’est dans ce but que l’article 159 de l’AUSCGIE impose une condition d’accès très stricte qui est la constitution d’au moins un cinquième du capital social. Toutefois, un associé seul, ayant des parts sociales qui représentent plus d’un cinquième du capital social¹⁰⁰¹ peut demander avec succès une expertise de gestion des

⁹⁹⁷ A la différence du droit français qui la prévoit uniquement dans les SA et les SARL. A titre illustratif, il ressort clairement de l’article 526 de l’AUSCGIE, que tout actionnaire a le droit à toute époque, de prendre connaissance et copie des documents sociaux... Dans le même sens, l’article 288 de l’AUSCGIE impose désormais dans les sociétés en nom collectif la tenue obligatoire d’une assemblée générale annuelle dans les six mois qui suivent la clôture de l’exercice aux fins d’approbation du rapport de gestion, de l’inventaire et des états financiers de synthèse établis par les gérants. Les articles 306 et 307 de l’AUSCGIE relatifs aux sociétés en commandite simple reprennent quasiment les mêmes dispositions. L’on se rend compte que l’AUSCGIE a étendu aux sociétés de personnes le droit à l’information et la participation des associés.

⁹⁹⁸ Dans la législation française, cette prérogative est ouverte aussi au Ministère public, au comité d’entreprise, ou à l’autorité des marchés financiers.

⁹⁹⁹ Soit 20% du capital social.

¹⁰⁰⁰ La loi française, dans ses articles L 225-231 et L 223-37 du code de commerce fixe respectivement à 5% dans les sociétés par action et 10% dans les sociétés à responsabilité limitée le pourcentage minimum à détenir.

¹⁰⁰¹ Ce pourcentage du cinquième du capital social, qui peut paraître assez élevé, est significatif aux yeux du législateur africain et représente dans un contexte où l’« économie de bazar » et le secteur informel occupent encore une place de choix, une minorité qualifiée capable de défendre l’intérêt social. Les rédacteurs du traité ont sans doute pensé qu’un pourcentage très faible, même s’il offre la possibilité au plus grand nombre de

comptes. Partant l'ordonnance qui accède à cette demande ne peut être querellée¹⁰⁰². Ainsi, les demandeurs possédant plus de la moitié du capital de la société sont absolument légitimes à demander la nomination d'un expert de gestion aux fins d'examiner les comptes de la société¹⁰⁰³.

323- Cette première condition constitue donc un critère de représentativité relatif à la capacité de titres possédés. C'est ainsi qu'une expertise de gestion demandée par un associé détenant moins de 20% du capital social a été jugée irrecevable. En effet, la Cour d'appel d'Abidjan a décidé qu'en application de l'article 159 du traité relatif au droit des sociétés commerciales, un associé ne détenant que 8% du capital social ne pouvait obtenir la nomination d'un expert de gestion. Le pourcentage de capital social détenu par l'associé était sans doute très faible pour qu'une expertise de gestion soit ordonnée. La demande d'expertise de l'associé, qui n'a que 152 parts sur 1900 parts, soit 8% du capital, doit être déclarée irrecevable pour défaut de qualité¹⁰⁰⁴. Ce qui n'était pas le cas lorsqu'une expertise a été demandée par un associé détenant 49% du capital social et qui proteste de n'être pas informé de l'existence sociale et doute de la franchise et de la droiture des résolutions prises en assemblée¹⁰⁰⁵.

324- L'expertise de gestion vise essentiellement à défendre la minorité. C'est d'ailleurs l'opinion de certains auteurs avertis lorsqu'ils pensent qu'il s'agit «*concrètement d'une expertise de minorité qui autorise les associés minoritaires pris individuellement ou en groupe à demander en justice une enquête sur des opérations de gestion*»¹⁰⁰⁶. Auparavant, ayant la qualification d'expertise de minorité, l'expertise de gestion comme le montre Monsieur le Professeur Henri-Désiré MODI KOKO BEBEY, est l'une des innovations les plus remarquables de la réforme du droit des sociétés commerciales en Afrique¹⁰⁰⁷. Elle

minoritaire d'exercer un droit de contrôle sur la gestion, entraînerait par la même occasion des demandes abusives.

¹⁰⁰² CA Abidjan. arrêt n° 376 du 2 mars 2004, société METALOCK PROCESS-CI SARL c/ T. Jorge Clussela, Ohadata J-04-489.

¹⁰⁰³ TRHC de Dakar, ordonnance de référé, n°1671 du 23 déc. 2002, Aff. A. NDIAYE c/ N. LO, Ohadata J-03-186.

¹⁰⁰⁴ CA Abidjan, chambre civile et commerciale, 5^{ème} Chambre A, arrêt n°10 du 02 janv. 2001, Aff. Polyclinique Avicenne c/ Bassit Assad.

¹⁰⁰⁵ Tribunal Régional de Niamey, ordonnance de référé n° 245 du 22 oct. 2002, Aff. A. HAMMOUD c/ J. C. Lacour et E. Dorothee.

¹⁰⁰⁶ P.-G. POUGOUE, J. NGUEBOU TOUKAM, F. ANOUHAKA, « Commentaire de l'Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », in « Ohada, Traité et actes uniformes commentés et annotés », 3^e éd., 2008, p. 174.

¹⁰⁰⁷ H.-D. MODI KOKO BEBEY, « La réforme du droit des sociétés commerciales en Afrique », Rev. Sociétés 2002, p. 255.

indique « *une action par laquelle la minorité révèle son aptitude à intervenir en qualité d'organe social subsidiaire de contrôle* »¹⁰⁰⁸. Le législateur Ohada a voulu ainsi protéger les intérêts des associés minoritaires¹⁰⁰⁹. Bien qu'ouverte en priorité à la minorité¹⁰¹⁰, rien n'empêcherait en principe un majoritaire ou même un membre du collectif dirigeant, de s'informer sur la nature, la portée et les effets de certaines opérations de gestion, sauf si sa qualité de mandataire social lui permettait d'obtenir une information suffisante¹⁰¹¹. Ainsi, l'expertise de gestion¹⁰¹² n'est pas obligatoirement destinée aux seuls associés minoritaires, tous les associés peuvent solliciter une expertise de gestion sur des opérations de gestion déterminées. De façon concrète, les associés majoritaires constituant le plus clair du temps les dirigeants de la société, on serait étonné de voir une demande d'expertise sur leur propre gestion, effectuée par eux.

1.2. Une démarche ouverte au groupement d'associés

325- A l'opposé de ce que l'on pourrait penser, la recherche de la transparence dans la gestion par le biais de l'information et du contrôle est plus une nécessité pour les pays africains qu'un effet de mode, surtout avec l'internationalisation de l'économie qui oblige au respect de l'égalité entre acteurs économiques pour la stabilité et la cohésion dans les affaires. Les dispositions de l'article 159 de l'AUSCGIE mentionnant : « *qu'un ou plusieurs associés ... peuvent, soit en se groupant sous quelque forme que ce soit...* » traduisent le mérite du législateur d'admettre des regroupements. Par contre, le silence demeure quant à la nature de la forme de regroupement, sans doute dans un but de liberté favorable à une participation et

¹⁰⁰⁸ D. VIDAL, Manuel droit des sociétés, LGDJ, Paris, 5^e éd, 2006, n° 749, p. 376.

¹⁰⁰⁹ A. FOKO, « L'essor de l'expertise de gestion dans l'espace Ohada », Rev. de droit international et de droit comparé, 2009, p. 183.

¹⁰¹⁰ A la différence de la législation française qui donne qualité pour agir à d'autres requérants comme le ministère public, le comité d'entreprise ou encore la commission des opérations de bourse (devenue avec la loi n°2003-706 du 1er août 2003 de sécurité financière, l'Autorité des Marchés Financiers), le législateur Ohada a considéré qu'il fallait réserver cette prérogative aux seuls associés minoritaires. Il aurait alors été préférable de parler d'« *expertise de minorité* » comme tel fût le cas en France avant que la loi n°84-148 du 1er mars 1984 n'ouvre les portes de l'institution aux demandeurs autres que les associés.

¹⁰¹¹ Y.-B. MEUKE, « L'information des actionnaires minoritaires dans l'Ohada, réflexion sur l'expertise de gestion », Rev. juridique tchadienne, 2007, n° 13, p. 5.

¹⁰¹² En utilisant l'expression « *expertise de gestion* » on aurait pu s'attendre à ce que le législateur de l'Ohada donne la possibilité à l'ensemble des protagonistes sociaux (ministère public, représentant des salariés, bourses de valeurs sous-régionales) de s'informer sur la gestion sociale de telle sorte que par exemple les salariés qui constituent la dimension sociale et humaine de l'entreprise puissent avoir un véritable pouvoir de contrôle sur la gestion de la société. Il est regrettable que le législateur africain n'ait pas profité de la naissance de nouveau droit des affaires en Afrique pour ouvrir l'institution à d'autres acteurs sociaux de sorte qu'on puisse assister à un véritable renouveau dans la gestion des entreprises africaines.

représentation importante des actionnaires et par là donc d'une confirmation du législateur à assurer aux petits actionnaires la possibilité de se défendre. Toutefois, l'on peut envisager deux approches de l'action du groupement, soit le groupement agit comme mandataire des associés, soit il agit en son propre nom et la difficulté serait de savoir s'il y aurait la possibilité qu'il puisse exercer un droit collectivement que chacun de ses membres pourrait exercer individuellement. Des précisions méritent d'être données à ce niveau. L'enjeu est qu'il faut plus de transparence pour mieux servir l'intérêt d'autrui. Les sociétés commerciales évoluant dans l'espace Ohada avait grand besoin de cette transparence car participant de manière significative au développement de l'entreprise et de l'esprit sociétaire¹⁰¹³. D'une façon générale, elle semble prendre l'ascendance sur le secret des affaires même dans le contexte africain¹⁰¹⁴, s'opposant ainsi à l'opaque, à l'obscur, perçus comme synonymes du mensonge, de manœuvre, de tromperie¹⁰¹⁵.

326- Pour engager une procédure d'expertise de gestion, il est primordial que l'opération visée, soit une opération de gestion. L'article 159 de l'AUSCGIE évoque : « *une ou plusieurs opérations de gestion* ». Le droit Ohada, tout comme son homologue français n'a apporté aucune précision quant à la nature de l'opération de gestion. Faut-il voir dans ce mutisme, qu'il reviendra au juge de considérer au cas par cas ? C'est en effet à la jurisprudence qu'il revient de donner un contenu à cette notion de fait.

2. La nature de l'opération de gestion

327- La nomination d'un expert est conditionnée à la qualité de l'acte recherché lui-même. En effet, l'article 159 de l'AUSCGIE évoque : « *une ou plusieurs opérations de gestion* ». Pour qu'une demande d'expertise soit acceptée, encore faut-il que l'opération en cause soit une opération de gestion. L'une des interrogations qui ne cessera d'alimenter la doctrine est relative au flou qui entoure son encadrement. Sur ce point l'Acte uniforme est imprécis¹⁰¹⁶. Il s'avère primordial d'apporter des précisions supplémentaires.

¹⁰¹³ P.-G. POUGOUE, Y. R. KALIEU ELONGO, « Introduction critique à l'Ohada », PUA, 2008, p. 83.

¹⁰¹⁴ J. NGUEBOU TOUKAM, « Les contrats à vocation économique dans le droit africain des affaires », communication préparée pour le colloque NGANGO, 2001, p. 14.

¹⁰¹⁵ J. MESTRE, « Le droit français des sociétés devant l'exigence de justice », Les Cahiers de droit, vol. 41, n° 1, 2000, p. 188.

¹⁰¹⁶ S. S. KUATE TAMEGHE, « Quelques ambiguïtés de l'expertise de gestion dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », Presses universitaires d'Aix-

2.1 L'encadrement de l'expression « *opération de gestion* »

328- La question de la nature de l'opération met absolument en relief la portée de cette mesure. Autrement dit, les juges auront à expliquer ce qu'il faut comprendre par *opérations de gestion*. Cette absence de précision de la nature de l'opération peut avoir son explication dans le fait que le législateur africain n'ait pas désiré envelopper cette notion aussi indéfinie dans une définition qui l'aurait sûrement rendue compliquée dans son application. En l'absence de critères légaux, la nature de l'opération de gestion est imprécise. Il serait souhaitable que le législateur africain élabore un spécimen d'actes dont l'exécution ou la non-exécution soit constitutive de faute de gestion. Pour un auteur, accomplit pareille faute « *celui qui ne se conduit pas comme l'eût fait à sa place un dirigeant diligent ou avisé* »¹⁰¹⁷. En définitive, la notion d'acte de gestion, objet de la demande est difficile à cerner¹⁰¹⁸. S'il est vrai que l'expertise de gestion ne s'applique qu'aux opérations de gestion, force est de constater que ces dernières sont caractérisées par une assiette notamment très large. Presque tous les points concernant le fonctionnement de la société sont amalgamés. L'expertise de gestion a été demandée entre autre en droit Ohada pour la vérification de la régularité de la transaction ayant entouré le rachat des actions d'une société par une autre et celle du mouvement de fonds entre deux sociétés¹⁰¹⁹, la réalisation d'un audit d'une société aux fins de déterminer la valeur actuelle des actions et le montant réel des bénéfices dégagés depuis la création de la société¹⁰²⁰, de la vérification des comptes d'une société depuis sa création¹⁰²¹, ou encore de la vérification de la sincérité des bilans de deux exercices ainsi que de la détermination de la manière dont le gérant a fixé la rémunération qu'il a proposée pour les deux exercices¹⁰²². A l'examen de ces quelques arrêts, l'on se rend compte que la qualification d'acte de gestion n'a pas de limite.

Marseille, coll. Horizons juridiques africains, 2010, p. 147 ; M. KONE, « Le nouveau droit commercial des pays de la zone Ohada, comparaisons avec le droit français », LGDJ, 2003, p. 331.

¹⁰¹⁷ A. FOKO, « L'essor de l'expertise de gestion dans l'espace Ohada », Rev. de droit international et de droit comparé, 2009, p. 157.

¹⁰¹⁸ Encyclopédie de droit Ohada, Dir. P.-G. POUGOUE, Lamy, 2011, n° 23, p. 790.

¹⁰¹⁹ CA Cotonou, Arrêt N° 256/2000 du 17 /8/2000 AFFAIRE Société Continentale des Pétroles et d'Investissements Monsieur Séfou Fagbohoun Sonacop Monsieur Cyr Koty, Monsieur Mounirou Omichessan C/ Etat béninois, Ohadata J-06-101.

¹⁰²⁰ Tribunal hors classe de Dakar, ordonnance de référé, n° 901 du 9 août 1999, aff. Hassane Yacine c/ Société Nattes Industries, Ibrahima Yazback et autres, Ohadata J-02-198, obs. I. SAYEGH.

¹⁰²¹ Tribunal hors classe de Dakar, ordonnance de référé, n° 1671 du 23 déc. 2002, Aff. A. Ndiaye c/ N. LO, Ohadata J-03-186.

¹⁰²² Tribunal Régional de Niamey, ordonnance de référé n°245 du 22 oct. 2002, Aff. A. Hammoud c/ J. C. Lacour et E. Dorothée.

329- Face à cette complication, la solution la plus adaptée, paraît résider dans l'analyse de l'opération en cause risque de porter atteinte à l'intérêt social¹⁰²³. L'on pourrait cependant élargir la notion de « *gestion* » mentionnée à l'article 159 du présent acte, en misant non pas sur la procédure envisagée essentiellement, mais plus sur le but fixé qui constitue la protection de l'intérêt de la société. Aux termes des articles 276, 323 al 1er et 417 de l'AUSCGIE¹⁰²⁴, les dirigeants sociaux peuvent être des actionnaires ou des associés. La nature de l'opération pourrait donner des précisions quant à la nature de l'opération de gestion et l'on ne se reflètera pas seulement en considération de l'individu qui prend l'acte, mais de l'acte lui-même.

330- L'ensemble des organes qui décident sur le plan économique, font de la gestion¹⁰²⁵. Gérer serait donc « *concevoir, élaborer et décider* »¹⁰²⁶. Cependant, si toute décision sociale s'apparente à la gestion, on met de côté les distinctions qui découleraient de la gestion, du contrôle et du fonctionnement d'une société. Pour le législateur Ohada, l'opération de gestion en cause serait toute opération qui ne permettrait pas la réalisation de l'objet social. Même si à ce niveau, la nature de l'opération paraît restreinte, elle apporte une contradiction par l'article 200 al 2 de l'AUSCGIE qui souligne que la relation faite entre la gestion et l'objet social est incorrecte¹⁰²⁷. Cette disposition est renforcée par Mireille MARTEAU-PETIT dans ces propos : « *l'équivalence de proposition entre l'affirmation qui consiste à refuser aux dirigeants sociaux le pouvoir de réaliser tout acte qui compromettrait la réalisation de l'objet social, et celle qui soutiendrait que tout acte permettant la réalisation de l'objet social, leur est, au contraire, permis ; car, cette seconde proposition, contrairement à la première, pêche par son caractère excessivement vague, rendant délicate, dans les faits, toute qualification de l'acte de gestion* »¹⁰²⁸. N'est-il pas possible au législateur africain de montrer plutôt les types

¹⁰²³ L'expertise pourrait alors être ordonnée lorsqu'il existe des présomptions sérieuses d'irrégularité, susceptibles de porter préjudice au minoritaire et d'être contraires à l'intérêt social.

¹⁰²⁴ Art. 276, 323 et 417 de l'AUSCGIE

¹⁰²⁵ P. Le CANNU, « Eléments de réflexion sur la nature de l'expertise de gestion », Bull. Joly 1988. 553.

¹⁰²⁶ J. PAILLUSSEAU, « La société anonyme, technique d'organisation », Sirey, 1967, n° 214.

¹⁰²⁷ Art. 200 al. 2 de l'AUSCGIE.

¹⁰²⁸ M. MARTEAU-PETIT, « La notion d'acte de gestion et le droit des sociétés », Thèse, Université Paris II, 1992.

d'actes dont l'exécution ou la non-exécution est constitutive de faute de gestion¹⁰²⁹, et dans ce cas susceptible de mettre en application l'expertise de gestion¹⁰³⁰.

2.2. Le constat de l'opération susceptible de donner lieu à expertise

331- La notion d'opération de gestion paraît toujours difficile à deviner à ce stade de la lecture, qu'il faille même considérer, son objet, l'auteur ou encore l'objectif visé. Le mot gestion impose d'exclure les décisions prises par l'assemblée générale car celle-ci n'est pas un organe de gestion. L'on pourrait, si l'expertise est demandée à posteriori, exiger de l'opération qu'elle porte non seulement sur les opérations de gestion effectuées par les dirigeants de la société¹⁰³¹, mais aussi, lorsqu'elle est le préalable à une action en responsabilité à leur encontre, sur les fautes de gestion¹⁰³². Si par contre, l'expertise est effectuée a priori, aux fins par exemple de prévenir d'éventuels abus de majorité, elle devrait pouvoir porter sur de simples projets puisqu'ils sont suffisamment avancés¹⁰³³, dans le but de clarifier le vote des assemblées¹⁰³⁴. Il faut donc prévoir, pour appréhender la notion d'opération de gestion, les actes pris par les dirigeants de société peu importe leur qualité, dans l'exercice de leur fonction et qui intéressent l'organisation et le fonctionnement de la société¹⁰³⁵.

A notre avis, l'on devrait se poser la question de savoir quel est le sens qu'il convient de donner à la notion d'opération de gestion, pour obtenir un résultat satisfaisant dans une perspective de transparence sociétaire. Le but à atteindre étant la protection de l'intérêt social.

¹⁰²⁹ F. DOMWE, « La responsabilité pénale des dirigeants sociaux », Mémoire de DEA, Ngaoundéré, 2007, p. 66 ; A. AKAM AKAM, « La responsabilité civile des dirigeants sociaux en Ohada », RIDE 2007, n° 2, p. 212 ; Y. KALIEU, note sous « CA Littoral, arrêt n° 38/REF, 10 févr. 1999, aff. Reemtsma c/ SITABAC », Juridis périodique, 2000, n° 42, p. 45.

¹⁰³⁰ Les articles 889, 890, 891 de l'AUSCGIE traitent des délits relatifs à la gérance, la direction et à l'administration de la société.

¹⁰³¹ Ces dirigeants sociaux peuvent être le gérant de SNC, de SCS, de SARL ou le président du Conseil d'administration etc, V. en ce sens A. FOKO, « Radioscopie des organes de gestion des sociétés anonymes depuis l'acte uniforme de l'Ohada relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », *Verfassung and Recht in Ubersee, Law and Politics in Africa, Asia, Latina and America*, 1999, n° 3, p. 346.

¹⁰³² Il faut alors souligner qu'à partir de ce moment, une simple abstention, un comportement passif de la part des dirigeants sociaux devrait permettre au juge d'accueillir favorablement la demande d'expertise, V. Y.-B. MEUKE, « L'information des actionnaires minoritaires dans l'Ohada, réflexion sur l'expertise de gestion », *Rev. juridique tchadienne*, 2007, n° 13, p. 7.

¹⁰³³ CA Versailles 19 déc. 1989, Bull. Joly 1990. 183, note P. Le CANNU.

¹⁰³⁴ T. Com Créteil, 13 avr. 1988, Bull. Joly 1988. 592.

¹⁰³⁵ Encyclopédie de droit Ohada, Dir. P.-G. POUGOUE, Lamy, 2011, n° 19, p. 789.

Le législateur africain pourrait fixer une typologie d'opérations anormales sous la base de trois critères tels que : « *les fautes par imprudence, les fautes volontaires et les fautes par négligence* »¹⁰³⁶.

B. Un procédé de vérification de la gestion sociale, de l'utilisation de l'expertise de gestion

332- Les associés ont naturellement vocation à intervenir pour protéger la société. En matière d'expertise de gestion, pour être habilités à agir, ils doivent détenir au moins le cinquième du capital social soit individuellement, soit en ce groupant. Il est important de souligner que l'expertise de gestion n'est pas une sanction de la gestion, en revanche, elle sanctionne une information insuffisante¹⁰³⁷. Par ailleurs, l'Acte uniforme ne subordonne pas son ouverture, contrairement à son homologue français, à l'accomplissement de la formalité préalable de questions écrites aux dirigeants sur l'opération concernée¹⁰³⁸.

1. Nomination de l'expert

333- L'article 159 de l'AUSCGIE précise que « *la demande doit être portée devant le président du tribunal compétent* ». Le législateur africain fait une économie de discussion en ne précisant pas la notion de juridiction compétente¹⁰³⁹, il faut donc se rapprocher des règles de procédure inhérentes à chaque pays membre de l'espace Ohada, afin de savoir quel tribunal est compétent¹⁰⁴⁰. Il faut reconnaître qu'à travers cette disposition, c'est la capacité du président qui est reconnue et non la juridiction en elle-même. Le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation en matière d'expertise de gestion. Celui-ci est investi des prérogatives

¹⁰³⁶ A. AKAM AKAM, « La responsabilité civile des dirigeants sociaux en Ohada », RIDE 2007, n° 2, p. 224.

¹⁰³⁷ P. Le CANNU, « Eléments de réflexion sur la nature de l'expertise judiciaire de gestion », Bull. Joly 1988, 553.

¹⁰³⁸ Dans le droit français, la procédure écrite et l'expertise de gestion ne sont plus certes des procédures indépendantes l'une de l'autre, mais ce sont deux étapes d'une même procédure, la première indépendante et la seconde subsidiaire, V. art. L-225-120, L-223-3 de la Loi NRE du 15 mai 2001.

¹⁰³⁹ D. TONGA, « L'avis de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'Ohada du 30 avril, aspects généraux et fiscaux », Juridis périodique, 2005, p. 81 ; A. FOKO, « Le droit Ohada et les droits nationaux des Etats Parties : une complémentarité vieille de plus d'une décennie », Rev. de droit international et de droit comparé, 2008, p. 446.

¹⁰⁴⁰ Certains pays connaissent des tribunaux de commerce, c'est le cas par exemple du Tchad, d'autres des chambres civiles et commerciales d'un tribunal comme le Cameroun ou encore au Sénégal, la juridiction compétente en la matière est le tribunal régional.

qui lui sont propres pour statuer à titre provisoire sur certaines demandes¹⁰⁴¹. Il lui appartient d'apprécier s'il y a lieu ou non de faire droit à la demande. Il ne désigne un expert que lorsqu'il considère que les inquiétudes du demandeur sont avérées pour évaluer le bien-fondé de la demande. Pour ce faire, il doit s'assurer que l'expertise a une finalité sociale car l'objet de l'expertise est bien sûr la recherche de l'intérêt social¹⁰⁴². Par ailleurs, il ne doit en aucun cas se faire juge des opérations de gestion critiquées et de l'évolution financière de la société¹⁰⁴³.

334- A l'opposé du droit français qui impose aux tribunaux de statuer en référé, le législateur africain ne fixe aucun délai, ni aucune forme. C'est ainsi que le juge des référés a manifesté son incompetence pour désigner un expert de gestion en l'absence d'urgence. Il affirmait ainsi que sa compétence de principe ne peut être prise par l'article 159 de l'AUSCGIE et que le Code de procédure civile sénégalais requiert impérativement le péril ou l'urgence pour mettre en application une procédure d'urgence¹⁰⁴⁴. En conséquence, les critères de la procédure de référé ne sont pas nécessaires, toutefois, en cas d'urgence, la compétence du juge des référés est requise. En effet dans l'affaire du 17 août 2000¹⁰⁴⁵ opposant la société Continentale des Pétroles et d'Investissements, M. Sefou FAGBOHOUN, Sonacop, M. Cyr KOTY c/ Etat Béninois, la compétence d'un juge des référés avait été démontrée dans la mesure où si l'expertise de gestion n'est pas en soi une procédure d'urgence, elle le devient lorsque le retard dans la décision à intervenir risque de mettre en péril les intérêts d'un ou plusieurs associés, par ailleurs¹⁰⁴⁶.

Par ailleurs, il appartient au juge de choisir l'expert en fonction de l'opération concernée. Rien ne semble lui interdire le choix de la qualité de l'expert, toutefois il est à considérer que

¹⁰⁴¹ J. FORMETEU, « Le juge de l'exécution au pluriel ou la parturition au Cameroun de l'article 49 de l'Acte uniforme Ohada portant voies d'exécution », *Juridis périodique*, 2007, n° 70, p. 97.

¹⁰⁴² M. A. MOUTHIEU, « L'intérêt social en droit des sociétés », *L'Harmattan*, 2009, n° 542, p. 324.

¹⁰⁴³ *Encyclopédie de droit Ohada*, Dir. P.-G. POUGOUE, Lamy, 2011, n° 24, p. 790.

¹⁰⁴⁴ Tribunal régional hors classe de Dakar, ordonnance de référé du 9 août 1999, *Ohadata* J-02-198.

¹⁰⁴⁵ CA Cotonou, Arrêt N° 256/2000 du 17 /8/2000 AFFAIRE Société Continentale des Pétroles et d'Investissements Monsieur Sefou Fagbohoun Sonacop Monsieur Cyr Koty, Monsieur Mounirou Omichessan c/ Etat béninois, *Ohadata* J-06-101.

¹⁰⁴⁶ Arguant de mouvements de fonds suspects, un associé avait saisi le juge des référés aux fins de voir désigner un expert chargé d'élucider des opérations de gestion, ainsi qu'un administrateur provisoire pour la période de l'expertise. Le juge des référés nomme deux experts pour vérifier certains actes de gestion, et un administrateur provisoire pour assurer le fonctionnement et la gestion comptable de la société pendant la durée de l'expertise.

cette personne soit spécialement avertie des problèmes de gestion¹⁰⁴⁷. L'article 159 de l'AUSGIE mentionne « *la désignation de un ou plusieurs experts* », si la norme est que le chiffre dépend du caractère et de la complexité des opérations de gestion en cause¹⁰⁴⁸, le juge doit s'en tenir au nombre sollicité par les demandeurs¹⁰⁴⁹.

2. Portée de la mission de l'expert

335- L'expert de gestion doit être pourvu de prérogatives fixées par le président du tribunal du siège social. La mission de l'expert est en tendue de manière stricte et est circonscrite précisément dans le cadre de ou des opérations en cause. Sa fonction ne doit pas être semblable à d'autres organes chargés également d'informer les actionnaires/associés. En effet, le texte de l'article 160 de l'AUSGIE dispose bien que « *s'il est fait droit à la demande, le juge détermine l'étendue de la mission et les pouvoirs des experts* ». Le juge fixe également les honoraires de l'expert qui sont à la charge de la société.

L'expert dispose *a priori* d'un pouvoir d'enquête qui lui permet d'entendre les parties, d'obtenir des renseignements sur certaines opérations et d'examiner les documents produits par les parties. Cet examen s'effectue en prenant connaissance des documents se rapportant au bon fonctionnement de l'entreprise dès lors qu'ils ont un pont d'attache avec les opérations qu'il doit évaluer¹⁰⁵⁰. La procédure est consécutive le plus souvent à des dissensions entre actionnaires et susceptible de paralyser le bon fonctionnement de la société. Il appartient alors aux actionnaires minoritaires de donner la suite qu'ils veulent à cette investigation, en engageant par exemple la responsabilité des dirigeants¹⁰⁵¹. A la fin de sa mission, l'expert établit un rapport qu'il adresse au demandeur et aux organes de gestion, de direction ou d'administration. Le législateur ne donne aucune précision quant à une possible remise du

¹⁰⁴⁷ A FENEON, « La mésentente entre actionnaires dans les sociétés anonymes régies par l'Acte uniforme Ohada », *Penant*, 2004, n° 848, p. 265.

¹⁰⁴⁸ P.-G. POUGOUE, J. NGUEBOU TOUKAM, F. ANOUKAHA, « Commentaire sur l'acte uniforme Ohada relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE », in « Ohada, traité des actes uniformes, commentés et annotés », *Juriscopus*, 2008, 3^e éd., p. 376.

¹⁰⁴⁹ CA Cotonou, Arrêt N° 256/2000 du 17 /8/2000 AFFAIRE Société Continentale des Pétroles et d'Investissements Monsieur Séfou Fagbohoun Sonacop Monsieur Cyr Koty, Monsieur Mounirou Omichessan c/ Etat béninois, Ohadata J-06-101.

¹⁰⁵⁰ Encyclopédie de droit Ohada, Dir. P.-G. POUGOUE, Lamy, 2011, n° 30, p. 791.

¹⁰⁵¹ P.-G. POUGOUE, J. NGUEBOU TOUKAM, F. ANOUKAHA, « Commentaire sur l'acte uniforme Ohada relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE », in « Ohada, traité des actes uniformes, commentés et annotés », *Juriscopus*, 2008, 3^e éd., p. 87.

rapport à un commissaire aux comptes dans les entreprises possédant un type d'organe de sauvegarde de l'activité sociale. Si les révélations contenues dans ce rapport présentent un risque certain, des actions peuvent être envisagées. Le tout sera alors d'écarter les éventuels abus qui pourraient détruire le fonctionnement et le développement de la société et qui ôteraient à la nouvelle législation toute son utilité. Par contre cette expertise telle qu'elle est initiée par le législateur africain, présente un risque qui est l'immixtion du juge dans la vie des affaires. Il est donc permis à ce niveau de craindre que les demandes abusives provoquent une paralysie de l'activité sociale et portent atteinte ainsi à la renommée des entreprises.

336- Les protagonistes africains disposent d'une autre expertise dont l'application se révèle plus malléable¹⁰⁵² ; Les résultats montrés par cet autre dispositif en droit français, prouvent bien que l'expertise « *in futurum* » peut être d'un atout nécessaire autour de l'expertise de gestion dans la recherche de la transparence de la société. Tout associé ou actionnaire peut demander une expertise *in futurum* préventive ayant pour objectif d'établir des faits, qui par la suite, leur permettront d'obtenir des annulations pour abus de majorité ou encore engager la responsabilité des dirigeants. Il s'agit ainsi de requérir le président du tribunal du siège social d'une mesure d'instruction afin de rapporter la preuve dont pourrait dépendre la solution d'un litige¹⁰⁵³.

Cette expertise est prévue par le Code de procédure civile relatif à chaque pays membre de l'espace Ohada¹⁰⁵⁴ et est en grande partie inspirée des dispositions de l'article 145 du NCPP. Dans les sociétés commerciales de l'Ohada, les dirigeants engagent civilement leur responsabilité pour toutes les infractions relatives à des fautes de gestion, à la loi, aux règlements. Ils sont pénalement responsables en cas de faux et usage de faux, d'abus de biens et du crédit sociaux, d'abus de confiance, d'escroquerie, etc.

¹⁰⁵² Même s'il s'agit là surtout d'un moyen de preuve en cas de litige à venir.

¹⁰⁵³ Art. 145 du NCPC.

¹⁰⁵⁴ Par exemple, en Côte d'Ivoire, c'est l'art. 232 du code de procédure civile, commerciale et administrative qui dispose que : « toute requête non prévue par un texte particulier ou une disposition spéciale, lorsqu'elle tend à voir ordonner toutes mesures propres à sauvegarder les droits et intérêts, qu'il n'est permis de laisser sans protection, est présentée au président du tribunal de première instance ou à son délégué, ou juge de section de tribunal qui y répond à charge de lui en référer, en cas de difficulté » ; au Mali, c'est l'art. 167 du CPCCS malien qui dispose : « s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admises peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé »

L'expertise « *in futurum* » a pour but d'approfondir ou d'écarter l'étiollement des preuves en vue d'un conflit à venir. Dans un tel contexte, le conflit en question sera la responsabilité engagée des dirigeants sur n'importe quel acte de gestion. Par conséquent, cette expertise préventive serait d'une application assez souple étant donné que « *la seule condition de la justification par le demandeur de l'existence d'un motif légitime, ne sera rien d'autre qu'un intérêt purement probatoire, qui trouverait sa place dans la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants sociaux qui, dans le cadre d'une expertise de gestion sur la base de l'article 159 de l'AUSCGIE, est l'une des finalités recherchées par le demandeur* »¹⁰⁵⁵. Ce qui, sans aucun doute permettrait à corriger quelques défauts de l'expertise de gestion. L'expertise de gestion est du ressort de l'AUSCGIE et est dirigée vers la protection de l'intérêt social. Le communiqué obtenu par l'intermédiaire de cette procédure est logiquement adressée à tous les composants de la société. Par contre l'expertise « *in futur* » constitue une technique procédurale au service de la preuve. Si la jurisprudence n'admet encore qu'assez difficilement la désignation d'un expert de gestion, et si notamment la demande est rejetée chaque fois que le minoritaire n'invoque que des griefs imprécis, qui tendent à remettre en cause la gestion en général au contraire, l'expertise préventive, est admise de manière beaucoup plus libérale¹⁰⁵⁶.

Le juge devra donc exiger le caractère probatoire pour permettre une procédure sur le fondement de l'expertise « *in futurum* ». Elle sert à constituer ou garder toute preuve avant un supposé procès ; il importe peu que les demandeurs à l'expertise ne mentionnent pas s'ils intenteront une action ou qu'ils n'expriment pas clairement la nature et la base juridique de celui-ci. La grande problématique réside dans le fait que le législateur ne précise pas le régime de procédure de la demande. Quelle expertise appliquée ? En attendant la position du législateur Ohada, on peut à titre subsidiaire appliquer les principes régissant les expertises des différents Etats membres. En l'absence de règle spécifique, il nous paraît utile de se référer aux droits nationaux sans oublier cependant que l'expertise de gestion présente un particularisme certain et que les missions des deux experts sont très différentes de nature¹⁰⁵⁷.

¹⁰⁵⁵ L. CADIET, « Brèves observation sur l'expertise préventive en droit des sociétés », Mél. JEANTIN, 1999, p. 151.

¹⁰⁵⁶ A. SENIADJA, « La protection des actionnaires minoritaires des sociétés anonymes dans l'espace OHADA », DEA, Université catholique de l'Afrique de l'Ouest, 2008.

¹⁰⁵⁷ Y.-B. MEUKE, « L'information des actionnaires minoritaires dans l'Ohada, réflexion sur l'expertise de gestion », Rev. juridique tchadienne, 2007, n° 13, p. 13.

337- Cette procédure telle que prévue par le législateur africain donne lieu à l'application des dispositions fixées par les articles 159 et 160 de l'AUSCGIE. Inspirée de la législation française en la matière, elle revêt un aspect certain : la nécessaire volonté de transparence de la gestion sociale. Mais eût égard à certains embarras malheureux, comme l'immixtion directe du juge dans la vie de la société ou encore la circonscription quant au titulaire de la procédure, il serait souhaitable que cette institution soit revue et corrigée. Parce que ces résultats permettent de contrôler certains actes de gestion, il s'en suit que le bon fonctionnement de la société est garanti. Néanmoins, assurer la continuité de cette entité économique que représente la société, impose la mise en place de mécanismes juridiques concourant à cette finalité.

Les moyens de résolution préventifs des abus ou les mécanismes garantissant la continuité de la société

338- L'Acte uniforme à l'instar des mécanismes de contrôle renforcés de l'information prévoit d'autres mesures de prévention face aux abus. La société, qu'elle soit civile ou commerciale, prétend à la base une résignation des intérêts personnels de l'associé au profit de l'intérêt de la personne morale, les orientations des actions de la société se décidant au sein des organes sociaux, et notamment au sein de l'assemblée des actionnaires¹⁰⁵⁸. La loi de la majorité gouverne les relations entre actionnaires. « *La majorité a seule qualité pour exprimer la volonté collective ; après délibération entre tous les votants, le bloc majoritaire prend sa décision sans avoir à compromettre ou à transiger. (...) Le bloc majoritaire n'est nullement contraint d'émettre une volonté pondérée selon les forces d'opposition. En cela, le pouvoir majoritaire est brutal, conséquence de son caractère exclusif* »¹⁰⁵⁹. Ce pouvoir majoritaire peut s'avérer être entaché d'abus. Il arrive parfois que ces abus dans le fonctionnement de leurs organes provoquent ainsi la paralysie de la société.

Mais l'AUSCGIE prévoit explicitement ou implicitement des solutions alternatives lorsque la société est économiquement viable. En effet, le législateur Ohada a mis à la disposition des minoritaires tout un éventail de prérogatives leur permettant d'assurer une véritable fonction de contrôle dans le déroulement de la vie de la société, un contrepoids. Ainsi, ils ont le pouvoir comme nous l'avons démontré plus haut, de poser des questions écrites, demander l'inscription d'une question à l'ordre du jour ou solliciter la désignation d'un expert de gestion mais également de requérir à la nomination d'un administrateur provisoire¹⁰⁶⁰ ou à l'arbitrage¹⁰⁶¹

¹⁰⁵⁸ La prise de décision au *sein* de ses assemblées se fait soit à la majorité absolue (pour les décisions en assemblée ordinaire) soit à la majorité des deux tiers (pour les décisions en assemblée extraordinaire).

¹⁰⁵⁹ D. SCHMIDT, « Les conflits d'intérêts dans la société anonymes », Joly éd., 2004, p. 126.

¹⁰⁶⁰ V. en ce sens, B. N. NKAMGA, « L'administration provisoire des sociétés dans l'espace Ohada », *Economica*, 1^{ère} éd., 2012 ; A. AKAM AKAM, « Les mutations juridiques dans le système Ohada », l'Harmattan, 2009, p. 254 ; M. DIOUF, « Réflexions sur l'administration provisoire de société en droit

§ 1. L'ADMINISTRATION PROVISOIRE, UNE MESURE EXCEPTIONNELLE DE GESTION DES ABUS

339- Dans une société, il existe des moments où celle-ci suit son cours normal, mais il existe aussi des situations de crise provoquées soit par la mésentente des organes de direction, soit par des dissensions entre associés. Cette mésentente des organes ou discordes entre associés provoque une situation de blocage et par conséquent, les intérêts de la société se trouvant en péril¹⁰⁶². En effet, l'entente cordiale n'a pas toujours aptitude à se conserver et le temps aidant, les rapports entre associés peuvent se dégrader, allant jusqu'à rendre illusoire la continuité de l'activité commune, et par là, remettre en cause l'existence de la société¹⁰⁶³. L'administration provisoire des sociétés est un procédé de sauvetage des entreprises qui permet à l'autorité compétente, en cas de difficultés graves compromettant le fonctionnement normal d'une société, de désigner provisoirement une personne dénommée administrateur provisoire à la tête de cette société, à l'effet de régler cette difficulté, en assurant momentanément la gestion sociale.

340- Dans l'espace Ohada, elle est une réalité aussi bien pour les sociétés de droit commun que pour les sociétés particulières que constituent les établissements de crédit, les sociétés à capital public et les sociétés d'assurances. Toutefois, l'administration provisoire des sociétés n'a pas fait l'objet d'une réglementation dans le cadre spécifique des premiers actes uniformes¹⁰⁶⁴. Cependant, l'appréciation des prérogatives de l'administrateur provisoire fait trace de beaucoup d'hésitations. Ni le législateur Ohada, ni les principes généraux de l'AUSCGIE n'apportent des renseignements exacts et monosémiques¹⁰⁶⁵. En effet, l'Acte

sénégalais », Bull. d'information de la Cour Suprême, déc. 2010, p. 133 ; M. A. MOUTHIEU, « L'intérêt social en droit des sociétés », L'Harmattan, 2009, p. 373.

¹⁰⁶¹ B. Le BARS, « Droit des sociétés et de l'arbitrage international, Pratique en droit de l'Ohada », Joly éd., 2011, p. 102.

¹⁰⁶² M. A. MOUTHIEU, « L'intérêt social en droit des sociétés », L'Harmattan, 2009, n° 522, p. 311.

¹⁰⁶³ La mésentente fautive entre associés peut se définir de diverses façons liées au non-respect par un des associés de ses obligations à l'égard des autres associés et de la société finissant à mettre en péril l'intérêt social. Le dirigeant dispose de pouvoirs plus vastes que les autres associés sur la société et représente cette dernière à l'égard des tiers. A ces pouvoirs, on peut ajouter des obligations qui sont susceptibles, en cas de non respect, d'engager sa responsabilité, et cela que le manquement du dirigeant soit le fait d'une intention fautive ou de sa simple défaillance. Cette mésentente peut être aussi l'œuvre du non respect de l'associé de son obligation de bonne foi qui oblige aux associés, dans leurs rapports, de vouloir collaborer à l'exploitation d'un fonds dans un même objectif de façon égale entre eux et donc de faire passer l'intérêt social avant leurs intérêts personnels.

¹⁰⁶⁴ L'administration provisoire est une création prétorienne qui se fonde, non sur un principe de droit des sociétés, mais sur le pouvoir que le Code de procédure civile accorde au juge de prescrire toute mesure conservatoire en vue de prévenir un dommage imminent ou de faire cesser un trouble manifestement illicite.

¹⁰⁶⁵ B. Le BARS, « Droit des sociétés et de l'arbitrage international, Pratique en droit de l'Ohada », Joly, 2011, n° 202, p. 94.

uniforme ne prévoit aucun texte particulier en ce qui concerne ce mécanisme qui découle plus des pratiques que peuvent consentir les juges en qualité d'actes relatifs au pouvoir d'urgence du juge des référés. Son régime juridique est issu des règles définies par la jurisprudence, et quelques textes épars, nationaux ou communautaires de l'UEMOA, la CEMAC (« Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique centrale ») et la CIMA (« Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurance ») et par les législations nationales des Etats parties de l'Ohada.

L'analyse de la jurisprudence Ohada indique ainsi et à l'image de la jurisprudence française, un kaléidoscope à la mesure de la diversité des situations et des missions ordonnées. La particularité se fait ainsi remarquer dans la détermination du mode de désignation (**A**) et des missions de l'administration provisoire (**B**) qui laisse apparaître une absence de ligne de conduite claire au moment de la procédure. Le législateur africain aurait pourtant trouvé là une occasion formidable pour innover et se démarquer de son homologue français, en matière de sécurisation des actionnaires¹⁰⁶⁶.

A. Le mode de désignation de l'administration provisoire, des conditions de la désignation

341- « *La désignation judiciaire d'un administrateur provisoire est une mesure exceptionnelle* » comme le rappelle fréquemment la Cour de cassation¹⁰⁶⁷. Célèbre depuis l'affaire FRUEHAUF¹⁰⁶⁸, l'administration provisoire est aussi perçue comme une institution quelque peu mystérieuse ou ésotérique, voire en marge de la légalité¹⁰⁶⁹. Il n'existe pas dans l'AUSCGIE de régime général de l'administration provisoire. Il n'en existe pas non plus dans les législations des pays membres de l'espace Ohada. La situation est similaire en France au point où GUYON avait déclaré que : « *l'immixtion du juge dans la vie sociale ne se fonde sur aucun texte. Elle est d'autant plus surprenante qu'elle porte atteinte à la souveraineté des*

¹⁰⁶⁶ L'art. 516 de l'AUSCGIE prévoit juste la désignation d'un mandataire judiciaire *ad hoc* chargé de convoquer l'assemblée générale en cas de défaillance des organes sociaux.

¹⁰⁶⁷ Cass. Soc., 23 octobre 2012, n°11-24.609 ; Com., 21 févr. 2012, n° 11-18.608.

¹⁰⁶⁸ CA Paris, 22 mai 1965, JCP G 1965, II, 14274 bis, note NEPVEU, D. 1968, p. 147, note CONTIN ; RTD com. 1965, p. 619, obs. R. RODIERE.

¹⁰⁶⁹ G. BOLARD, « L'administration provisoire et mandat ad hoc », JCP G 1995, I, 3882.

associés, dont l'une des attributions essentielles consiste à nommer les dirigeants »¹⁰⁷⁰. Au nom de la souveraineté des associés, quelques tribunaux semblent vouloir cantonner l'administrateur dans une mission strictement délimitée qui contraste avec les pouvoirs de gestion les plus étendus reconnus aux dirigeants sous la seule limite de l'intérêt social¹⁰⁷¹.

342- Par-delà les intérêts égoïstes des protagonistes, le juge se fonde sur l'intérêt social une fois de plus comme nous le démontrerons plus tard. Aussi, n'accède-t-il à la demande de nomination d'un administrateur provisoire qu'à la double condition que la preuve soit apportée d'une paralysie des organes sociaux (1) et d'un péril imminent (2). En effet, dans ses arrêts, la Cour rappelle fréquemment le caractère exceptionnel de la mesure et exige de celui qui en fait la demande de « *rappporter la preuve de circonstances rendant impossible le fonctionnement normal de la société et menaçant celle-ci d'un péril imminent* »¹⁰⁷². C'est au travers de ces conditions, qu'on retrouve toute la doctrine africaine en la matière. L'on s'accorde à affirmer que les intérêts sociaux doivent être en péril et que l'entreprise doit être en danger de disparaître si aucune mesure n'est prise de remédier à la situation¹⁰⁷³.

1. L'exigence d'un fonctionnement anormal de la société ou la révélation d'une crise sociale grave

343- La société peut être paralysée par la défaillance des organes de gestion : le conseil ne peut plus fonctionner régulièrement par suite de mésentente entre administrateurs ou encore les actionnaires minoritaires et majoritaires se heurtent, à un point tel qu'ils compromettent les intérêts sociaux¹⁰⁷⁴. Toutefois, en droit Ohada, la paralysie du fonctionnement normal de la société est explicitée dans divers textes africains¹⁰⁷⁵ qui rejoignent la condition première

¹⁰⁷⁰ Y. GUYON, « Les missions des administrateurs provisoires de sociétés », Mélanges Bastian, t. 1, 1974, n° 1, p. 103 et s.

¹⁰⁷¹ Articles 328 et 425 de l'AUSCGIE.

¹⁰⁷² Cass. com., 29 sept. 2009, n° 08-19.937, Bull. civ. IV, n° 18, Bull. Joly Sociétés 2010, p. 23, note G. GIL, JCP E 2009, n° 1979 ; Cass. com. 10 nov. 2009, n° 08-19.356, Dr. sociétés janv. 2010, comm. 8, obs. H. HOVASSE, Rev. sociétés 2010, p. 219, note D. PORACCHIA, JCP E 2009, n° 2127 ; Cass. com. 18 mai 2010, n° 09-14.838, RTD com. 2010, p. 738, n° 7.

¹⁰⁷³ P. NGUIHE KANTE, « Les techniques de sauvetages des entreprises en difficulté en droit camerounais », Thèse, Université de Yaoundé II, 1999, p. 85.

¹⁰⁷⁴ Pour une vieille illustration, voir CA Paris, 12 févr. 1991, Bull. Joly 1991, p. 410, note P. Le CANNU.

¹⁰⁷⁵ En effet, l'article 63 du règlement CEMAC, l'article 14 de la Convention du 16 octobre 1990 portant création de la COBAC (« Commission Bancaire de l'Afrique Centrale»), repris par l'article 39 de la Convention du 17 janvier 1992 portant harmonisation de la réglementation bancaire dans les Etats de l'Afrique centrale posent clairement la nécessité d'une circonstance exceptionnelle, particulièrement d'une crise sociale grave pour l'intervention d'un administrateur provisoire dans les sociétés de banque et les établissements de microfinance.

énoncée par la Haute Cour de justice. De ces divers textes, il ressort que la notion de crise grave est inhérente à la mise en place d'une administration provisoire¹⁰⁷⁶. Mais décrite de la sorte, l'administration provisoire répond à une vision très large de la notion. La crise sociale grave peut résulter d'un blocage des organes de gestion, ces derniers ne pouvant plus s'actionner parce qu'ils n'existent plus, on parle alors de défaillance de ces organes. Toutefois, cette crise peut avoir pour origine un conflit social entre les associés ou même les dirigeants rendant la bonne marche de la société bien entravée même si les protagonistes sont en place. En effet, les causes de désignation d'un administrateur provisoire peuvent provenir soit des organes sociaux, soit des associés ou actionnaires, soit des deux à la fois : inexistence ou démission des gérants ou du conseil d'administration, défaillance irrémédiable des organes de gestion, dissentiment sérieux entre administrateurs, hostilité de groupes rivaux d'actionnaires au sein de l'assemblée générale ou d'associés lors d'une délibération collective, instances engagées en dissolution de la société, « *conflit irréductible* » entre les associés joint à une carence du fait de la gérance¹⁰⁷⁷.

1.1. Le défaillance ou le défaut des organes sociaux

344- La défaillance d'un ou plusieurs membres de l'organe de gestion constitue une hypothèse fréquente de désignation d'un administrateur provisoire¹⁰⁷⁸. La complémentarité de cette mesure suppose toutefois que l'AUSCGIE ou la convention des parties ne permet pas de trancher le problème sans avoir recours au juge¹⁰⁷⁹. Le pouvoir de convocation des assemblées générales et des organes collégiaux des sociétés de l'Ohada en particulier des

On peut également faire référence aux articles 312 et 321 du Code CIMA qui prévoient la possibilité de désigner un administrateur provisoire par la commission régionale de contrôle des assurances « lorsque la société a commis une infraction à la réglementation des assurances ou que sa situation financière ou sa gestion sont incommodes ». Il en est de même de l'article 26 al. 1 de la Convention portant création de la commission bancaire de l'Union Ouest Africaine qui prévoit : « que les dirigeants estiment ne plus être en mesure d'exercer normalement leurs fonctions, que la gestion ne puisse plus être assurée dans des conditions normales et, qu'à la suite d'une infraction à la réglementation bancaire, les dirigeants de l'établissement aient été suspendus ou démis de leur fonction ».

¹⁰⁷⁶ B. Le BARS, « Droit des sociétés et de l'arbitrage international, Pratique en droit de l'Ohada », July 2011, n° 202, p. 94.

¹⁰⁷⁷ J. MESTRE, D. VELARDOCCHIO, « L'administrateur provisoire », Lamy sociétés commerciales 2012, n° 769.

¹⁰⁷⁸ CA Basse-Terre, civ. 1^{ère}, 26 mars 2012, n° 09/01.835, la demande d'un administrateur provisoire a été faite compte tenu de la mésentente entre associés de nature à compromettre les intérêts sociaux et que cet intérêt social était également compromis actuellement par la défaillance des organes dans la gestion d'un office notarial ; CA Nîmes, 7 juin 2005, n° 04/01734, l'arrêt a considéré qu'il ne peut être valablement soutenu que le fonctionnement de la société se déroule normalement alors que les organes de la société sont dans l'impossibilité de rendre compte de leur gestion. En l'état de la défaillance constatée des organes sociaux, il y a lieu de confirmer le jugement en ce qu'il a désigné un administrateur provisoire pour gérer la société.

¹⁰⁷⁹ J. MESTRE, « Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés », RJ com. 1985, p. 81

sociétés anonymes et SARL¹⁰⁸⁰ est réservé à des personnes bien précises¹⁰⁸¹. En effet, l'assemblée générale des actionnaires est convoquée par le conseil d'administration ou par l'administrateur général selon le cas. Elle peut également être convoquée par le commissaire aux comptes ou par un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 10% du capital social¹⁰⁸². Dans le cas d'une SARL, les associés sont normalement convoqués aux assemblées générales par le gérant ou par le commissaire aux comptes s'il en existe un, lorsque ce dernier a manqué à cette obligation. Toutefois, un ou plusieurs associés détenant la moitié des parts sociales de la société, ou représentant au moins un quart des parts sociales, peuvent exiger la convocation d'une assemblée¹⁰⁸³.

En conséquence, lorsque l'organe de gestion collégiale ou l'assemblée générale n'est pas convoquée par les personnes habilitées, par négligence ou refus illégal, le juge des référés peut désigner un administrateur provisoire chargé de convoquer la réunion et le cas échéant de la présider¹⁰⁸⁴. En effet, il faut que l'entrave soit telle qu'elle empêche le fonctionnement régulier de la société et compromette les intérêts. De simples divergences de vue seraient insuffisantes¹⁰⁸⁵. Le demandeur doit constater que le fait de ne pas convoquer l'organe dont il nécessite la réunion est susceptible de lui causer des inconvénients sérieux ou, à tout le moins, un préjudice grave¹⁰⁸⁶. Cette demande doit satisfaire aux conditions d'urgence.

1.2. L'existence d'un conflit ou la caractérisation d'une mésentente au sein de la société

¹⁰⁸⁰ Si ce sont les SA et les SARL qui constituent le champ d'application le plus habituel des désignations, toutes les sociétés quelle que soit leur forme peuvent bénéficier, sous conditions d'une administration provisoire quand, sans être exhaustif, l'une des situations telles que explicitées par la présente thèse concernant les conditions de la mesure sont présentées.

¹⁰⁸¹ Dans un arrêt ancien, La Cour de cassation a refusé aux créanciers la possibilité d'obtenir la désignation d'un administrateur provisoire puisqu'il ne leur appartient pas de « se faire juge des intérêts de la société et des associés et d'agir en leur nom pour les protéger », Cass. com., 14 févr. 1989, n° 84-13.719, Bull. civ. IV, n° 66, p. 43, Rev. sociétés 1989, p. 633, note D. RANDOUX, Bull. Joly Sociétés 1989, p. 323, note Y. STREIF, JCP E 1989, I, n° 18437 ; Toutefois, cela est contestable en cas d'abus de biens sociaux, les créanciers pourraient ouvrir dans le cas d'espèce une action civile pour dissuader les dirigeants.

¹⁰⁸² Art. 516 de l'AUSCGIE.

¹⁰⁸³ Art. 337 de l'AUSCGIE

¹⁰⁸⁴ Le juge des référés est compétent pour désigner le mandataire de l'article 516 de l'AUSCGIE : Cour Suprême du Niger, arrêt n° 04-158/C du 16 août 2001, Snar Leyma c/ Groupe Hima Souley.

¹⁰⁸⁵ CA Abidjan, n° 258, 25 févr. 2000, Affaire Société Négoce Afrique Côte d'Ivoire dite NACI - SA c/ Sté WIN SARL

¹⁰⁸⁶ Le demandeur devrait au préalable avoir épuisé toutes les solutions offertes par l'AUSCGIE ou la convention des parties.

345- Les graves conflits opposant les associés aboutissent généralement à une disparition du dialogue entre eux. Il est donc très important de parvenir à rétablir entre eux une communication normale. D'une façon générale, la nomination d'un administrateur provisoire est justifiée lorsque la gestion de la société est entravée du fait des organes d'administration et de direction et/ou du fait des associés et qu'un redressement des affaires sociales est escompté ; à défaut la seule issue serait la dissolution judiciaire de la société¹⁰⁸⁷. La désignation d'un administrateur provisoire dans une situation de mésentente ne peut être établie que dans les limites du fondement d'immixtion minimale : en conséquence cette mésentente doit pouvoir être caractérisée¹⁰⁸⁸ et ne pas pouvoir être réglée de façon appropriée par la loi de la majorité et l'équilibre des pouvoirs entre organes sociaux. La société étant le fruit d'une entreprise, d'une collaboration entre associés, dont le principe même repose sur l'*affectio societatis*, c'est-à-dire la volonté de se comporter comme des associés égaux et qui s'entendent, cette entente entre associé permet à la société de fonctionner et que les décisions soient prises par les organes de direction¹⁰⁸⁹. Lorsque cette entente est remise en cause par des dissensions entre associés ou des conflits au sein des organes de direction, la paralysie du fonctionnement de la société peut s'installer, notamment lorsque les décisions nécessaires pour la survie de la société ne peuvent plus être prises¹⁰⁹⁰, lorsque des associés disposant d'une minorité de blocage empêchent l'approbation d'une politique commerciale importante décidée par les majoritaires¹⁰⁹¹, ou lorsque la situation est telle que l'assemblée générale (ordinaire ou extraordinaire) ne peut plus adopter ses délibérations¹⁰⁹².

¹⁰⁸⁷ M. A. MOUTHIEU, « L'intérêt social en droit des sociétés », L'Harmattan, 2009, n° 526, p. 314 ; A. FENEON, « La mésentente entre associés dans les sociétés anonymes de l'Ohada », Rev. Penant 848, p. 272.

¹⁰⁸⁸ Dans un arrêt du 29 juin 2006, la Cour d'appel de Nîmes a rappelé cette règle et a jugé que la demande de désignation d'un tel administrateur motivée par la seule défense des intérêts d'associés minoritaires ou majoritaires n'est pas suffisante, hormis l'hypothèse d'une paralysie de la société ou de la mise en péril grave des intérêts sociaux- CA Nîmes, 29 juin 2006, n° 04/01861 ; Récemment, la Chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 10 novembre 2009, est venue à nouveau préciser cette condition nécessaire et suffisante, et a cassé un arrêt de Cour d'appel au motif qu'il n'était pas démontré que l'exercice par un des associés de la société, de ses pouvoirs d'actionnaire majoritaire et de président du conseil de surveillance, empêchait le fonctionnement normal de la société- Cass. com., 10 nov. 2009, n° 05-15.809, Bull. Joly Sociétés 2010, p. 124, note D. SCHMIDT, Dr. sociétés 2010, comm. 40, note M-L. COQUELET, RTD com. 2010, p. 134, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ; Encore plus récemment, la Cour d'appel d'Aix-en Provence, dans un arrêt du 24 novembre 2011, n° 11/00728 est venue à nouveau préciser cette condition nécessaire et suffisante.

¹⁰⁸⁹ A. AKAM AKAM, « Les mutations juridiques dans le système Ohada », L'Harmattan, 2009, p. 252.

¹⁰⁹⁰ La désignation d'un administrateur provisoire a été admise après le constat d'une mésentente grave et de nature à porter atteinte à l'intérêt social. Dans cette affaire, l'associé minoritaire possédant 47% de la société dont le siège social se situe à Dakar, crée une société concurrente à Abidjan, ce qui avait pour effet de nuire au bon fonctionnement de la société sise à Dakar en ce sens que les bateaux avaient décidé de s'approvisionner à Abidjan au désavantage du port sénégalais. Il s'est vu alors opposer un refus de communication de documents de la part des dirigeants de la société sénégalaise, ce qui instaura un climat tel que l'*affectio societatis* commença à être remise en cause. T.R.H.C Dakar, ord. réf. n° 939 du 16 septembre 1996, Aduo KOUAME c / Sadibou NDIAYE es qualité et sté Abdoulat shiping company.

¹⁰⁹¹ CA Cotonou, arrêt n° 178, 30 sept. 1999, aff. Karamatou IBUKUNLE c/ Société CODA BENIN et quatre autres ; CA Abidjan, n° 258, 25 fév. 2000, Aff. Société NEGOCE AFRIQUE COTE IVOIRE c/ Société WIN

Dans le cas précis de l'administration provisoire, c'est uniquement la continuité de la société qui est défendue¹⁰⁹³ : cette mesure constitue une immixtion exceptionnelle du juge dans la gestion de la société, immixtion qui ne se confirme que par la gravité de l'enjeu. A cette mesure exceptionnelle qui correspond à une paralysie de la société, il faut que les intérêts sociaux soient exposés à un péril imminent et certain de manière à conduire la société à sa perte¹⁰⁹⁴.

2. L'existence d'un péril imminent

346- La paralysie des organes sociaux doit entraîner un risque imminent. Si le péril évoqué est juste éventuel, la demande n'est pas recevable. En effet, il est vrai que le péril encouru par la société emprunte une caractéristique particulière quand il n'y a pas de défaillance des organes de gestion, étant donné que la société est tout de même capable de fonctionner plus ou moins efficacement, puisque sa gestion peut être assurée¹⁰⁹⁵. C'est pourquoi l'immixtion du juge doit être en quelque sorte légitimée par une situation mettant en péril la situation économique de la société ou son crédit moral¹⁰⁹⁶. Autrement dit, pour reprendre la formule de la Cour de cassation, « *la désignation d'un administrateur provisoire est une mesure exceptionnelle qui suppose rapportée la preuve de circonstances rendant impossible le fonctionnement régulier de la société et menaçant celle-ci d'un péril imminent, compromettant les intérêts sociaux* »¹⁰⁹⁷.

347- La jurisprudence française exigeait déjà à l'époque de façon constante soit un péril inquiétant l'existence même de la société soit un risque menaçant gravement l'intérêt social,

SARL ; Tribunal régional de Thiès, Ordonnance de référé, 28 mars 1998, Aff. Saliou MANGANE c/ Oumou KANTOM et Idrissa DOUCOURE.

¹⁰⁹² TRHC Dakar, 30 oct. 1997, Maymouna Fall et Ahmet BA c/ François LISSOUK.

¹⁰⁹³ La nomination d'un administrateur provisoire ne se conçoit qu'en cas de crise grave mettant en péril la survie même de la société, M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, « Droit des sociétés », Lexisnexus, 25^e éd., 2012, n° 480, p. 183.

¹⁰⁹⁴ D. PORACCHIA, « Droit des sociétés 2007, une année très dense », Droit et patrimoine 2008, n° 171, p. 110.

¹⁰⁹⁵ M. A. MOUTHIEU, « L'intérêt social en droit des sociétés », L'Harmattan, 2009, n° 528, p. 316.

¹⁰⁹⁶ J. MESTRE, D. VELARDOCCHIO, « L'administrateur provisoire », Lamy sociétés commerciales 2012, n° 769.

¹⁰⁹⁷ Cass. com., 10 nov. 2009, n° 08-19.356, Rev. sociétés 2010, p. 219, note D. PORACCHIA, Bull. Joly Sociétés 2010, p. 136, note G. GIL, JCP E 2009, n° 2127 ; Cass. com., 25 sept. 2007, n° 06-20.320, RLD A 2007/21, n° 1261, RJDA 2008, n° 140.

tel est la quintessence de l'affaire FRUEHAUF. C'est d'ailleurs l'une des rares décisions à avoir formellement spécifié l'intérêt social comme étant l'intérêt de l'entreprise, en faisant allusion aux différents intérêts catégoriels qui forment la société. La jurisprudence Ohada est aussi affirmative dans cette position lorsqu'elle déclare dans un arrêt, « *qu'en cas de litige entre les associés, la désignation d'un administrateur provisoire au sein de celle-ci est soumise à l'existence d'une paralysie dans son fonctionnement, faute de quoi, la demande de désignation n'est pas indispensable et les organes dirigeants demeurent toujours en fonction* »¹⁰⁹⁸. Autrement dit, les faits qui suscitent cette désignation sont d'une gravité telle que : « *si aucune mesure n'est prise pour mettre fin, au moins temporairement à la gestion désastreuse* » caractérisée, on aboutirait à la disparition de la société¹⁰⁹⁹. La Cour de cassation l'a d'ailleurs rappelé dans des arrêts récents en précisant : pas de nomination d'un administrateur provisoire sans preuve d'un péril imminent pour la société¹¹⁰⁰. L'administration provisoire ayant pour objet de remédier temporairement à la défaillance des organes sociaux, la mission de l'administrateur provisoire doit être définie en conséquence.

B. Le fonctionnement de l'administration provisoire

348- L'administrateur provisoire est ordinairement choisi sur la liste des mandataires judiciaire, lesquels agissent dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires. S'agissant d'un nouvel organe de gestion, la désignation doit être publiée au registre de commerce et de crédit mobilier¹¹⁰¹. Une fois désigné cet administrateur provisoire, il reste à déterminer sa mission (2) et ses pouvoirs (1).

1. La dimension des pouvoirs de l'administrateur provisoire

349- Il appartient à la décision qui nomme l'administrateur provisoire de délimiter l'étendue de ses pouvoirs¹¹⁰². La demande est instruite devant le tribunal en fonction du droit de l'Etat partie concerné. Aux termes de l'article 147 de l'AUSCGIE : « *tout litige entre associé ou*

¹⁰⁹⁸ CA Abidjan, arrêt n° 258, 25 fév. 2000, Bull. Juris Ohada, n°1/2002, p. 42.

¹⁰⁹⁹ CA Littoral, Arrêt n° 38/Réf. Du 10 févr. 1999, note Y. KALIEU.

¹¹⁰⁰ Cass. com., 18 mai. 2010, n° 09-14.838, RTD com. 2010, n° 7, p. 738; Soc., 23 oct. 2012, n° 11-24.609.

¹¹⁰¹ M. A. MOUTHIEU, « L'intérêt social en droit des sociétés », L'Harmattan, 2009, n° 531, p. 317.

¹¹⁰² Par exemple gérer et administrer la société avec les pouvoirs les plus étendus selon les lois et usages du commerce ou pouvoirs les plus étendus attribués au président du conseil (et au conseil d'administration).

entre un ou plusieurs associés et la société relève de la juridiction compétente ». Ainsi, tout associé ou dirigeant y ayant un intérêt, peut demander la nomination d'un administrateur provisoire à condition qu'il y ait un lien de droit avec la société concernée. L'administration provisoire entraîne un dessaisissement des organes sociaux¹¹⁰³. Le caractère de dessaisissement doit pourtant être précisé. La notion de dessaisissement renvoie au droit des faillites, où elle est traditionnellement discutée¹¹⁰⁴. L'administrateur est placé dans la position de l'organe de gestion et comme le souligne le professeur Georges BOLARD, le dessaisissement n'est pas similaire à celui effectué en droit des procédures collectives car c'est la société qui est dessaisie afin de préserver les intérêts des créanciers¹¹⁰⁵. Dans le cas d'espèce, c'est uniquement l'organe social dessaisi qui est « privé de tous ses pouvoirs en suite de la désignation d'un administrateur provisoire » comme l'énonce un ancien arrêt de principe de la Cour de cassation¹¹⁰⁶ et repris depuis pas d'autres arrêts¹¹⁰⁷. Les dirigeants perdent le pouvoir de gérer la société pendant la durée des fonctions de l'administrateur provisoire, qui peut d'ailleurs avoir recours à leurs services, mais qui engage personnellement sa responsabilité pour les actes accomplis par les dirigeants dessaisis¹¹⁰⁸.

350- Le critère exceptionnel de la procédure d'administration provisoire indique que la situation de crise qui la démontre, ne puisse être tranchée par des mécanismes sociétaires eux-mêmes tels que la loi de majorité par exemple. De même le recours à une telle procédure indique qu'une autre forme d'immixtion judiciaire dans le fonctionnement interne de la société, moins catégorique et ne provoquant pas un dessaisissement de l'appareil social, ne puisse pas être employé valablement telle la désignation d'un mandataire *ad hoc*¹¹⁰⁹. La situation juridique de la société n'est donc pas modifiée. Les dirigeants sociaux sont dessaisis de la gestion de la société, la société elle-même n'est pas dessaisie de son patrimoine. Elle en

¹¹⁰³ Unanimement admise en doctrine, la solution est clairement consacrée en jurisprudence : selon la Cour de cassation. L'administration provisoire prive les dirigeants sociaux de leurs pouvoirs ou encore l'administrateur provisoire est substitué aux organes de la société. Pour une jurisprudence ancienne, voir Civ. 2^e, 12 juill. 1976, Bull. civ. II, n° 251, Com., 15 mai 1990, Bull. civ. IV, n° 148.

¹¹⁰⁴ V. F. HENRY, « Les procédures de récusation et de dessaisissement », Larcier, 2009 ; V. aussi les articles 52 à 66 de l'AUPOPCAP.

¹¹⁰⁵ G. BOLARD, « L'administration provisoire et mandat ad hoc », JCP G 1995, I, 3882.

¹¹⁰⁶ Cass. com., 15 mai 1990, n° 88-19.232, Bull. civ. IV, n° 148, p. 99.

¹¹⁰⁷ Cass. civ., 25 oct. 2006, n° 05-15.393, D. 2007, p. 2792, obs. A. LIENHARD, Dr. & patr. 2007, n° 159, p. 82, obs. D.PORACCHIA, Bull. Joly Sociétés 2007, p. 274, note F.-X.LUCAS, Dr. sociétés mars 2007, comm. 41, note. H. LECUYER, RJDA 2007, n° 360.

¹¹⁰⁸ J. MESTRE, D. VELARDOCCIO, « L'administrateur provisoire », Lamy sociétés commerciales 2012, n° 777.

¹¹⁰⁹ L'art. 516 de l'AUSCGIE prévoit la désignation d'un mandataire judiciaire *ad hoc* chargé de convoquer l'assemblée générale en cas de défaillance des organes sociaux.

est pleinement souveraine. Comme l'organe social auquel il est substitué l'administrateur provisoire doit agir dans l'intérêt social, conformément aux statuts et à l'objet social. Sa mission est déterminée de façon à assurer la défense de l'intérêt social. Elle peut varier, allant de la simple mission de convoquer l'assemblée générale et de veiller à la régularité de sa tenue¹¹¹⁰, à agir en justice au nom de la société, car si le juge fixe très souvent sa mission de façon générale, ni la décision, ni la demande ne précisent habituellement le ou les organes saisis, autrement dit, il en résulte que l'administrateur garde une importante latitude d'action lui permettant de résoudre la crise ou de préserver la société du péril encouru¹¹¹¹. De même, l'administrateur désigné par l'autorité judiciaire peut être, selon la Cour de cassation, investi de tous les pouvoirs conférés par la loi à un dirigeant social¹¹¹².

2. La limite des pouvoirs de l'administrateur provisoire dans certains actes faisant difficulté

351- Quelle que soit leur dimension, les pouvoirs de l'administrateur provisoire ne sont pourtant pas tout à fait ceux de l'organe social dessaisi. Ils sont limités par la nature provisoire et conservatoire de la mission conférée par le juge. La gestion de la société met en exergue des actes de disposition et des actes conservatoires. Tout dépend de ce que commande l'intérêt social. En effet, la mission de l'administrateur provisoire doit être compte tenu de l'indépendance de la société, proportionnée à sa désignation, autrement dit, elle doit être indispensable pour régler la situation à la base de la demande et surtout, au terme d'une mise en appréciation des intérêts, elle ne doit pas attribuer au demandeur un avantage disproportionné par rapport aux autres intérêts en présence et à l'intérêt social.

En conséquence, l'administrateur provisoire doit donc éviter de prendre des décisions irréversibles pour la société¹¹¹³, sauf si l'intérêt social le préconise pour la survie de la société, lors de sa mission. Plutôt que de charger l'administrateur de tout ou partie de la gestion de la société, le juge peut laisser celle-ci dans les mains des organes légaux en confiant à

¹¹¹⁰ Cass. com., 20 févr. 2007, n° 05-19.465, Bull. Joly Sociétés 2007, p. 749, note J.-C. HALLOUIN.

¹¹¹¹ M. A. MOUTHIEU, « L'intérêt social en droit des sociétés », L'Harmattan, 2009, n° 532, p. 318.

¹¹¹² Cass. com. 10 nov. 2009, n° 07-21.527, RTD com. 2010, p. 557, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ; CA Pau, Ch. 1^{ère}, 4 oct. 2011, n° 10/04758.

¹¹¹³ Cass. com. 3 mai 2007, n° 05-18.486, Bull. civ. III, n° 70, Dr. et patr. 2008, n° 171, p. 110, obs. D. PORRACHIA, Rev. sociétés 2007, p. 767, note B. DONDERO.

l'administrateur provisoire une simple mission d'assistance¹¹¹⁴, de surveiller uniquement la régularité d'actes accomplis par le dirigeant non dessaisi¹¹¹⁵. Dans tous les cas, l'administrateur provisoire doit accomplir certains actes pour remédier à la situation de crise qui prévaut dans l'entreprise. A l'évidence, des zones d'ombre subsistent sur sa mission. Aussi, une intervention législative nous semble opportune et nécessaire pour aménager cette institution dans l'espace Ohada, car les mesures consacrées présentent d'énormes failles mettant ainsi en péril les droits des actionnaires.

352- Cette mission est trop souvent ordonnée par le juge des référés. Les conditions de désignation d'un administrateur provisoire concordent avec celles qui fondent la compétence de juge des référés : prévention d'un dommage imminent, urgence¹¹¹⁶. C'est à tort qu'un juge des référés s'est déclaré incompétent d'ordonner la cessation de troubles causés à un associé dans l'exercice de ses droits¹¹¹⁷. L'ordonnance de référés déterminera avec précision la durée de la mission de l'administrateur provisoire, le cas échéant en se réservant le droit, dans le dispositif de son ordonnance, de proroger cette désignation. L'administrateur provisoire encourt les mêmes responsabilités qu'un dirigeant social, à l'égard de la société, des actionnaires ou des tiers. Par ailleurs la demande peut être faite par requête, cela suppose que la situation nécessite que des mesures urgentes ne soient pas prises de façon contradictoire.

353- La désignation d'un administrateur provisoire nous semble un moyen efficace de défense de la continuité de la société. Cette idée jurisprudentielle doit être accentuée en droit Ohada car elle permet, par le filtre de l'intérêt social, de résoudre de graves conflits entre associés et dirigeants. La désignation d'administrateur provisoire n'est toutefois pas une panacée et doit demeurer exceptionnelle. Lorsque les conditions de nomination d'un d'administrateur provisoire ne sont pas réunies, la jurisprudence admet l'introduction d'une action en abus de majorité ou de minorité. Il appartient dès lors au juge de sanctionner les abus sociétaires pour la prise d'une décision considérée comme abusive et donc nuisible à l'intérêt social.

¹¹¹⁴ Comme le démontre une vieille jurisprudence où le pouvoir de l'administrateur provisoire était limité à une mission d'assistance des organes sociaux, sa tâche étant de veiller à la conservation des acquis sociaux sans qu'elle entrave l'exercice de leurs pouvoirs par les organes réguliers, Paris, 1^{ère} ch. C, 7 juin 1990, JCP E 1990, I, n° 20132, Bull. Joly Sociétés 1990, p. 760, note P. Le CANNU, Rev. sociétés 1990, p. 478, obs. Y. GUYON.

¹¹¹⁵ CA Paris, 14^e ch. A, 27 oct. 1999, SARL Ateliers techniques graphiques c/Marin, Bull. Joly Sociétés 2000, p. 336, note B. SAINTOURENS.

¹¹¹⁶ La jurisprudence donne une définition assez large de la notion d'urgence, jugeant qu'il y a urgence dès que « la crainte d'un préjudice d'une certaine gravité, voire d'inconvénient sérieux, rend une décision immédiate souhaitable ».

¹¹¹⁷ CA Abidjan, 5^e ch., n° 28, 13 janv. 2004, Ohadata, J-06-24.

Toutefois, avant d'en arriver là, le législateur admet un autre moyen de résolution des abus sociétaires dans l'espace Ohada : « *l'arbitrage* ».

§ 2. LA PLACE DE L'ARBITRAGE DANS LA GESTION DES ABUS SOCIÉTAIRES

354- On justifie l'admiration pour l'arbitrage par de multiples avantages que procure ce type de justice ; on magnifie sa confidentialité, sa rapidité et son efficacité¹¹¹⁸. L'arbitrage constitue un moyen de règlement des litiges sans le concours du juge étatique, autrement dit, une sorte de méthode alternative assimilée à une certaine « *justice privée* ». En effet, L'arbitrage apparaît comme un mode de règlement à la fois juridictionnel et conventionnel¹¹¹⁹. Ainsi, lorsque les associés conviennent d'installer une clause d'arbitrage, il est formellement prévu que cet arbitrage soit « *réglé par application des dispositions de l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage* »¹¹²⁰.

Arbitrage : moyen de prévention ?- L'arbitrage ne constitue pas de façon générale un mécanisme de prévention, mais compte tenu du fait que les acteurs sociétaires confient cette mission à un simple particulier qui leur inspire confiance à raison de sa réputation d'intégrité ou de ses connaissances techniques, nous avons jugé utile de l'insérer dans cette partie. Excellent moyen de règlement des différends, l'arbitrage joue un rôle décisif dans la prévention, la gestion et la résolution des conflits. L'apparence préventive est symbolisée par l'obligation d'arbitrage assumée par les parties avant la survenance du litige. Cette obligation découle d'une clause compromissoire. Comme beaucoup d'autres auteurs, Monsieur le Professeur Pierre LALIVE reconnaît à l'arbitrage : « *un rôle préventif extrêmement important. Une bonne clause arbitrale, bien rédigée, joue un rôle préventif considérable, de même qu'un arbitrage engagé se termine dans de nombreux cas par une transaction, ce qui*

¹¹¹⁸ E. GAILLARD, « Le principe de confidentialité de l'arbitrage international », D. 1987 Chr. 153. Les délibérations du tribunal arbitral sont secrètes contrairement aux décisions des tribunaux qui sont en général rendues en audience publique. Pour les milieux d'affaires, cet avantage est important et évite à l'entreprise, une mauvaise publicité.

¹¹¹⁹ L'arbitrage est conventionnel car il trouve son origine dans un accord des parties, juridictionnel car le tribunal arbitral est un tribunal authentique qui rend une décision tranchant le litige qui lui est soumis.

¹¹²⁰ Art. 149 de l'AUSCGIE. Le cadre de mise en œuvre de l'arbitrage est donc lui-même uniforme.

est un succès en soi »¹¹²¹. Il convient de préciser que l'idée de prévention telle que envisagée ici, concerne surtout le choix anticipé du moyen de règlement prévu par les parties. Seules la convention d'arbitrage et la clause compromissoire sont donc réellement concernées par la prévention. De plus, il ne s'agit pas de sanctionner tel ou tel acteur sociétaire, mais de trouver des solutions permettant la continuité de l'exploitation. L'arbitrage apporte un nouvel éclairage à la notion même de litige. En effet, le litige cesse d'être un conflit d'où chacune des parties, même le vainqueur apparent, sort exsangue.

355- En tant que droit uniforme, le droit de l'arbitrage Ohada, qu'il soit attaché aux sociétés ou à d'autres litiges afférents à la vie des affaires, laisse une interrogation de consubstantialité avec les législations nationales et les juges de droit commun¹¹²². Le différend né, rien ne contraint les associés de recourir à l'arbitrage pour le règlement de leur discord. La condition « *sine qua non* » pour qu'il y ait arbitrage est l'existence d'une convention d'arbitrage¹¹²³. L'arbitrage apporte une « *sensation d'air frais* »¹¹²⁴ dans l'espace Ohada, étant donné qu'avant l'approbation de cet Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage (« AUA »)¹¹²⁵, peu de pays membres avaient illustré ce mode de règlement dans leur appareil interne, d'ordinaire à cause de législations un peu archaïques¹¹²⁶. Les litiges entre actionnaires ou associés trouvant leur origine dans le fonctionnement de la société peuvent donc être jugés par un tribunal arbitral. La compétence du tribunal arbitral, est en conséquence tributaire de la

¹¹²¹ P. LALIVE, « Conclusion », in « Resolution Methods for Art-Related Disputes », Centre du Droit de l'art, Vol. 11, Zurich Schulthess, 1999, p. 235.

¹¹²² Dans le cadre d'une étude consacrée sur l'abus en droit des sociétés entendu comme un mécanisme de protection de la société, il ne nous semble pas utile d'exposer les différentes sources du droit de l'arbitrage, de la distinction entre les différents types d'arbitrage dans le ressort de l'espace Ohada, exposé qui nous amènerait à nous écarter de notre sujet, voir même à le vampiriser. Par ailleurs, il importe de définir et de s'en tenir aux litiges dans le fonctionnement de la société dont il est question. Aussi nous contenterons nous de présenter ce mécanisme préventif d'abus dans les litiges entre un ou plusieurs associés et la société, et la manière dont il est utilisé pour un meilleur fonctionnement de la société surtout en cas d'abus entre associés.

¹¹²³ Art. 13 de l'AUA ; V. en ce sens, F. M. SAWADOGO, « Le droit Ohada de l'arbitrage. Principes essentiels et perspectives d'application in Aspects actuels du droit des affaires ». Mél. en l'honneur de Y. GUYON, Paris, Dalloz, 2003, p. 963 ; J.-M. TCHAKOUA, « L'arbitrabilité des différends dans l'espace Ohada », Penant, 2001, n° 835, p. 5.

¹¹²⁴ Il est de constat que lorsque les associés sont de nation différente et que chacun préfère que les différends imprévisibles soient réglés par un organe neutre, plutôt que par les juridictions nationales du siège social. V. en ce sens, D. MOTTE-SURANITI, « L'exécution en France des sentences arbitrales CCJA », Penant, 2009, n° 866, p. 58.

¹¹²⁵ L'AUA est largement calqué sur le droit français de l'arbitrage et en adopte la philosophie libérale, P. BOULANGER, « L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », Rev. arb. 1999, n° 3, p. 541 et s.

¹¹²⁶ J. GATSI, « La jurisprudence, source du droit Ohada », Revue internationale de droit comparé 2012, n° 2 ; P. MEYER, « Ohada – Droit de l'arbitrage », Bruylant, 2002, p. 284 ; G. KENFACK-DOUADJINI, « Le cadre juridique de l'arbitrage au Cameroun », Rev. camerounaise de l'arbitrage, 1999, n° 4, p. 3 ; B. Le BARS, « Droit des sociétés et de l'arbitrage international, Pratique en droit de l'Ohada, Joly 2011, n° 219, p. 102 ; R. AMOUSSOU-GUENOU, « Le droit et la pratique de l'arbitrage commercial international en Afrique subsaharienne », Thèse, Panthéon-Assas, 1995 ; P.-G. POUGOUE, J.-M. TCHAKOUA, A. FENEON, « Droit de l'arbitrage dans l'espace Ohada », PUA, 2000, p. 506.

validité de la convention d'arbitrage liant les parties au contrat (**B**). Pour ce faire, la validité de la convention ne peut s'évaluer qu'au regard d'un certain nombre de règles dont l'arbitrabilité du litige.

A. De l'arbitrabilité à la constatation d'abus sociétaire

356- Le droit des sociétés s'est libéralisé à un point tel que certains rappellent le « *renouveau de la liberté contractuelle* » ou bien encore la « *renaissance du phénomène contractuel dans la vie des sociétés qui se traduit par une multiplication des contrats destinés à assurer leur fonctionnement* »¹¹²⁷. C'est une première constatation au regard de la question de l'arbitrabilité (**1**) et il ne faut pas laisser de vue la place qu'y conserve l'autonomie des volontés (**2**).

1. Notion d'arbitrabilité en droit Ohada

357- Pour qu'un litige soit arbitrable, il est important de caractériser si son objet peut être soumis à un arbitrage, c'est tout le sens de la notion de l'arbitrabilité du litige. En effet, l'arbitrabilité, si on peut se permettre d'en formuler une définition, est la possibilité de faire trancher un litige par l'arbitrage. La pierre angulaire de l'arbitrage est la volonté des parties c'est-à-dire des associés, qui disposent d'une faculté assez large pour apprécier l'encadrement de la résolution de leur différend. Ce cadre est déterminé par les associés via la convention d'arbitrage qui peut revêtir deux aspects selon que le litige n'est pas, ou est déjà né. Lorsqu'elle est introduite dans le contrat principal, la convention d'arbitrage prend la forme de « *clause compromissoire* »¹¹²⁸. Par contre, lorsque le litige a déjà eu lieu, les associés peuvent accepter d'avoir recours à l'arbitrage et la convention d'arbitrage prendra l'appellation de « *compromis d'arbitrage* ». La convention d'arbitrage est d'autant plus importante qu'à défaut d'elle, rien ne peut être mis en œuvre. Habituellement, le recours à l'arbitrage se fait bien plus fréquemment par le biais de la clause compromissoire étant donné

¹¹²⁷ V. D. COHEN, « Arbitrage et société », préf. B. OPPETIT, LGDJ, 1993 ; B. Le BARS, « Arbitrer un litige de droit des sociétés en droit Ohada », Bull. Joly sociétés 2009, p. 267.

¹¹²⁸ C'est-à-dire que les associés s'engagent à recourir à l'arbitrage en cas de litige, c'est le principe de l'autonomie de la clause compromissoire.

qu'il est beaucoup plus compliqué de s'accorder sur le mode de résolution du différend une fois le litige né que lorsqu'il n'y a pas de litige.

358- La clause compromissoire dérobe ainsi cette fraction de contentieux aux juridictions étatiques pour la déléguer aux soins d'un arbitre, ou d'un tribunal arbitral, chargés de rendre une sentence. L'article 13 de l'AUA interdit même aux juridictions nationales d'avoir à connaître des différends soumis à l'arbitrage par la grâce d'une convention d'arbitrage. La Cour commune de justice et d'arbitrage (« CCJA »)¹¹²⁹ n'a pas hésité à rappeler la nécessité du respect strict de ces règles, lorsque l'occasion s'est présentée¹¹³⁰. Dans l'espace Ohada, l'ordre public se manifeste comme la seule frontière au domaine tant du compromis que de la clause compromissoire¹¹³¹. Aux termes de l'article 2 de l'AUA : « *toute personne, qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale, peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition* »¹¹³². Autrement dit, toute mécontente peut être soumise à l'arbitrage à la seule hypothèse qu'elle ne porte pas sur des droits qui exigent l'intervention d'une autorité externe pour être appliqués ou approuvés. La caractérisation de ces prérogatives relève de la loi nationale applicable et des circonstances. Etant donné qu'il s'agit d'une faculté basée sur la libre disposition des droits, elle est par conséquent plus vaste que la capacité de l'Acte uniforme sur le droit commercial général. Ainsi les majeurs incapables et les mineurs qui y sont incorporés ont la capacité de recourir à l'arbitrage par le biais de leur représentant légal¹¹³³.

¹¹²⁹ La CCJA a instauré un système d'arbitrage institutionnel qui fonctionne dans le cadre d'un Centre permanent d'arbitrage, il est à noter que cet arbitrage n'est pas régi par l'AUA et se fonde sur une convention internationale à savoir le traité Ohada. Pour une présentation critique du régime d'arbitrage de l'Ohada, voir P. MEYER, « Le droit de l'arbitrage dans l'espace Ohada dix ans après l'Acte Uniforme », Rev. Arb. 2010, n° 3, p. 467.

¹¹³⁰ V. en ce sens, arrêt n° 028/2007, 19 juil. 2007, société Sahel Nestlé c/ société commerciale d'importation Azarer Salamé dite SCIMAS ; Arrêt n° 010/2003, 19 juin 2003, Monsieur D. G. et Madame D. J. c/ société SOTACS ; Arrêt 044/2008, 17 juil. 2008, société africaine de relations commerciales et industrielles dite SARCI sarl c/ Atlantique Telecom SA et Telecel SA, in « Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'Ohada », Dir. P.-G. POUGOUE, L'Harmattan, 2010, obs. D. R. FOGNO, p. 315 et s.

¹¹³¹ E. A. ASSI, « L'ordre public international dans l'Acte uniforme de l'Ohada relatif à l'arbitrage », Revue de l'arbitrage 2007, n°4, p. 753.

¹¹³² Le directeur général d'une société anonyme, même non muni d'un mandat spécial, peut valablement compromettre, à partir du moment où le contrat signé n'a pas été dénoncé pour représentation irrégulière, Cour suprême de Côte d'Ivoire, Chambre Judiciaire, arrêt n°228/02 du 14 mars 2002, Aff. Société des conserves de Côte d'Ivoire c/ SOGEF.

¹¹³³ Il est vrai que la participation de mineurs à une procédure d'arbitrage est peu ordinaire. Ils ne pourront, sauf s'ils sont émancipés, participer à l'arbitrage commercial. Il convient toutefois de réserver le cas où ils sont associés d'une société commerciale et qu'ils sont en litige avec la société, ce litige « peut être soumis à l'arbitrage » et le tribunal arbitral « peut statuer en amiable compositeur et en dernier ressort » cf. art. 148 de l'AUSCGIE. Lorsque l'incapable est étranger, sa capacité de comprendre doit être jugée au regard de la loi qui régit son statut personnel.

359- Par ailleurs, dès lors que la convention d'arbitrage ne peut être réputée comme un simple acte d'administration, l'administrateur légal devra alors avoir l'autorisation soit du juge des tutelles, soit de la personne concernée. Les personnes morales de droit privé¹¹³⁴ peuvent assurément recourir à l'arbitrage par l'intermédiaire de l'organe qui a le pouvoir d'engager la personne morale dans la convention¹¹³⁵. Quant aux personnes morales de droit public, elles peuvent bien sûr recourir à ce type de convention sans toutefois pouvoir invoquer leur propre droit pour s'y dérober¹¹³⁶. Par ailleurs, ne pourront être arbitrables les différends qui font l'objet d'une fonction impérative d'aptitude au profit d'une autre juridiction. Autrement dit, les litiges portant sur le droit pénal, l'ouverture des procédures ou encore la validité des brevets sont non arbitrables d'où il convient d'écarter ici les litiges relatifs aux abus de biens sociaux. Tout arbitrage dont le siège se trouve dans l'un des Etats membres est régi par l'AUA¹¹³⁷. Aucune différence n'est faite entre l'arbitrage interne¹¹³⁸ et l'arbitrage international¹¹³⁹, qui sont tous deux régis par les mêmes dispositions.

Il apparaît toutefois, qu'il est important pour l'appréciation de l'arbitrabilité qu'on tienne compte de la législation de chaque pays, or le constat s'impose sur la variabilité des droits disponibles d'un système juridique à un autre. Il en résulte le fait qu'on peut assister à une divergence dans l'appréciation du concept d'arbitrabilité même au sein du système dit unifié de l'Ohada, qui en réalité n'en est pas un.

2. L'application du caractère d'arbitrabilité aux abus sociétaires

360- L'organisation d'une société n'est pas laissée à la libre disposition des associés. Le recours à l'arbitrage dans les conflits entre associés pose la délicate question des conditions et limites de l'intervention de l'arbitre dans la gestion de la société. Les litiges relatifs à la bonne

¹¹³⁴ Par ailleurs, en ce qui concerne les sociétés et groupements qui ne seraient pas visés, les dispositions de l'article 2 de l'AUA ouvrent un champ de compétence très large aux arbitres.

¹¹³⁵ Art. 121 et 122 de l'AUSCGIE.

¹¹³⁶ Art. 2 al. 2 AUA.

¹¹³⁷ Art. 1 de l'AUA.

¹¹³⁸ L'arbitrage interne peut être défini comme étant celui qui ne présente aucun élément d'extranéité, tant en ce qui concerne les parties en présence que le contrat principal objet du litige.

¹¹³⁹ L'arbitrage international « désigne celui qui met en présence des sujets de droit international. Il s'agit donc de l'arbitrage de droit international public ; il s'agit aussi de l'arbitrage régi par une convention internationale ou un Règlement d'une institution internationale par exemple : arbitrage OHADA ; arbitrage mis en place par la Convention de Washington du 18 mars 1965.

marche de la société¹¹⁴⁰ sont en principe arbitrables¹¹⁴¹. En effet, lorsque l'arbitre est appelé à intervenir, il ne peut pas, plus que le juge étatique, être revêtu de pouvoirs de gestion, car ne rentrant pas dans sa mission juridictionnelle. Le point de départ du raisonnement demeure dans l'autonomie institutionnelle de la société, fondement cardinal de la solution des conflits dans les sociétés¹¹⁴². L'intervention du juge doit donc se baser sur un litige juridique, autrement dit, il n'y aura aucune difficulté de la part de l'arbitre dans la résolution d'un contentieux né de problèmes techniques dans la gestion de la société. Est donc arbitrable un différend qui porte sur une difficulté d'exécution prise par l'organe social compétent¹¹⁴³.

361- La société est objet du litige arbitré lorsque le contentieux visé, touche aux droits fondamentaux des associés, au fonctionnement sociétaire ou à l'application des statuts comme aux organes sociaux¹¹⁴⁴. Monsieur le Professeur Yves REINHARD cite, sans souci d'exhaustivité, la question de la responsabilité des dirigeants, de la question de la distribution des dividendes, de la libération des apports, des pactes d'actionnaires, des fusions et transformations de sociétés¹¹⁴⁵.

En conséquence, le litige portant sur un abus de majorité¹¹⁴⁶ est arbitral, de même qu'il s'étend aussi normalement aux abus de minorité¹¹⁴⁷. Ces protections mise en place, les arbitres peuvent donc statuer sur les litiges relevant des droits fondamentaux de l'associé, autrement dit, la compétence leur est octroyée sur le droit de rester associé, de leur participation aux délibérations, mais également de l'égalité entre associés¹¹⁴⁸. Ce n'est pas

¹¹⁴⁰ Il peut s'agir de conflits dans l'accomplissement de tâches ou de formalités imposées par la loi ou les statuts, de litiges concernant une augmentation de capital ou une distribution de bénéfices, la mise à disposition d'un administrateur de documents sociaux et comptables ou la désignation d'un administrateur provisoire.

¹¹⁴¹ L'arbitre n'a bien entendu pas pour fonction de remplacer les organes sociaux. En effet, son rôle n'est pas de faire des choix d'opportunité, mais de trancher des litiges. L'arbitre est un juge et non un gestionnaire. V. en ce sens, O. CAPRASSE, R. AYDOGDU, « Les conflits entre actionnaires, prévention et résolution », *Larcier*, 2010, n° 776, p. 393.

¹¹⁴² E. SCHOLASTIQUE, « A propos de la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, loi NRE, Arbitrage et droit des sociétés », *Droit et patrimoine* 2002, n° 105, p. 52 ; B. HANOTIAU, « L'arbitrabilité des litiges en matière de droit des sociétés », *Etudes offertes à C. RAYMOND, Mélanges Litec* 2004, p. 97.

¹¹⁴³ D. COHEN, « Arbitrage et société », préf. B. OPPETIT, LGDJ, 1993, *Bibl. de droit privé*, n° 272, p. 128.

¹¹⁴⁴ B. LE BARS, « Droit des sociétés et de l'arbitrage international, Pratique en droit de l'Ohada », *Joly*, 2011, n° 318, p. 143.

¹¹⁴⁵ Y. REINHARD, « Arbitrage et sociétés », *LPA*, 15 mai 1996, n° 59, p. 10.

¹¹⁴⁶ Cass. 1^{ère} civ., 14 nov. 2007, n° 06-21.629 ; T. com. Paris, 1^{er} août 1974, *Rev. Sociétés* 1974, p. 685, note B. OPPETIT, *RJ com.* 1975, p. 80, note CHARTIER.

¹¹⁴⁷ CA Lyon, 3^e civ., 17 sept. 2009, n° 08/03948 ; Versailles, 12^e chr., 30 avr. 2009, n° 07/07092.

¹¹⁴⁸ B. Le BARS, « Droit des sociétés et de l'arbitrage international, Pratique en droit de l'Ohada », *Joly*, 2011, n° 320, p. 145.

parce qu'un sujet peut relever de l'ordre public sociétaire en référence au statut de l'associé, que les arbitres ne pourront pas intervenir. En effet, s'il y a recours à eux, ils ne pourront arbitrer autrement qu'en respectant les principes d'ordre public qui régissent la matière arbitrée¹¹⁴⁹.

Toutefois, il est à souligner la possibilité de voir dans ce contentieux des litiges, l'intervention du juge étatique ou privé. En effet, ce dernier peut intervenir « *juridictionnellement* » pour ordonner la mise à disposition d'un associé des documents sociaux et comptables afin que ce dernier puisse correctement exercer son droit individuel d'investigation ou par exemple, faire interdiction à l'assemblée générale de délibérer sur certains points à l'ordre du jour lorsque la propriété des titres est litigieuse¹¹⁵⁰. Il convient donc d'exposer les différentes étapes de la procédure d'arbitrage dont le point focal est certainement la convention d'arbitrage puis le déroulé arbitrale.

B. De la constatation d'abus au litige sociétaire arbitral

362- L'arbitrage présume donc la rédaction d'une convention d'arbitrage (1) dont l'élaboration est à l'origine de la procédure arbitrale laquelle se termine par le prononcé de la sentence arbitrale qui est à même de faire l'objet de recours¹¹⁵¹. Mais l'élaboration de cette convention peut révéler un formalisme parfois absurde(2).

1. La validité de la convention, du formalisme légal de l'arbitrage en droit Ohada

363- En matière d'arbitrage c'est le fondement du formalisme qui dirige la convention d'arbitrage, il se manifeste par l'affirmation de la volonté des parties à la convention, tel que la loi l'impose afin d'assurer à l'acte toute son efficacité (entendu ici comme validité formelle). Celle-ci se situe au plan du fond c'est-à-dire de la validité de la convention. Il résulte de l'article 147 de l'AUSCGIE que « *tout litige entre associés ou entre un ou plusieurs associés et la société relève de la juridiction compétente* », ce qui laisse supposer que le juge de droit

¹¹⁴⁹ M. De BOISSESSON, P. DUPREY, « L'arbitrabilité subjective en matière de droit des sociétés », Gaz. Pal. 2002, n° 352, p. 18.

¹¹⁵⁰ O. CAPRASSE, R. AYDOGDU, « Les conflits entre actionnaires, prévention et résolution », Larcier, 2010, n° 776, p. 393.

¹¹⁵¹ Pour une vision plus poussée de la procédure arbitrale, se référer aux chapitres 3, 4 et 5 de l'AUA.

commun constitue ainsi le magistrat naturel des litiges sociétaires. Par ailleurs, ces dispositions sont étendues par un autre texte qui prévoit que : « *le litige peut être soumis à l'arbitrage, soit par une clause compromissoire, statutaire ou non, soit par compromis* »¹¹⁵². En recourant à la législation française en la matière, Le nouveau texte unifie les régimes du compromis et de la clause compromissoire qu'il réunit sous l'appellation de convention d'arbitrage¹¹⁵³ et précise que la convention d'arbitrage doit être écrite mais peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale¹¹⁵⁴.

364- Cette précision pour souligner que le droit Ohada de l'arbitrage ne pose aucune exigence de forme quant à la validité de la convention d'arbitrage (formalisme de validité). L'art. 3 de l'AUA dispose à ce sujet que « *la convention d'arbitrage doit être faite par écrit, ou par tout autre moyen permettant d'en administrer la preuve, notamment par la référence faite à un document la stipulant* ». Il s'en déduit que, l'AUA ne porte que sur le formalisme probatoire. Comment dans l'hypothèse d'une convention non écrite peut-on exiger la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale rendue sur la base d'une convention arbitrale orale ? D'où l'absurdité de l'acceptation de la validité formelle d'une convention arbitrale non écrite. En résumé, on peut comme le confirme cet auteur, le constat selon lequel « *le caractère non exclusif de l'écrit au plan de la preuve de la convention, permet de dire que le droit uniforme africain ne pose en général aucune exigence de forme pas même au niveau probatoire* »¹¹⁵⁵.

Toutefois, conformément à l'article 1134 du Code civil applicable dans la majeure partie des pays membres, « *les conventions d'arbitrage tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* »¹¹⁵⁶, Ainsi toute violation des conditions de validité des conventions de quelque ordre que ce soit, entraîne normalement leur nullité. La convention d'arbitrage, à partir du moment où elle est valable, est assujettie aux associés qui l'ont signée. Autrement dit, dès lors qu'il existe une

¹¹⁵² Art. 148 al. 1 de l'AUSCGIE ; En fait, le recours à l'arbitrage n'est possible que si les parties en conviennent, soit par une clause compromissoire (conclue avant même la naissance d'un litige) soit par un compromis d'arbitrage (conclu après la naissance du différend).

¹¹⁵³ La clause compromissoire est désormais définie comme « la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou ces contrats ». Ce qui souligne l'efficacité de cette clause dans les groupes de contrats. Quant au compromis, il est défini comme « la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage », CPC, art. 1442, modifié par D. n 2011-48, 13 janv. 2011, art. 2.

¹¹⁵⁴ CPC, art. 1443, modifié par D. n 2011-48, 13 janv. 2011, art. 2.

¹¹⁵⁵ P. MEYER, « Ohada, Droit de l'arbitrage », Bruylant 2002, p. 107

¹¹⁵⁶ Il s'agit du principe sacro-saint de la force obligatoire du contrat.

convention d'arbitrage, les juridictions étatiques peuvent signifier leur incompétence si elles sont interpellées¹¹⁵⁷. Cependant ces dernières recouvrent leur capacité en cas de nullité de la convention.

2. L'étendue de la convention d'arbitrage, volonté d'un règlement à l'amiable

365- Les stipulations de l'article 148 de l'AUSCGIE visant des litiges à naître, dénommée clause compromissoire, est valable à condition d'être adoptée par des cocontractants ayant le pouvoir de compromettre et de ne pas porter sur des matières relevant de l'ordre public¹¹⁵⁸. Dans l'activité sociétaire, le recours à la clause compromissoire peut apparaître logique. En effet, le concours d'intérêts qu'ils soient divergents ou convergents, conduit instinctivement les parties à un litige rattaché à l'activité sociétaire, d'avoir recours à l'arbitrage¹¹⁵⁹. La société est le premier acteur susceptible d'être rattaché à une clause compromissoire. Il est évident que les litiges en responsabilité qui opposent la société à ses gérants ou administrateurs relèveront de l'arbitrage lorsque la clause dispose que : « *les litiges entre la société et ses administrateurs sont soumis à l'arbitrage* »¹¹⁶⁰. La clause arbitrale est beaucoup plus qu'un procédé de règlement des litiges par l'appel à un tiers ou des tiers neutres, il s'agit d'une clause qui possède une véritable vertu préventive considérable car jouant à la fois le rôle de soupape de sûreté, de signal d'alarme ou de mesure dissuasive¹¹⁶¹

366- Il n'a jamais fait aucun doute qu'une convention d'arbitrage peut être insérée dans les statuts d'une société¹¹⁶². En effet, les statuts d'une société commerciale peuvent valablement prévoir que les litiges survenant entre la société et l'un de ses associés ou entre des associés,

¹¹⁵⁷ Abidjan, arrêt n°1032 du 30 juillet 2002, Aff. SCI Les tisserins contre Dame COSTE, Ohadata J-03-28 ; C. Sup., Ch. Jud., Côte d'Ivoire, arrêt n° 230 du 12 avril 2001, Aff. MACACI c/ May J.-P., Ecodroit n°12, juin 2002, p. 58.

¹¹⁵⁸ J. MESTRE, D. VELARDOCCHIO, « Possibilité concurrente d'une convention d'arbitrage », Lamy sociétés commerciales 2012, n° 595.

¹¹⁵⁹ M. BANDRAC, J.-P. DOM, B. Le BARS, « Arbitrage et société », Actes pratiques et ingénierie sociétaire 2006, n° 90, p. 3 ; B. DONDERO, « La société, un terrain propice aux MARC ? », Petites affiches 2009, n° 241, p. 23.

¹¹⁶⁰ O. CAPRASSE, R. AYDOGDU, « Les conflits entre actionnaires, prévention et résolution », Larcier, 2010, n° 786, p. 398.

¹¹⁶¹ J.-F. LALIVE, « Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées : développements récents », RCADI, La Haye, Tome 181, 1983, p. 9.

¹¹⁶² T. CLAY, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges : panorama 2005, arbitrage, convention d'arbitrage », D. 2005, n° 44, p. 3050.

relativement aux affaires sociales, seront portés devant des arbitres¹¹⁶³. C'est d'ailleurs le procédé le plus efficace d'identifier le contentieux relatif au droit des sociétés que l'on voudrait soumettre à l'arbitrage. Toutefois, il convient d'aller plus en profondeur dans le contenu de la clause afin de percevoir les individus qui peuvent être susceptibles d'être rattachés par l'insertion d'une telle clause dans les statuts¹¹⁶⁴.

En effet, si les statuts disposent d'une convention d'arbitrage depuis la création de la société, il n'y a aucun mal pour accréditer que les associés qui ont créés la société, sont rattachés à cette clause relatif bien entendu aux litiges qui les concernent et que prévoit ladite clause. La question se pose de savoir si de nouveaux associés peuvent être liés à cette clause ? La société naît au jour de la signature du pacte social, dès lors, à partir de leurs signatures, les statuts représentent les principes juridiques fondamentaux¹¹⁶⁵. La qualité d'associé n'est acquise que lorsque le candidat a, en principe, librement consenti à adhérer au pacte social¹¹⁶⁶, ce qui veut dire qu'il doit se conférer à tous les engagements qu'il est tenu envers la société en vertu du pacte social. Par ailleurs, une clause compromissoire peut être valablement introduite dans les statuts et lier tous les associés moyennant le simple respect des critères requis pour la modification des statuts. En effet, l'article 228 al. 2 de l'AUSCGIE précise que : *« l'assemblée statue dans les conditions de quorum et de majorité prévues par le présent Acte uniforme, pour chaque forme de société en matière de modification des statuts »*.

367- En dehors des statuts, rien n'interdit en principe à quelques-uns des associés de conclure entre eux des conventions en rapport avec l'activité ou le fonctionnement de la société¹¹⁶⁷. La société, ses associés, ses organes de gestion peuvent établir des conventions singulières les uns avec les autres au sujet de la vie de la société. Ces accords permettent comme nous l'avons vu plus haut, tantôt de renforcer, avec une plus grande liberté que les statuts ne le permettraient, la protection des intérêts convergents de certains actionnaires, tantôt de réaliser

¹¹⁶³ CA Douai, 1^{re} ch., 24 avr. 2010, Dubly c/SCA Valma, BRDA 2011, n° 3, inf. 6, Dr. sociétés 2011, comm. 10, obs. M. ROUSSILLE, relatif à une clause compromissoire insérée dans les statuts, en cours de vie sociale, précisant que cette clause s'impose à tous les associés qu'ils aient ou non pris part au vote.

¹¹⁶⁴ Pour ne pas trop s'éparpiller, il convient de souligner que l'analyse portera sur la société elle-même et les associés.

¹¹⁶⁵ P.-G. POUGOUE, F. ANOUKAHA, J. NGUEBOU, « Le droit des sociétés commerciales et du G.I.E OHADA », PUA, 2002, n° 168, p. 73.

¹¹⁶⁶ Encyclopédie de droit Ohada, 2011, Dir. P.-G. POUGOUE, n° 6, p. 355.

¹¹⁶⁷ J. MESTRE, D. VELARDOCCIO, « Conventions entre associés-Pacte adjoint-Règlement intérieur », Lamy sociétés commerciales 2012, n° 377 ; Pour une compréhension plus complète, V. D. VELARDOCCIO, « Les accords extrastatutaires entre associés », Th. dactyl. Aix, 1991.

un certain équilibre entre les intérêts cette fois divergents d'actionnaires ou d'associés aux situations très différentes. Ces accords peuvent par ailleurs, disposer de conventions d'arbitrage. Ces conventions sont en principe valables imposant le respect d'un protocole d'accord conclu entre associés mais doit respecter les règles impératives du droit des sociétés et surtout respecter la primauté statutaire, qui se caractérise, par l'existence d'un domaine réservé aux statuts, en ce sens que certaines dispositions ne peuvent valablement être stipulées en dehors des statuts¹¹⁶⁸.

368- En matière de groupe de sociétés, la clause compromissoire signée par la société mère lie-t-elle la filiale ? Du fait de l'autonomie juridique des sociétés, ce lien ne peut en principe exister. Mais en se basant sur l'unité économique constituée par les sociétés du groupe, le législateur africain peut faire prévaloir la solution contraire. En effet, si l'article 148 de l'AUSCGIE n'impose pas que la clause statutaire soit intégrée dans les statuts de la société dont tout individu est associé ou actionnaire, l'article 147 de l'AUSCGIE retient une notion basée sur la relation entre la société et l'associé dont il détient les titres. Il conviendra de suivre l'évolution jurisprudentielle sur ce point.

En résumé, en matière arbitrale, le caractère conventionnel est si fondamental que l'arbitre tire toute sa légitimité de la volonté des parties. Il s'ensuit qu'étant un contrat, la convention d'arbitrage n'a d'effets qu'entre les seules parties contractantes. En effet, c'est l'autonomie des parties qui constitue la seule base du processus d'arbitrage et le pouvoir d'un tribunal arbitral doit venir d'une référence consensuelle.

¹¹⁶⁸ C. GINESTET, « Pacte de préférence, liberté ou contrainte ? », Droit et patrimoine 2006, n° 144, p. 62.

Conclusion chapitre II

369- Ainsi, la sécurité des associés dans les relations avec la société est assurée grâce à la possibilité que leur donne désormais l'Acte uniforme de déclencher l'alerte et de demander en justice la désignation d'un expert de gestion. A l'opposé du droit français où elle ne peut être demandée que dans les sociétés anonymes et à responsabilité limitée, l'expertise de gestion est une mesure prévue dans le titre de l'Acte uniforme consacré aux dispositions communes à toutes les sociétés commerciales. De même, outre les commissaires aux comptes, dans le système, l'alerte peut être déclenchée par tout associé non gérant ou tout actionnaire, quelle que soit la fraction du capital qu'il détient. Néanmoins, chaque associé ne peut donner l'alerte que deux fois au cours du même exercice en posant des questions écrites, au gérant ou au président du conseil d'administration au président directeur général ou administrateur général selon le cas, sur « *tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation* ».

370- L'obligation de désigner des commissaires aux comptes dans les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée, ainsi que la procédure de validation des conventions dites réglementées, constitue une présomption de régularité de la gestion et d'absence d'abus des biens sociaux. On peut trouver également un élément de sécurité juridique dans les dispositions des articles 147 à 149 de l'Acte uniforme qui prévoient l'usage de l'arbitrage comme modes de règlement des litiges entre associés. Toutes ces mesures et bien d'autres encore, moins spécifiques, montrent que la protection des associés est une préoccupation constante dans l'AUSCGIE. L'évolution jurisprudentielle décrite dans les précédents développements permet une meilleure appréhension de l'« *abus* » dans sa fonction de lutte contre « *les abus sociétaires* ». Toutefois, l'abus de droit peut être utilisé paradoxalement comme un moyen de défense dans une procédure contentieuse.

Résumé Titre I

371- Les relations entre associés des sociétés commerciales sont basées sur le principe d'égalité qui constitue lui-même un gage de sécurité juridique, mais également la primauté de l'intérêt social dans les rapports entre associés. L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, dispose de nombreux textes permettant d'assurer la protection de l'associé et des associés, dont l'application pratique permet de prévenir les abus dans le bon fonctionnement de la société. Par nature, la société, créatrice de richesses, est parfois l'objet et le rendez-vous d'abus. Le souci majeur des fondateurs de la société est donc de créer et de gérer des moyens de résolution de circonstances difficiles avant qu'elles ne changent en abus, d'où la mise en place par l'AUSCGIE de moyens légaux de lutte préventive.

372- Les leçons tirées du droit français ont conduit à donner une autre lumière sur les perspectives de prévention des abus dans l'espace Ohana. L'approche de la notion d'abus dans l'Acte uniforme a permis de mettre l'accent sur l'accession de règles de type contractuel afin de pouvoir gérer cette dernière. Il paraît donc certain, que les associés seront vigilants, soit par voie de convention, soit par voie statutaire, de réduire tant que faire se peut la faculté d'émergence des abus de même que pour le cas où ils se produiraient, d'ébaucher les mécanismes de résolution de ces abus à l'intérieur de la société. Il s'est donc avéré indispensable de faire état d'une anticipation par l'élaboration de divers moyens au moment de la création de la société, ou encore au cours de son existence. Nous retiendrons dans cette analyse les rouages essentiels du fonctionnement de la société dans l'espace Ohana qui est dominé toujours par ce nécessaire devoir de loyauté afférent aux acteurs sociétaires.

Titre II

L'abus en droit des sociétés, un instrument de sanction dans l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique

373- Si les fondements même de tout système font de l'accès à la justice une clef de voûte de la démocratie, est réprimé en revanche ce que l'on désigne sous le vocable de l'« *abus de droit* ». Il faudra dans certaines circonstances faire preuve de mesure dans leur exercice, afin de ne pas créer un déséquilibre anormal. Les normes spéciales « *anti-abus* » ont un grand mérite. Elles donnent aux acteurs sociétaires des règles du jeu précises : ceux qui s'y soumettent sont assurés de n'être assujettis à aucune sanction, ceux qui s'en écartent, connaissent le risque qu'ils encourent¹¹⁶⁹. C'est la démarche casuistique que veut délivrer l'AUSCGIE ici. En effet, le rôle régulateur de la théorie de l'abus de droit dans l'AUSCGIE apparaît significatif. En effet, il précise la manière dont on doit exercer régulièrement un droit, mais permet également d'harmoniser la règle de droit avec les exigences qu'on connaît aux hypothèses d'abus mentionnés. L'abus de droit se doit de dissiper cette crainte si on l'estime comme un « *instrument majeur du contrôle de la conformité de l'exercice des droits à leur fonction* »¹¹⁷⁰.

374- L'abus en tant qu'instrument de sanction, permet ainsi de comprendre ce qui est correct lorsque l'on exerce une prérogative juridique dans l'intention de discerner son mauvais exercice de son usage légal¹¹⁷¹. C'est ce que révèle Monsieur le professeur SERIAUX lorsqu'il écrit que « *la théorie de l'abus de droit permet de construire une véritable déontologie de l'exercice d'un droit ou d'une liberté* »¹¹⁷². En effet, la déontologie

¹¹⁶⁹ D. GUTMANN, « L'abus de droit : perspective générale et encadrement procédural », *Droit et patrimoine* 2011, n° 205, p. 54.

¹¹⁷⁰ J.-L. BERGEL, « Théorie générale du droit », Dalloz, 5^e éd., 2012, n° 240, p. 252.

¹¹⁷¹ J. AMAR et S. SERROR, « L'abus de droit ou la sanction des mauvais élèves en droit des sociétés ? (Le cas des opérations d'apport-cession de titres) », *Les Petites Affiches*, 2009, p. 6.

¹¹⁷² A. SERIAUX, « Manuel de droit des obligations », PUF, 2006, n° 105, p. 371.

s'extériorise de façon traditionnelle comme l'un des « *modes de régulation du droit* »¹¹⁷³. Toutefois, l'abus tout en remplissant sa fonction d'instrument de sanction, exerce un rôle peut-être réservé, qui consiste à affirmer une harmonie, assurément passagère, entre une règle de droit et les changements qui la touchent. Autrement dit, cette attribution énergique de l'abus permet donc de prendre conscience des imperfections du droit Ohana dans cette discipline. L'abus de droit aiderait ainsi à exprimer les insuffisances en quelque sorte de l'AUSCGIE. En effet, l'existence d'un abus démontre habituellement une lacune dont il est profitable d'avoir une attention toute particulière. Par conséquent, nous déterminerons les sanctions relatives aux abus en droit des sociétés par l'intermédiaire des différents acteurs sociétaires directement impliqués (**Chapitre I**) et nous nous évertuerons à retracer les imperfections du droit Ohada en la matière et de trouver des solutions pour un meilleur fonctionnement de la société (**Chapitre II**).

¹¹⁷³ N. DECCOPMAN, « Droit et déontologie, contribution à l'étude des modes de régulations », in « Les usages sociaux du droit », PUF, 1989, p. 87.

Chapitre I

La responsabilité des acteurs sociétaires en matière d'abus dans l'acte uniforme

375- Quelles que soient les théories envisagées, l'abus est caractérisé lorsque l'acte contraire à l'intérêt social, apparaît profitable à son auteur. Servant des intentions coupables, des intérêts personnels et non l'intérêt de la société, l'acte abusif peut être alors contesté et puni. Il est de moins en moins débattu que celui qui dépasse les limites de son droit ou commet une faute dans l'exercice de celui-ci, notamment parce qu'il s'en sert pour nuire à autrui, engage sa responsabilité.

376- Comme l'a démontré le doyen RIPERT, « *il a toujours été admis par la doctrine et la jurisprudence que celui qui commet une faute en exerçant son droit engage sa responsabilité* »¹¹⁷⁴. Cette responsabilité peut être révélée sous deux aspects. Les hypothèses d'abus en droit des sociétés révélées dans la présente étude nous a permis de distinguer les différents protagonistes susceptibles d'être sanctionnés en cas de non-respect de l'intérêt social, il s'agit bien évidemment des associés d'une part, et des dirigeants d'autre part, auxquels on peut rajouter d'autres personnes qui interviennent dans le libellé de ces sanctions et qu'on démontrera tout au long de ce chapitre. En conséquence, la responsabilité de l'associé ne pourrait être mise en jeu à ce titre, que dans l'éventualité où toute atteinte au droit de vote peut avoir pour effet de bloquer la prise de décision c'est-à-dire la capacité de fonctionnement de l'organisation intéressée. On parle ici de responsabilité civile.

377- Sanctionné pénalement, l'abus ouvre aussi un droit à réparation dans une perspective civile. En raison de l'importance de ces abus, l'Acte uniforme organise un régime de responsabilité applicable à ses acteurs sociétaires. Ainsi, les dirigeants sociaux ont une obligation de loyauté aussi bien à l'égard des associés, qu'à l'égard de la société. Des

¹¹⁷⁴ G. RIPERT, « L a règle morale dans les obligations civiles », LGDJ 1998, n° 90, p. 159.

fondements interprétés par le Code civil et ledit Acte, il ressort que les dirigeants sociaux doivent répondre des manquements à ce devoir de loyauté. Le législateur Ohana organise donc les sanctions aux atteintes de l'intérêt social de la part des acteurs sociétaires. C'est ce que nous nous entendons relater en distinguant d'une part la responsabilité des dirigeants (**Section 2**) qui peut être civile ou pénale et celle des associés (**Section 1**) qui est civile ici dans le cadre de l'abus.

La responsabilité des associés pour abus dans l'exercice du droit de vote

378- L'interrogation est simple : une décision collective est-elle valable lorsqu'elle est prise pour satisfaire non pas l'intérêt des actionnaires, mais l'intérêt personnel d'un actionnaire au détriment de ses coassociés ? La société est un contrat de partage par lequel chacun doit s'opérer de manière à ce que chacun reçoive son compte. Si certains utilisent leurs droits et pouvoirs dans la société pour obtenir davantage que leur part légitime, ou pour obtenir un bénéfice aux dépens de la société, le contrat rattachant les membres n'est plus respecté. Le législateur Ohana a revisité les textes anachroniques comme nous avons pu le voir, pour bâtir un arsenal moderne afin de mieux organiser les relations entre associés¹¹⁷⁵, permettant ainsi au juge d'avoir une reconnaissance au cas par cas de l'existence d'un abus de droit de vote¹¹⁷⁶.

379- Tout associé victime d'un abus de droit de majorité (§ 1) ou de minorité (§ 1) est fondé à demander l'annulation de la décision qui lui porte gravement préjudice. Les juges africains en se référant à la jurisprudence française, ont pu résoudre la plupart du temps des conflits et adapter ces sanctions en les appliquant dans l'espace Ohada. Il convient donc de faire une analyse de la jurisprudence Ohana sans oublier de faire référence à son homologue français en la matière.

§ 1. LES SANCTIONS EN CAS D'ABUS DE MAJORITE

¹¹⁷⁵ F. ANOUKAHA, A. CISSE, N. DIOUF, J. NGUEBOU TOUKAM, P.-G. POUGOUE, M. SAMB, « Ohada, sociétés commerciales et GIE », Bruylant, 2002, n° 122 ; G. JANSON, « De la SARL en droit français et droit Ohada », in « Revue congolaise de droit et des affaires », l'Harmattan, 2012, n° 8, p. 22.

¹¹⁷⁶ G. KENGNE, « Le rôle du juge en matière d'abus de droit de vote », Petites affiches 2000, n° 116, p. 10 ; B. DONDERO, « Evolutions dans la théorie de l'abus de majorité », JCP E 2011, 1367 ; G. ROYER, « Caractérisation et sanction d'un abus d'égalité en droit des sociétés », JCP E 2009, 1844 ; D. TRICOT, « Abus de droit dans les sociétés, abus de majorité et abus de minorité », RTD com. 1994, p. 617 ; G. HERMANN, « La sanction de l'abus de droit après la réforme du droit des sociétés », Gaz. Pal. 1971, p. 76.

380- Une chose est de vérifier les conditions de la gestion sociale, une autre est de s'assurer du respect de l'égalité de traitement entre associés. L'abus de majorité s'analyse en un acte déloyal de la part d'un ou plusieurs associés majoritaires envers leurs coassociés et qui encourent des sanctions au titre de leur déloyauté¹¹⁷⁷. L'AUSCGIE précise que : « *les décisions collectives peuvent être annulées pour abus de majorité et engager la responsabilité des associés qui les ont votées à l'égard des associés minoritaires* »¹¹⁷⁸. L'AUSCGIE punit en conséquence, les comportements abusifs à l'encontre des associés minoritaires pour mieux les protéger. En effet, ces sanctions sont généralement indispensables car elles permettent de prévenir des fautes et abus contre ces derniers et découragent ainsi les majoritaires. Toutefois, les sanctions contre les abus de majorité sont aussi diverses qu'insatisfaisantes. Le juge défait, lorsque c'est encore possible, ce qui a pu nuire pour tenter de rétablir l'équilibre des associés et permettre que la société reprenne sa marche normale¹¹⁷⁹. Il demeure que l'établissement de l'abus de nature à vicier l'acte social relève de l'aléa¹¹⁸⁰. Le contentieux relatif à l'abus de majorité nous amène à considérer d'une part le caractère spécifique des sanctions (**A**) et d'autre part la nature exceptionnelle des sanctions (**B**).

A. Le caractère spécifique des sanctions d'abus de majorité

381- En matière d'abus de majorité, l'AUSCGIE révèle les sanctions généralement invoquées devant le juge. Si la latitude du juge pour déterminer l'intérêt social qui découle de l'absence de définition dans l'AUSCGIE, elle devrait lui permettre, d'apporter sa contribution aux sanctions dans un cadre précis qui aurait été fixé par le législateur Ohana¹¹⁸¹. Sont donc spécifiques de ce type d'abus, l'annulation de la délibération contestée et concomitamment, l'attribution de dommages et intérêts, voire la dissolution de la société.

1. L'annulation de la délibération votée

¹¹⁷⁷ T. FAVARIO, « L'abus de majorité », in « L'abus en droit des sociétés », Journal des Sociétés, avril 2011, n° 86, p. 25.

¹¹⁷⁸ Art. 130 al. 1 de l'AUSCGIE.

¹¹⁷⁹ B. Le BARS, « Droit des sociétés et de l'arbitrage international, Pratique en droit de l'Ohada », July 2011, n° 213, p. 99.

¹¹⁸⁰ L. MOSSER, « L'abus toléré : à la recherche d'une autorégulation », Gaz. Pal. 2009, n° 353, p. 13.

¹¹⁸¹ En effet, les jurisprudences des cours nationales des pays membres sont encore très rares, il en est de même de la CCJA. On est à cet égard obligés de toujours faire référence à la jurisprudence française pour mieux expliciter nos propos.

382- Comme le montre la Cour de cassation, « *l'abus commis dans l'exercice du droit de vote d'une assemblée générale affecte par lui-même la régularité des délibérations de cette assemblée* »¹¹⁸². L'annulation de la décision abusive est la sanction de base de l'abus de majorité. Dans le cas où l'abus de majorité est précisé, le juge prononce la nullité de la délibération saisie contrairement à l'intérêt de la société et dans le seul objectif de favoriser la majorité au détriment des associés minoritaires¹¹⁸³. Le plus souvent, lorsque le juge annule une délibération pour abus de majorité, la situation juridique en est ramenée au *statu quo ante*¹¹⁸⁴. Par conséquent, l'annulation de la délibération remettra les associés majoritaires coupables et les associés minoritaires victimes dans la situation antérieure à la délibération délictueuse, ce qui a pour effet de bloquer les agissements répréhensibles des majoritaires¹¹⁸⁵. L'égalité sera restaurée et le préjudice éprouvé par les minoritaires injustement privés d'un avantage, réparé¹¹⁸⁶. C'est pourquoi les pratiques rattachées à l'annulation de la délibération démontrent que les associés victimes d'un abus de majorité fusionnent leur action avec une demande en dommages et intérêts dirigée contre les associés condamnables. Par ailleurs le caractère naturel¹¹⁸⁷ de cette sanction permet d'atténuer l'immixtion du juge dans le fonctionnement de la société puisqu'il n'aura qu'à juste prononcer la nullité¹¹⁸⁸.

383- L'annulation des actes et délibérations abusives est donc subordonnée au pouvoir d'appréciation du juge qui sera libre ou pas d'exprimer la nullité, telle que préconisée par l'article 130 de l'AUSCGIE. De façon générale, l'abus de majorité correspond à des hypothèses où les majoritaires ont fait adopter une délibération contraire à l'intérêt social¹¹⁸⁹. Le contentieux de mise en réserves illustre toute la casuistique de l'établissement de l'abus de majorité¹¹⁹⁰. En effet, l'abus de majorité est constitué lorsque, durant plusieurs années, les bénéficiaires sont affectés systématiquement aux réserves, sans qu'aucune politique d'investissement s'ensuive, et que, par ailleurs, les majoritaires accordent au gérant de

¹¹⁸² Cass. com., 1^{er} juil. 2003, n° 99-19.328, Bull. Joly Sociétés 2003, p. 1137, note A. CONSTANTIN, Rev. sociétés 2004, p. 337, note B. LECOURT.

¹¹⁸³ A.-M. CARTRON, B. MARTOR, « L'associé minoritaire dans les sociétés régies par le droit Ohada », Cah. Droit de l'entreprise 2010, p. 29.

¹¹⁸⁴ J. MESTRE, D. VELLARDOCHIO, « Lamy sociétés commerciales », 2012, n° 2711.

¹¹⁸⁵ CA Paris, 14^e ch. A, 20 mars 2002, Camet c/Sté Marché Biron, RJDA 2002, n° 769.

¹¹⁸⁶ Cass. com. 7 déc. 2010, n° 09-17.351, Bull. 2010, IV, n° 194.

¹¹⁸⁷ L'abus de majorité consiste en un détournement de pouvoir par les membres de la majorité du but qui le légitime, lequel engendre principalement un problème de validité de l'acte.

¹¹⁸⁸ Cass. 1^{ère} civ., 25 janv. 2005, n° 01-10.395, Bull. civ. I, n° 49, D. 2005, p. 2955, obs. J.-C. HALLOUIN. et E. LAMAZEROLLES, Bull. Joly Sociétés 2005, p. 637, note J.-J. DAIGRE.

¹¹⁸⁹ Cass. com., 4 oct. 2011, n° 10-23.398, Bull. civ. IV, n° 150, D. 2011, p. 2470, Bull. Joly Sociétés 2011, p. 968, note B. DONDERO.

¹¹⁹⁰ Encyclopédie de droit Ohada, Dir. P.-G. POUGOUE, n° 13, p. 325.

substantielles primes et rémunérations¹¹⁹¹. Cela témoigne dans le même sens, d'une rupture manifeste d'égalité entre associés¹¹⁹². Toutefois, l'AUSCGIE demeure muet quant à l'action en annulation. Il ne s'agit pas à notre sens d'un oubli mais plutôt d'une dextérité. En effet, cette action doit pouvoir être intentée par tout intéressé victime de cet abus à partir le moment où il prouve un intérêt légitime à agir. En effet, le gérant a qualité pour agir devant les juridictions afin de faire constater l'abus de majorité, la qualité de « *minoritaire* » n'est pas une condition d'exercice de l'action¹¹⁹³. Par ailleurs, cette action est exercée contre la société, car c'est une décision de l'un de ses organes qui doit être remise en cause. Il est à noter aussi que cette nullité reste absolue, la prescription de l'action en nullité est de trois ans à compter de la date où l'action est encourue¹¹⁹⁴. Il convient de souligner en ce qui concerne la nullité, qu'elle est de l'ordre de la réparation en nature¹¹⁹⁵.

2. La condamnation à des dommages-intérêts

384- La responsabilité des associés majoritaires est matérialisée par l'article 1382 du Code civil, il s'agit donc d'une responsabilité civile délictuelle de droit commun stigmatisé par un abus du droit de vote de la majorité¹¹⁹⁶. L'allocation de dommages-intérêts se fait sur le fondement classique de l'appréciation du dommage par le juge en fonction des conséquences de l'abus à l'égard de ses victimes¹¹⁹⁷. L'associé minoritaire est seul bénéficiaire de l'allocation d'éventuels dommages et intérêts, pour cela, il doit démontrer la faute, l'exigence du préjudice et le lien de causalité entre les deux¹¹⁹⁸.

Convenable dans son fondement, cette sanction rencontre toutefois une difficulté qui n'a pas été explicitée dans l'AUSCGIE. En effet, il s'agit de l'identification desdits associés fautifs, et

¹¹⁹¹ Cass. com., 1^{er} juill. 2003, Rev. sociétés 2004, p. 337, note B. LECOURT, JCP E 2003, n° 1417, p. 1602, Bull. Joly Sociétés 2003, p. 1137, note A. CONSTANTIN ; CA Aix-en-Provence, 20 oct. 2011, n° 09/08665.

¹¹⁹² Cass. com., 17 juin 2008, n° 06-15.045, Bull. civ. IV, n° 125, JCP E 2008, II, n° 1980, Rev. sociétés 2008, p. 826, note J.-F. BARBIERI, JCP G 2008, n° 10169, note C. LEBEL.

¹¹⁹³ Cass. com., 21 janvier 1997, n° 94-18883, Bull. IV 1997, n° 26, p. 24.

¹¹⁹⁴ Art. 316 de l'AUSCGIE pour la SARL et 445 de l'AUSCGIE pour la SA.

¹¹⁹⁵ B. LE BARS, « Droit des sociétés et de l'arbitrage international, Pratique en droit de l'Ohada », Joly 2011, n° 213, p. 99.

¹¹⁹⁶ Cass. com., 4 oct. 2011, n° 10-23.398, Bull. civ. IV, n° 150, D. 2011, p. 2470, Bull. Joly Sociétés 2011, p. 968, note B. DONDERO ; Com., 8 févr. 2011, n° 10-11.788, D, Sté Atalian c/ Sté Matériel câble réalisation.

¹¹⁹⁷ B. LE BARS, « Droit des sociétés et de l'arbitrage international, Pratique en droit de l'Ohada », Joly 2011, n° 213, p. 99.

¹¹⁹⁸ L'art. 130 de l'AUSCGIE énonce clairement que la responsabilité est engagée à l'égard des associés minoritaires.

l'évaluation du préjudice subi par les associés. A notre connaissance, la jurisprudence française ne s'est jamais prononcée sur la question, néanmoins il semble plus opportun de poursuivre essentiellement les protagonistes de l'abus¹¹⁹⁹. Si l'identification du responsable est, en effet, plus facile à révéler s'il s'agit du seul majoritaire, plus difficile est la situation où il existe une multitude d'associés majoritaires dont les votes convergent à un moment donné pour l'adoption d'une résolution¹²⁰⁰. Les règles probatoires obligent donc à la victime de quantifier son préjudice¹²⁰¹.

3. La dissolution de la société pour juste motif

385- Pour Monsieur le professeur Dominique SCHMIDT, « *un abus de majorité constitue assurément une inexécution des obligations résultant du pacte social* »¹²⁰². Il considère ainsi plus efficace le juste motif résultant de l'inexécution de ses obligations par un associé. Cette affirmation paraît excessive. S'il est vrai que l'abus de majorité contribue sans doute de la manifestation d'une mésentente entre associés, ce même abus provoque rarement *per se* la paralysie de la société¹²⁰³. Mais cette approche concorde avec le texte de l'article 200 de l'AUSCGIE en son alinéa 5 qui dispose que : « *la société prend fin... par la dissolution anticipée prononcée par la juridiction compétente, à la demande d'un associé pour justes motifs*¹²⁰⁴, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé ou de mésentente entre associés empêchant le fonctionnement normal de la société ». Par contre il est nécessaire que le conflit aigu bloque le fonctionnement de la société et aussi que le

¹¹⁹⁹ En faveur de cette solution, on pourrait invoquer l'arrêt du 6 juin 1990. La Chambre commerciale entend sanctionner les majoritaires « qui avaient commis l'abus ». Par conséquent, elle laisse entendre que les autres majoritaires n'encourent aucune sanction.

¹²⁰⁰ D. NZOUABETH, « Les litiges entre associés », Thèse d'Etat, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 2005, p. 36.

¹²⁰¹ Montpellier, 22 mai 2007, n° 06/03771 - Dans cet arrêt, une société ne rapportait pas la preuve d'un préjudice autre que celui qui résulte de sa propre carence dans la préservation de ses droits de copropriétaire ; qu'elle a été en conséquence déboutée de sa demande en paiement de dommages-intérêts pour abus de majorité.

¹²⁰² D. SCHMIDT, « Les conflits d'intérêts dans la société anonyme », éd. Joly, 2004, n° 246, p. 232.

¹²⁰³ T. FAVARIO, « L'abus de majorité », in « L'abus en droit des sociétés », Journal des Sociétés, avril 2011, n° 86, p. 26.

¹²⁰⁴ Le juste motif par excellence est la mésentente persistante et grave entre associés, qui n'est pas nécessairement une faute ou un manquement contractuel. Cette notion de mésentente est rattachée au comportement des associés plutôt qu'à l'exécution par eux de leurs devoirs sociétaires. Les problèmes de fonctionnement de la société peuvent présumer ce désaccord grave et persistant entre associés. Il doit généralement être démontré une rupture de confiance entre les associés. Lire sur ce thème H. MATSOPOULOU, « La dissolution pour mésentente entre associés », R.S. 1998, n° 1, p. 21 et s. ; P. CANIN, « La mésentente entre associés, cause de dissolution judiciaire anticipée des sociétés », Dr. sociétés 1998, chr., p. 4.

demandeur en dissolution ne soit pas lui-même à l'origine du désaccord¹²⁰⁵. La dissolution de la société est une sanction qui domine par défaut, en l'absence de sanction adaptée à l'abus de majorité. Cette constatation requiert qu'on s'intéresse aux sanctions exceptionnelles de cet abus tourné plus vers la répression de l'associé certain de déloyauté.

B. La nature exceptionnelle des sanctions d'abus de majorité

386- La spécification d'un abus de majorité entraîne une envergure selon la sanction fixée. Elle confirmerait l'exclusion de l'associé fautif et le retrait de l'associé victime. Inhabituellement mises en application en droit français et surtout dans le droit Ohada qui n'en fait pas état, à l'exception de certaines dispositions qui en font une allusion brève, ces sanctions restent pour nous exceptionnelles.

1. L'exclusion du majoritaire fautif¹²⁰⁶

387- La difficulté de l'exclusion de l'associé peut s'apprécier en ces termes : un associé peut-il être écarté sans son consentement de la société et ainsi perdre la qualité d'associé ? L'article 249 alinéa 1 de l'AUSCGIE semble apporter une réponse en disposant que : « *la société ou un associé peut soumettre au tribunal saisi dans le délai prévu à l'article qui précède¹²⁰⁷ toute mesure susceptible de supprimer l'intérêt du demandeur, notamment par le rachat de ses droits sociaux* ». Cette exclusion légale relève d'après Monique MOUTHIEU, « *d'une manifestation de la prépondérance de l'intérêt de la société dont il faut préserver l'existence par rapport aux intérêts individuels des associés* »¹²⁰⁸. Cela nous ramène de facto à l'intérêt commun qui s'apparente ici à l'intérêt de l'entreprise. La définition de cet intérêt commun relève de l'assemblée générale des associés¹²⁰⁹. En conséquence, l'on est en droit d'imaginer de manière raisonnable que les associés peuvent introduire dans le contrat de société, toutes les dispositions qu'ils jugent primordiales à la protection de leur intérêt commun. Il en

¹²⁰⁵ Pour la Cour de cassation, les juges du fond apprécient de manière souveraine si la situation conflictuelle entre associés paralyse ou non le fonctionnement normal de la société, Civ.1^{re}, 18 mai 1994, n° 93-15.771, Bull. Joly Sociétés 1994, p. 841, note PRIETO.

¹²⁰⁶ V. p. 295 pour une autre explication de l'exclusion de l'associé.

¹²⁰⁷ Art. 248 de l'AUSCGIE.

¹²⁰⁸ A. M. MOUTHIEU, « La figure polyvalente du squeeze out : Réflexion à partir du droit applicable dans l'espace Ohada », Rev. Penant, n° 877, 2011, p. 22, Ohadata, D-12-80.

¹²⁰⁹ L'assemblée générale ordinaire est compétente pour statuer sur toutes les questions qui n'entraînent pas modification des statuts ; V. art 347 al. 1 de l'AUSCGIE pour la SARL et art. 546 de l'AUSCGIE.

découle que la personne morale a un intérêt qui transcende les intérêts individuels et catégoriels¹²¹⁰ qui est une affirmation dans les sociétés anonymes en ce sens où l'intérêt de la société commande parfois que les distributions de dividendes soient restreintes au bénéfice de la constitution de réserves, alors que l'intérêt immédiat des actionnaires est de partager la plus grande partie des profits. Dès lors l'exclusion apparaît comme : « *le moyen le plus simple et le plus efficace de mettre obstacle à une activité néfaste aux intérêts de l'institution, ou tout au moins, de réaliser l'élimination d'un élément dont la seule présence est capable de ruiner sa cohésion interne. Elle sera en outre, aux yeux du public, l'affirmation solennelle d'un blâme et de la volonté de répudier désormais toute solidarité morale avec un membre indigne* »¹²¹¹.

388- Contrairement au législateur français qui prévoit ce procédé d'exclusion dans les sociétés cotées¹²¹², dans les sociétés par actions simplifiées¹²¹³ et les sociétés à capital variable¹²¹⁴, le législateur africain en fait une référence voilée à l'article 249 alinéa 1 de l'AUSCGIE. Il s'agit d'une exception légale. En cas de contestation, la valeur des droits sociaux est fixée par un expert désigné par les parties, ou à défaut d'accord entre elles, par décision de la juridiction compétente statuant à bref délai¹²¹⁵. Cela correspondrait à une action préventive contre l'action en dissolution¹²¹⁶.

2. Le retrait de l'associé victime

389- Le constat judiciaire d'un abus de majorité pourrait enfin, et surtout justifier l'exercice par l'associé victime de son droit de retrait légal. Si l'exclusion de l'associé peut être formée par ceux qui entendent demeurer en société, la procédure de retrait est instruite par l'associé sortant. Cette possibilité de retrait permet comme le déclare Monsieur le Professeur Dominique SCHMIDT « *à un associé d'obtenir tantôt le remboursement par la société de la valeur de ses droits sociaux, tantôt l'achat par les majoritaires de ses actions, tantôt enfin la*

¹²¹⁰ J. PAILLUSSEAU, « L'efficacité des entreprises et la légitimité du pouvoir », Petites affiches 1996, n° 74, p. 157.

¹²¹¹ A. LEGAL, J. BRETHER, « Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées », 1938, p. 214 cité par B. CAILLAUD, « L'exclusion d'un associé dans les sociétés », Bibl. de droit commercial, T 14, 1966.

¹²¹² V. pour une meilleure explication Rapport annuel AMF 2003, p. 86 sur le retrait obligatoire en droit boursier.

¹²¹³ Art. L. 227-1 du Code de commerce.

¹²¹⁴ Art. L. 231-1 du Code de commerce.

¹²¹⁵ Art. 59 de l'AUSCGIE.

¹²¹⁶ J.-J. DAIGRE, « De l'exclusion d'un associé en réponse à une demande de dissolution », Bull. Joly 1996, p. 580.

cession ou le remboursement »¹²¹⁷. Le droit de retrait est méconnu du droit de sociétés commerciales de l'Ohada, ce qui n'est pas le cas en droit français¹²¹⁸. Ce droit de retrait constitue un compromis louable entre la protection de la société et celle des associés minoritaires. En effet, ce dernier voit dans ce droit de multiples intérêts dans un but préventif et répressif quand il démontre quant à la sanction : « *le droit de retrait est une mesure plus efficace que l'annulation de la délibération abusive, laquelle corrige le passé sans préparer le futur, ou que l'allocation de dommages et intérêts qui réparent mal le préjudice social. En outre, l'existence d'un droit de retrait ne pousse pas les minoritaires à requérir la dissolution de la société, autant de voies d'action dont la finalité réside souvent dans la seule volonté de sortir à juste prix. Enfin, la charge du retrait pèse sur les majoritaires en faute ; elle ne porte pas atteinte au patrimoine social* »¹²¹⁹.

En tout état de cause, le droit de retrait direct des associés n'est pas affirmé¹²²⁰. Sans préjudice des droits des tiers, un associé doit pouvoir s'écarter totalement ou partiellement de la société, dans les conditions prévues par les statuts ou, à défaut, après autorisation donnée par une décision unanime des autres associés. Ce retrait peut également être autorisé pour justes motifs par une décision de justice. L'associé qui se retire a plein droit au remboursement de la valeur de ses droits sociaux. Néanmoins, cette alternative devra être formellement encadrée par le législateur africain si l'on veut garder tout son intérêt. Il ne doit pas constituer et être assujetti de façon arbitraire aux majoritaires. De même en ce qui concerne la fixation du prix de rachat des titres qui peut être subordonnée d'abord à un commun accord entre les parties en présence car il est habituel « *que le souci de sortir qui anime le minoritaire corresponde à la volonté du majoritaire de l'exclure* »¹²²¹, ou à défaut le juge ordonnera la cession dans les conditions prévues par la loi. L'associé dont le rachat des droits est demandé ne prend pas part au vote¹²²².

¹²¹⁷ D. SCHMIDT, « Les conflits d'intérêts dans la société anonyme », Joly éd., 2004, n° 33.

¹²¹⁸ Art. L. 231-6 du Code de commerce.

¹²¹⁹ D. SCHMIDT, « Les conflits d'intérêts dans la société anonyme », Joly éd., 2004, n° 250, p. 235.

¹²²⁰ Encyclopédie de droit Ohada, Dir. P.-G. POUGOUE, Lamy 2011, n° 30, p. 362.

¹²²¹ M.-A. FRISON-ROCHE, « L'hypothèse d'un droit général de sortie des minoritaires », in « La finalité du pouvoir dans les sociétés cotées », Cahiers de l'entreprise 4/1996, p. 19 s.

¹²²² Art. 249 de l'AUSCGIE.

390- La recherche d'une sanction appropriée de l'abus de majorité invite à militer sa généralisation à l'ensemble des sociétés ce qui fut, du reste, évoqué¹²²³. Par ailleurs, l'esprit du retrait diverge totalement de celui qui dirige l'exclusion. En effet, en matière d'exclusion, il s'agit d'écarter un actionnaire dont le maintien de la présence peut paraître préjudiciable pour la continuité de l'entreprise, le demandeur du retrait entend, pour sa part, se désintéresser totalement et définitivement du sort de l'entreprise. Dans le premier cas, il s'agit 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.

L'abus de majorité laisse penser parfois à un moyen de régulation de la gestion sociale, mais l'analyse de la jurisprudence révèle assez qu'il s'inscrit, réellement, dans la perspective plus étriquée des relations entre associés. Quand l'abus est là, l'*affectio societatis* n'y est plus. En société, abuse qui peut, y compris les faibles et les égalitaires¹²²⁴, mais le fantôme de la sanction plane aussi en cas d'abus de minorité comme au-dessus de tous les mésusages du droit. En effet, la situation de minoritaire ne saurait conférer une systématique impunité. Si l'associé minoritaire empêche l'adoption d'une délibération qui serait conforme à l'intérêt de la société, il abuse de son droit de vote et s'expose à des sanctions¹²²⁵.

§ 2. LES SANCTIONS EN CAS D'ABUS DE MINORITE OU D'EGALITE

391- Le fondement de l'égalité entre associés signifie que les inégalités entre ceux-ci doivent être évitées ou sanctionnées si elles ne prennent pas directement leur source dans l'intérêt commun ou dans l'usage légitime du pouvoir résultant des parts détenues¹²²⁶. En se référant à l'article 131 al. 1 de l'Acte uniforme : « *les associés minoritaires peuvent engager leur responsabilité en cas d'abus de minorité* », il semble évident que la sanction qui en découle est la responsabilité puisque, par définition, il n'y a pas eu de décision, les associés minoritaires s'étant employés à l'empêcher¹²²⁷. L'une des originalités de l'abus de minorité

¹²²³ E. GEORGES, « Essai de généralisation d'un droit de retrait dans la société anonyme », préface de J.-J. DAIGRE, LGDJ, 2005, n° 554.

¹²²⁴ F. MAURY, « En société, abuse qui peut... même les faibles et les égalitaires (A propose de l'abus de minorité ou d'égalité en droit des sociétés », *Journal des sociétés*, avril 2011, n° 86, p. 28.

¹²²⁵ J. MESTRE, D. VELARDOCCIO, « Lamy sociétés commerciales », 2012, n° 845.

¹²²⁶ Encyclopédie du droit Ohada, Dir. P.-G. POUGOUE, Lamy, 2011, n° 49, p. 368.

¹²²⁷ B. Le BARS, « Droit des sociétés et de l'arbitrage international, Pratique en droit de l'Ohada », Joly, 2011, n° 217, p. 101.

tient au fait qu'encore plus que l'abus de majorité, il ne peut se satisfaire d'une sanction uniforme¹²²⁸.

392- A l'inverse, si l'on va au-delà de cette prévision et des incertitudes entourant le régime de la réparation qu'elle consacre, le point peut être débattu de savoir si le souci d'efficacité ne devrait pas inciter à envisager, en cas d'abus de minorité, que d'autres sanctions donnent à s'appliquer¹²²⁹. L'analyse relative à la sanction de l'abus de minorité ou d'égalité reste au cœur de tous les contentieux, certaines sanctions étant considérées comme de principe c'est-à-dire pour la plupart validées régulièrement (**A**), tandis que d'autres sont parfois d'exception voire abusives (**B**) différemment selon qu'il s'agit de décisions juridictionnelles. Ainsi on peut admettre un franchissement des limites alignées par l'article 131 de l'AUSCGIE. Lorsque les minoritaires ou les « égalitaires » bloquent par leur attitude égoïste la prise d'une décision essentielle à la société, l'abus de leur droit de vote est constitué. La jurisprudence exige donc, en principe, la démonstration à la fois du caractère essentiel pour la société de la décision qui n'a pu être votée, mais aussi la démonstration du fait que l'attitude du minoritaire ou de l'associé égalitaire est purement égoïste¹²³⁰.

A. Les sanctions de principe (ou habituellement validées dans l'AUSCGIE)

393- D'après les dispositions de l'article 131 alinéa 1 de l'AUSCGIE, la condamnation au paiement de dommages-intérêts est la sanction à laquelle on doit d'instinct envisager chaque fois que des associés minoritaires, en exerçant leur droit de vote ou en mettant en œuvre d'autres prérogatives que la loi leur reconnaît, se sont opposés à la prise d'une décision nécessitée par l'intérêt de la société alors de surcroît qu'ils ne peuvent justifier d'un intérêt légitime (**1**). Toutefois, il semble relativement compliqué pour le juge de faire que son jugement se substitue à une résolution d'assemblée¹²³¹, c'est pourquoi l'utilisation d'un mandataire *ad hoc* (**2**) désigné pour voter aux noms des minoritaires dans l'intérêt social

¹²²⁸ P. LE CANNU, « L'abus de minorité », Bull. Joly Sociétés 1986, p. 365.

¹²²⁹ S. S. KUATE TAMEGHE, « Interrogations sur l'abus de minorité dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », Rev. de la recherche juridique, 2009, n° 127, p. 982.

¹²³⁰ « Observations sur l'organisation de la société », Droit et patrimoine 2010, Chroniques, n° 191.

¹²³¹ Un tel acte est jugé d'immixtion pure et simple dans le fonctionnement des organes sociaux.

semble possible¹²³². Par ailleurs, après l'entrée en vigueur de l'AUSCGIE, des juridictions nationales ont rendu en la matière des décisions en dissolution de la société (3)¹²³³.

Cela rejoint les trois sanctions primordiales habituellement confirmées par la Cour de cassation. La première n'est pas assez efficace, la seconde ne fait que déguiser l'interdiction de la substitution du juge à l'administration des associés, et la troisième enfin conduit à la disparition de la société. Aucune de ses sanctions n'est donc *a priori* satisfaisante, même si elles sont juridiquement légitimes¹²³⁴.

1. La condamnation à des dommages-intérêts sur la base de l'action en responsabilité

394- Cette condamnation découle du droit commun de la responsabilité civile¹²³⁵. On peut reconnaître à cette sanction le mérite de déboucher sur une réparation complète du dommage subi par la société ou par les associés formant la majorité. En effet, il en a été ainsi dans une affaire où des actionnaires minoritaires ont obtenu la condamnation des administrateurs de la société à leur payer des dommages-intérêts pour leur avoir faussement présenter une opération de réduction de capital comme motivée par l'existence d'excédents de trésorerie alors que sa cause réelle était l'élimination des actionnaires minoritaires et que l'offre de rachat des titres qui leur était en fait réservée avait été effectuée pour une valeur inférieure à leur valeur réelle¹²³⁶. Pourront même, ici être réparés non seulement le préjudice matériel, mais également le préjudice moral que les demandeurs estiment avoir subi comme le démontre une vieille jurisprudence en la matière¹²³⁷.

¹²³² B. LE BARS, « Droit des sociétés et de l'arbitrage international, Pratique en droit de l'Ohada », Joly, 2011, n° 217, p. 101.

¹²³³ F. ANOUKAHA, « Les grandes décisions de la jurisprudence civile camerounaise », Bamenda, 2008, p. 222 et s.

¹²³⁴ F. MAURY, « En société, abuse qui peut...même les faibles et les égalitaires (A propos de l'abus de minorité ou d'égalité en droit des sociétés) », in « Dossier : L'abus en droit des sociétés », Journal des sociétés, n°86, avril 2011, p. 33.

¹²³⁵ E. LEPOUTRE, « Les sanctions d'abus de minorité et de majorité dans les sociétés commerciales », Droit et Patrimoine 1995, p. 68.

¹²³⁶ Cass. com., 8 nov. 2005, n° 03-19.679, Bull. Joly Sociétés 2006, p. 502, note J.-J. DAIGRE, JCP E 2006, I, 1497, note J.-L. NAVARRO, Dr. sociétés 2006, no 41, note H. HOVASSE.

¹²³⁷ Lyon, 20 déc., 1984, D. 1986, p. 506, note Y. REINHARD. Dans cette affaire, l'associé majoritaire évoquait un dommage résultant de la faillite de la société suite au refus des minoritaires de consentir à l'augmentation de son capital. Pour amener les juges à prendre cette décision, le demandeur mettait en avant l'argument selon lequel il était le père 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 ruinée.

395- Toutefois, cette sanction revêt une double signification. Tout d'abord, on peut lui reconnaître une efficacité de la condamnation qui doit être conséquente pour affaiblir l'obstination de l'associé abusivement opposant¹²³⁸. On l'a notamment vu, lorsque l'associé minoritaire détient une minorité de blocage qui empêche l'adoption d'une délibération essentielle pour la personne morale¹²³⁹. Secundo, une inquiétude mérite d'être soulevée. Quelle serait donc l'éventualité de la sanction dans le cas où l'abus aurait été commis par plusieurs associés ? La recherche de réponses dans l'acte uniforme ne permet pas d'affirmer avec aisance ce fait mais en se référant à des passages de certaines dispositions de l'AUSCGIE, on peut éclairer notre lanterne. En effet, l'article 165 alinéa 2 dispose que : « *chaque dirigeant est responsable individuellement envers la société des fautes qu'il commet....Si plusieurs dirigeants sociaux ont participé aux mêmes faits, le tribunal ... détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage...* ». De même que, l'article 161 alinéa 1 mentionne que : « *si plusieurs dirigeants sociaux ont participé aux mêmes faits, leur responsabilité est solidaire à l'égard des tiers. Toutefois, dans leurs rapports entre eux, le tribunal chargé des affaires commerciales détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage* ». Nous sommes donc en droit d'affirmer que la responsabilité de chacun peut être déterminée en fonction de leur part contributive.

396- Si la condamnation à des dommages-intérêts même élevés est une sanction la plus souvent adéquate¹²⁴⁰, la délibération indispensable à la continuité de la société n'est pas toujours votée suite à cette condamnation pour dommages-intérêts. Autrement dit, l'allocation de dommages-intérêts ne constitue pas véritablement la sanction la plus conforme, étant donné qu'elle ne résout pas la crise et n'enraye pas la situation de blocage. C'est pourquoi la chambre commerciale de la Cour de cassation française dans un arrêt « *Vitama* » a déclaré que : « *hormis l'allocation éventuelle de dommages-intérêts, il existe d'autres solutions*

¹²³⁸ CA Pau, 26 mai 2009, n° 07/04252. La Cour d'appel a retenu que la réparation de l'abus de minorité peut conformément au droit commun de la responsabilité civile consister en l'allocation de dommages – intérêts et qu'en l'espèce, il est manifeste que l'attitude de la société, guidée par son seul objectif de contrôler une autre société, va à l'encontre de l'intérêt de cette dernière, ce qui est contraire au pacte de société. De ce fait, la société doit donc réparation de ce préjudice qui s'aggrave depuis plus de deux années, et condamnée au paiement d'une somme à titre de dommages et intérêts.

¹²³⁹ CA Toulouse, 13 mars 1995, Bull. Joly Sociétés 1995, p. 401, note P. Le CANNU ; CA Paris, 25 mai 1993, Bull. Joly Sociétés 1993, p. 852, note P. Le CANNU, D. 1993, jur., p. 541, note A. COURET, RJDA 1993, n° 703, Dr. sociétés 1993, n° 165, obs. H. Le NABASQUE, JCP E 1993, n° 1007.

¹²⁴⁰ P. MERLE, « Droit commercial : Sociétés commerciales », Dalloz, 15^e éd., 2011, n° 578, p. 626.

permettant la prise en compte de l'intérêt social »¹²⁴¹. La Cour de cassation a opté pour un refus d'abord dans l'affaire « Six »¹²⁴², mais c'est dans le fameux arrêt « Flandin »¹²⁴³ qu'elle a campé sa position.

2. Le recours au mandataire *ad hoc*

397- Il peut arriver que le juge des référés, dans des circonstances particulièrement délicates où la mésentente entre les associés et l'existence de forts conflits d'intérêts font craindre que des décisions soient prises dans des conditions susceptibles de provoquer des contestations judiciaires, utilise la technique du mandataire *ad hoc* en se fondant sur les dispositions des Codes de procédures civile relatifs aux mesures d'urgence¹²⁴⁴. Il s'agit d'une technique d'anticipation du blocage. Rejetant une intervention directe du juge dans la résolution, la Cour de cassation a préféré un chemin médian entre l'interventionnisme judiciaire et l'interdiction de toute immixtion à travers l'arrêt Flandin ; Dans cette affaire, sur la sanction de l'abus, la Haute juridiction estime que le juge ne pouvait se substituer aux organes sociaux compétents pour prendre la décision. Ainsi selon cet arrêt, le juge ne peut remplacer les organes sociaux en prenant une décision procurant vote. Mais il peut nommer 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* »¹²⁴⁵. Fort de cette conviction, le juge Ohada parfois suggéré le recours à un mandataire *ad hoc* « *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* »¹²⁴⁶.

¹²⁴¹ Cass. com., 14 janvier 1992, n° 90-13.055, Bull. civ. IV, n° 19, Rev. sociétés 1992, p. 44, note P. MERLE, Bull. Joly 1992, p. 273, note P. Le CANNU, RTD com. 1992, p. 636, obs. Y. REINHARD.

¹²⁴² Cass. com., 15 juillet 1992, n° 90-17.216, Bull. civ. IV, n° 279, p. 194, JCP E 1992, II, n° 375, note Y. GUYON, Bull. Joly Sociétés 1992, p. 1083, note P. Le CANNU.

¹²⁴³ Cass. com., 9 mars 1993, n° 91-14.685, Bull. civ. IV, no 101, p. 69, Bull. Joly Sociétés 1993, p. 537, note P. Le CANNU, Dr. sociétés 1993, n° 95, Obs. H. Le NABASQUE, Gaz. Pal. 1993, 2, p. 334, note J. BONNARD, JCP E 1993, I, n° 448, p. 141, note A. VIANDIER.

¹²⁴⁴ B. Le BARS, « Droit des sociétés et de l'arbitrage international, Pratique en droit de l'Ohada », Joly, 2011, n° 205, p. 96.

¹²⁴⁵ Cass. com., 9 mars 1993, op. cit.

¹²⁴⁶ V. dans le même sens, CS du Niger, n° 01-158/C, 16 août 2001, Ohadata J-02-28, obs. D. ABARCHI ; TRHC Dakar, ord. n° 1729, 31 déc. 2002, Ohadata J-03-182 ; Abidjan, n° 258, 25 fév. 2000, Ohadata J-02-132 ; Cotonou, n° 250/2000, 17 août 2000, Ohadata J-06-101 ; TR Niamey, ord. n° 296, 31 déc. 2002, Ohadata J-04-79.

L'idée est donc de permettre au juge des référés de préférence de nommer un ou plusieurs mandataires dont le rôle serait de représenter les minoritaires rebelles au sein des assemblées d'associés tel a été le cas dans une affaire où deux mandataires *ad hoc* ont été désignés, l'un pour convoquer l'assemblée des associés et l'autre pour prendre part au vote à la place des associés récalcitrants¹²⁴⁷. En revanche il a été précisé que le juge ne peut fixer le sens du vote du mandataire qu'il désigne¹²⁴⁸.

Quoi qu'il en soit de l'urgence, le juge ne pourra pas aller trop loin dans l'immixtion dans le fonctionnement des organes sociaux, laquelle doit rester très exceptionnelle. Ainsi rien n'interdit en théorie le mandataire de voter dans une voie différente de celui qu'aurait préféré la juridiction : seul l'intérêt social et les intérêts légitimes doivent animer le mandataire dans son vote. C'est dire que cette voie de droit ne devrait être mise en place que lorsque les associés ont réitéré leur volonté de neutraliser une assemblée censée prendre une décision de la plus haute importance pour l'avenir de la société, et à condition qu'il y ait véritablement urgence de substituer à eux le mandataire concerné¹²⁴⁹.

3. La dissolution judiciaire en cas de paralysie de la société

398- Lorsque la situation ne se débloque pas, la seule alternative admissible est celle de la dissolution de la société pour mésentente entre associés rendant inadmissible le bon déroulement de la société, en l'existence d'un effacement manifeste de l'*affectio societatis*¹²⁵⁰ primordial à la validité de toute société. Dans le cas de conflits d'intérêts entre associés, la dissolution pour mésentente entre associés est souvent utilisée, au même titre que l'abus de majorité. Fort de cela, les juridictions nationales ont rendu dans le cas d'espèce des décisions qui ont été exemplaires. C'est ainsi qu'une demande de dissolution formée par l'associé gérant a été accueillie, par application de l'article 200 de l'AUSCGIE, aux motifs que les faits

¹²⁴⁷ CA Aix en Provence, 23 mars 2007, RLDA juin 2007, n° 980, p. 14, note A. CERATI-GAUTHIER.

¹²⁴⁸ Cass. civ., 3^{ème} ch., 16 déc. 2009, n° 09-10.209.

¹²⁴⁹ CS du Niger, n° 01-158/C, 16 août 2001, Ohadata J-02-28, obs. D. ABARCHI. V. aussi, M. BOIZARD, « L'abus de minorité », Rev. soc. 2001, 3657 ; J. MESTRE, « Recueil d'études sur les droits Ohada et Uemoa », PUAM, 2010, p. 209.

¹²⁵⁰ J.-F. BARBIERI, « Retour sur les sanctions de l'abus de minorité », Mélanges en l'honneur de D. SCHMIDT, Joly, Paris, 2005, n° 6, p. 55.

de la cause démontrent une mésentente entre les associés¹²⁵¹. Dans une autre affaire, la dissolution de la société pour mésentente entre ses membres a été prononcée, compte tenu de l'impossibilité de faire régner entre les membres la sérénité propice à l'*affectio societatis*¹²⁵².

En général, l'abus de minorité représente plus qu'un simple désaccord éphémère et diligent entre des associés. Il s'agit plus vraisemblablement d'un trouble de loin plus abyssal, ayant conduit à des alliances se faisant front relativement depuis belle lurette au sein de la société. Face à ces sanctions implicites citées plus haut, on est à même de se demander si d'autres sanctions pour le moins inhabituelles soient possibles afin de sauvegarder les intérêts des participants à la société.

B. Les sanctions d'exception

399- La lecture de l'AUSCGIE apporte encore une fois des pistes à de quelconques sanctions, en plus de la légitimité du droit français qui accorde d'autres sanctions certes abusives. Pour s'en persuader, il convient d'énumérer les suggestions essentielles qui y sont mentionnées, puis de les regrouper au débat qu'elles soulèvent parfois actuellement.

1. L'exclusion des minoritaires contestataires

400- L'associé est un contractant, qui ne peut en principe être exclu de la sphère contractuelle de façon anticipée comme on l'a également notifié en cas d'abus de majorité. C'est un propriétaire qu'on ne peut exproprier. En effet, l'associé bénéficie dans ses relations avec la société de certains droits nés de son titre, parmi lesquels s'illustrent le droit de voter aux assemblées, le droit aux bénéfices et aux réserves, et avec certitude, le droit pour lui de faire partie de la société et à contrario, de ne pas être écarté de la société, tous ces faits se retrouvent aussi dans cette classification de droits individuels relatif à son titre d'associé¹²⁵³.

¹²⁵¹ TGI Ouagadougou, n° 303, 14 avril 1999, Ohadata J-02-47, obs. J. ISSA SAYEGH ; TRHC Dakar, n° 85, 9 avril 2004, Ohadata J-06-167 ; TGI Ouagadougou n° 215, 21 février 2001, Ohadata J-04-01 ; TC Bamako, n° 281, 3 nov. 1999, Ohadata J-02-41 ; Abidjan, n° 1048, 10 juillet 2001, Ohadata J-02-173.

¹²⁵² Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement n° 142 du 27 mai 2005, Ohadata J-06-174 ; dans le même sens Abidjan, n° 80, 10 avril 2001, Ohadata J-02-96.

¹²⁵³ CA Toulouse, 10 juin 1999, JCP E 2000, II, 10372, note J.-J. DAIGRE.

401- Toutefois, la législation française déroge à cette règle¹²⁵⁴. Certains textes de l'Acte uniforme y font également référence. Cette attestation se fait par le biais de l'article 274 de l'acte uniforme concernant les sociétés en nom collectif dans lequel le texte requiert : « à défaut d'unanimité...les statuts peuvent aménager une procédure de rachat pour permettre le retrait de l'associé »¹²⁵⁵. En conséquence, en l'absence de dispositions légales ou statutaires contraires, ni les autres associés, ni le juge ne saurait exiger l'exclusion d'un associé fautif. Autrement dit, l'exclusion est une retenue exceptionnelle qui ne peut être conçue qu'à la double condition d'avoir été statutairement prévue et d'être accompagné d'une juste et préalable indemnisation¹²⁵⁶.

Cependant s'il ne fait aucun doute que l'éviction de l'associé fautif est envisageable en présence de clauses d'exclusions statutaires, l'Acte uniforme ne précise pas si en se référant à son article 200, de la situation, c'est-à-dire s'il peut y avoir une possible exclusion de l'associé frondeur qui demande une dissolution de la société alors que les autres essaient tant bien que mal de la maintenir en vie. Pour un spécialiste du droit Ohada¹²⁵⁷, n'ayant pas obtenu la dissolution ouvertement ou implicitement souhaitée, on devrait logiquement opposer à l'associé rebelle la sanction incarnée par l'adage « *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* »¹²⁵⁸. Rapidement des voix se sont élevées pour montrer l'embarras de l'expulsion au motif qu'elle porte atteinte au droit fondamental que possède tout associé de rester dans le groupement, mais transgresse aussi ce droit qui est relaté par l'article 200 de l'AUSCGIE. La Cour d'appel, pour justifier sa motivation déclare que la demande d'éviction a pour but « *de modifier la composition de la société tout en assurant sa pérennité* » ce qui permet à Marie-Christine MONSALLIER de dire que : « *si l'exclusion avait été prévue dans une clause statutaire, il nous aurait paru de l'analyser ainsi : l'objet de la clause porte sur l'exclusion d'un actionnaire afin de permettre le retour au fonctionnement normal de la société. En revanche, la cause de cette clause est de permettre à la société, grâce au retour du fonctionnement normal de cette dernière, de retrouver une activité rentable et prospère* »¹²⁵⁹.

¹²⁵⁴ J.-P. STORCK, « La continuation d'une société par l'élimination d'un associé », *Revue sociétés*, 1982, p. 233.

¹²⁵⁵ Repris de façon différente par l'article 280 de l'AUSCGIE.

¹²⁵⁶ Cass. com., 11 mars 2008, *Rev. Sociétés*, 2008, p. 355, note J.-F. BARBIERI.

¹²⁵⁷ S. S. KUATE TAMEGHE, « Interrogations sur l'abus de minorité dans l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commercial et du groupement d'intérêt économique », *Revue de la recherche juridique*, 2009, n° 2, p. 969.

¹²⁵⁸ Nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude.

¹²⁵⁹ M.-C. MONSALLIER, « L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme », *LGDJ*, 1998, n° 792, p. 330.

C'est pourquoi de nombreux auteurs préconisent aux praticiens d'introduire des clauses statutaires de rachat forcé pour éviter une action éventuelle en dissolution pour mécontentement¹²⁶⁰. Cette clause devra prévoir un prix déterminé ou déterminable. Si le prix est déterminé, les praticiens devront s'efforcer à ce que la clause ne soit pas jugée comme lésive¹²⁶¹ par le magistrat. Ces clauses rejoignent en partie l'article 274 de l'AUSCGIE.

2. La substitution du juge aux organes sociaux

402- Il est à souligner que ce procédé est méconnu en droit Ohada. Ici l'interrogation s'est posée de savoir si le juge pouvait passer outre l'obstruction aux organes sociaux ou aux associés compétents pour prendre telle ou telle décision¹²⁶². Ce type de sanction va à l'encontre de l'arrêt Flandin, étant donné qu'afin de surmonter le flottement ou le blocage que peut provoquer la réparation prise isolément, le juge devrait pouvoir rendre une décision permettant de vaincre la résistance des minoritaires qui s'y opposent abusivement¹²⁶³. Le cas similaire s'est produit dans l'affaire Six, dans lequel après avoir cassé l'abus de minorité qui était admis par les juges de fond, la Cour de cassation annonçait que : « *même si l'abus de minorité était établi, il ne serait pas de nature à entraîner la validité d'une décision irrégulière* »¹²⁶⁴. Fort de cela, cela n'a pas empêché des juges de fond de retenir parfois la substitution du juge aux organes sociaux.

Cette substitution peut donc passer soit par une décision judiciaire valant vote, tel est le cas de la décision de la Cour d'appel de Paris de valider une augmentation de capital sans recourir à un mandataire aux motifs qu' : « *il lui appartenait de prendre la mesure propre à y remédier, en conformité avec l'intérêt social qui doit se prévaloir sur les intérêts contradictoires des groupes d'actionnaires* »¹²⁶⁵. Dans une autre affaire similaire, la Cour d'appel a retenu qu'il convenait de fixer judiciairement le montant d'une rémunération au regard des conclusions d'un expert précédemment nommé aux motifs qu'un coassocié égalitaire a refusé pendant

¹²⁶⁰ C. BAILLY-MASSON, « L'intérêt social : une notion fondamentale », Petites Affiches, 9 nov. 2000, n° 224, p. 11.

¹²⁶¹ Les clauses lésives sont des clauses qui privent totalement un associé de sa participation aux pertes ou aux bénéfices.

¹²⁶² P. MERLE, « Droit commercial : Sociétés commerciales », Dalloz, 15^e éd, 2011, n° 581, p. 627.

¹²⁶³ R. NEMEDEU, obs. sous Abidjan, 7 avril 2000, Juridis Périodique, 2004, n° 60, p. 112.

¹²⁶⁴ Cass. com., 15 juillet 1992, précité.

¹²⁶⁵ CA Paris, 25 mai 1993, précité.

quatre ans de voter une augmentation de la rémunération du gérant¹²⁶⁶. Cette substitution peut également être l'objet d'une condamnation judiciaire sous astreinte. Dans le second cas, la méthode consiste à laisser les juridictions la possibilité d'ordonner aux associés minoritaires ayant paralysé le bon déroulement de la société d'y mettre fin et d'apporter à cette résolution la condamnation d'avoir à payer tel ou tel montant en cas de retard mis à l'exécution.

3. La nullité de la décision abusive

403- En cas d'abus de majorité, la résolution accueillie est annulée de manière efficace comme nous avons pu le démontrer plus haut. Par contre, en cas d'abus de minorité ou d'égalité, la sanction demeure pénible, étant donné qu'il s'agit d'un vide décisionnel qui doit le plus fréquemment être sanctionné. Il nous faut rappeler que l'abus de minorité, s'il empêche l'adoption d'une décision exigée par la loi ou indispensable à la survie de la société, est un abus négatif¹²⁶⁷. Il aura pour nature de voter contre la résolution ou à s'exempter de voter pour empêcher le quorum¹²⁶⁸. En effet, comme l'indique Monsieur le Professeur BARBIERI, « *l'opposition des minoritaires à une résolution maintient la société dans une situation économique et juridique que les majoritaires veulent infléchir, ce qui constitue une véritable décision sociale* »¹²⁶⁹. La plupart des décisions abusives annulées sont l'objet d'une assemblée générale irrégulièrement convoquée dans le but de contrecarrer certains d'y participer¹²⁷⁰.

C'est ce qu'il ressort de l'affaire Magagi SOUNA contre Hassane GARBA et autres, où le tribunal a déclaré illégale la convocation de l'assemblée générale de la SOSANI en se basant sur les articles 774 et 375 de L'AUSCGIE aux motifs que : « *la libération des actions ayant fait l'objet d'une souscription est une exigence légale. Les actionnaires d'une société anonyme qui ont signé une convention de portage d'actions et n'ont pas libéré les actions dans le délai stipulé dans la convention cessent d'avoir droit à l'admission au vote dans les assemblées d'actionnaires ; et sont par conséquent mal fondés à convoqués une assemblée*

¹²⁶⁶ CA Paris, 28 avril 2006, RJDA 10/2006, n°1030.

¹²⁶⁷ P. MERLE, « Droit commercial : Sociétés commerciales », Dalloz, 15^e éd., 2011, n° 581, p. 625.

¹²⁶⁸ « Nombre minimum de membres présents ou représentés exigé pour qu'une assemblée puisse valablement délibérer et prendre une décision », Dico droit, Editions Juridiques Européennes, 2^e, 1998.

¹²⁶⁹ Cass. com., 14 janvier 1992, JCP G 1992, II, 21849, p.156, note J.-F. BARBIERI.

¹²⁷⁰ En effet, il y a des raisons de penser que si ladite assemblée était normalement appelée, ces derniers auraient recours au droit de véto que les statuts ou la loi leur reconnaissent.

générale »¹²⁷¹. Dans une affaire similaire, les délibérations du conseil d'administration ont été annulées dès lors que les membres du dit conseil ont été irrégulièrement convoqués. En effet, les convocations avaient été envoyées seulement deux jours avant la réunion alors que les statuts prévoyaient cinq jours au moins¹²⁷². Ainsi, soit le litige se dénoue, c'est-à-dire les majoritaires abandonnent leur intention de résolution, soit les associés minoritaires renoncent à leur dénégation ou au pire la paralysie de la société s'accroît en fondant une destruction de l'*affectio societatis* à même d'accéder à une dissolution judiciaire de la société ou à l'exclusion des associés rebelles en présence bien sûr d'une disposition légale ou statutaire. Cette nullité de la délibération contestable sera basée sur les articles 242 et 244 de l'AUSCGIE.

404- Par ailleurs, considéré comme un abus de minorité, l'abus d'égalité est soumis au même régime de sanction¹²⁷³. C'est ainsi que le refus de deux des associés de voter en faveur du versement d'un loyer en contrepartie de l'occupation, par un seul des associés, de l'immeuble d'une SCI constitue à la fois une atteinte à l'objet social et à l'intérêt général de la société ; le vote de la gestion rémunérée de l'immeuble devant être qualifié d'opération essentielle à la survie financière de la société, est légalement justifiée la décision d'une cour d'appel, qui en a déduit qu'en refusant de procéder à un tel vote les associés avaient refusé de voter une opération essentielle à la société et ainsi commis un « abus d'égalité »¹²⁷⁴.

L'incertitude des décisions de justice sous l'emprise des abus de minorité ou d'égalité signale une insécurité juridique et judiciaire. Rien d'étonnant, étant donné que l'abus de droit est la référence qui autorise le juge à intervenir¹²⁷⁵. Ainsi, les perspectives de moralisation de la vie des « affaires » et la sauvegarde des intérêts tant juridiques qu'économiques, exigent l'aménagement d'un régime de sanctions conforme. La condamnation d'agissements répréhensibles découlant alors d'un usage abusif des biens de certaines personnes morales, poursuit cette ambition.

¹²⁷¹ Ordonnance de référé n° 70 du 23 avril 2001, Ohadata J-02-35.

¹²⁷² CA Abidjan, n° 688, 25 juin 2004, Ohadata, J-05-196.

¹²⁷³ M. GERMAIN et V. MAGNIER, « Traité de droit commercial- les sociétés commerciales », LGDJ, 20^e éd. 2011, n° 1556-2.

¹²⁷⁴ Cass. 3^{ème} civ., 16 déc. 2009, n° 09-10.209, Bull. 2009, III, n° 287. Dans le même sens, Cass. 3^e civ., 14 févr. 2007, Bull. Joly sociétés 2007, 882, note P. LE CANNU.

¹²⁷⁵ A. COURET., « L'abus et le droit des sociétés », Droit et Patrimoine, 2000, p.66.

La répression de l'abus de biens sociaux à travers la responsabilité des dirigeants sociaux

405- Le principe de la responsabilité d'un dirigeant envers la société qu'il administre est posé par l'article 165 alinéa 1 de l'AUSCGIE qui dispose que : « *chaque dirigeant social est responsable individuellement envers la société, des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions* ». La responsabilité est un engagement de répondre d'un dommage devant la justice, et d'en supporter les effets civils, pénaux, disciplinaires¹²⁷⁶. Parce qu'ils sont désignés par les associés dans le but de gérer la société au quotidien, dans celui de la représenter et de l'incarner aux yeux des tiers, les dirigeants sociaux occupent une position particulière dans l'organisation de chaque société. Ils sont non seulement « *la bouche, la main et les oreilles* » de la société qu'ils dirigent, c'est-à-dire les « *alter egos* » de la personne morale auprès des tiers, mais encore ceux qui assurent l'exercice du pouvoir.

406- Une des erreurs que peut commettre un chef d'entreprise, c'est de se croire le seigneur de l'affaire qu'il dirige. Toutefois, la période où le chef d'entreprise possédait un pouvoir quasi anarchique est « *révolue* ». Non seulement, il y règne désormais des contre-pouvoirs¹²⁷⁷, mais en plus il existe une artillerie plus décourageante. Ces sanctions sont par conséquent récentes dans le panorama juridique des Etats membres de l'Ohada. Elles ont pour but de se soustraire aux tapages financiers et au dépouillement du patrimoine financier. Il ne fait aucun doute que le manquement des dirigeants à leur devoir de loyauté provoque des conséquences sur la situation de la société, et principalement sur ses résultats ou performances. Le droit Ohada appréhende bien cette problématique de la responsabilité des dirigeants à tous les stades de l'existence sociale c'est-à-dire que la société soit en difficulté¹²⁷⁸ ou qu'elle soit *in bonis*.

¹²⁷⁶ Sur le plan civil, il implique, toute obligation pour l'auteur d'un dommage causé à autrui, de le réparer. Sur un plan pénal, il s'agit de l'obligation de répondre des délits commis et de subir la peine prévue par le texte qui la sanctionne.

¹²⁷⁷ Tels que les commissaires au compte, la procédure d'alerte, l'expertise de gestion.

¹²⁷⁸ V. en ce sens, P. NGUIHE KANTE, « Réflexions sur la notion d'entreprise en difficulté dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif Ohada », Penant, 2002 ; F. M. SAWADOGO, « Droit des entreprises en difficulté », Bruylant, 2002 ; F. ANOUKAHA, « L'émergence d'un nouveau droit des procédures collectives d'apurement du passif dans les Etats africains membres de l'Ohada, Afrique juridique politique », Rev. CERDIP, 2002, p. 62 ; K. ASSOGBAVI, « Les procédures collectives

Dans le cas d'espèce, la difficulté est relativement complexe étant donné que le dirigeant n'est pas toujours perspicace compte tenu de la nature illicite de son comportement, car l'abus de biens sociaux est qualifié par l'unité sociale comme un délit artificiel. C'est la raison pour laquelle, le concours du juge pénal dans le milieu des affaires est pénible. Néanmoins, une édification du monde des affaires, paraît indispensable, étant donné que ces dirigeants sociaux peuvent être amenés à approuver certains attraits¹²⁷⁹ auxquels les révèle l'administration de la société. Ainsi, par l'intermédiaire de l'article 891 de l'AUSCGIE, le législateur Ohada souhaite, sans limiter les pouvoirs de gestion des dirigeants, entériner leurs actes, faits juridiques ou conventions, tangibles ou hypocrites, portant préjudice sur des valeurs patrimoniales (§ 2)¹²⁸⁰. Toutefois, le champ d'application de cette incrimination peut se révéler plus compliquée que prévue dans l'espace Ohada (§ 1)

§ 1. LE CHAMP D'APPLICATION DE L'INCRIMINATION

407- Lorsque le dirigeant semble avoir utilisé les biens ou les pouvoirs octroyés à des fins personnelles, le juge Ohada songe naturellement au délit défini par l'article 891 de l'AUSCGIE. Toutefois, malgré l'apparence, la qualification peut être autre (**A**). Par ailleurs, il faudra déterminer, en outre des dirigeants, les individus susceptibles de se voir punis de ce chef, auquel bien évidemment il ne faut point oublier ceux qui subissent le préjudice (**B**).

A. L'encadrement de l'infraction

408- L'abus de biens sociaux est un délit de gestion particulièrement sérieux, il se place au centre de la direction des sociétés et les concussions qu'il soulève avec lui sont nombreux et dépassent le cadre de la qualification d'abus de biens sociaux. Il s'opère donc un cumul d'appellations, ne serait-ce que pour dissimuler cette gestion frauduleuse. Avant l'approbation d'un texte incriminant de façon caractéristique l'abus de biens sociaux, les juridictions

d'apurement du passif dans l'espace Ohada », Penant, 2000, p. 5 ; J. R. GOMEZ, « Ohada, entreprises en difficultés. Lecture de l'Acte uniforme de l'Ohada portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lumière du droit français », éd. BAJAG-MERI, Série droit des affaires, 2003.

¹²⁷⁹ Par exemple, la confusion entre le patrimoine personnel et social.

¹²⁸⁰ A ce niveau, l'article 425 de la loi française du 24 juillet 1966 est plus rigoureux. Effectivement, cet article pousse la sanction en plus sur les abus correspondants aux missions instruites par les dirigeants sociaux dans le déroulement de leurs prérogatives, à savoir les pouvoirs et les voix dont ils possèdent.

sanctionnaient ce type de comportements par le truchement des textes relatifs à l'abus de confiance. Or ces textes sont plus austères que ceux qui sont prévus à l'abus de biens sociaux car la répression basée sur l'abus de confiance n'était pas dépendante de la poursuite d'un intérêt personnel. Avec cette incrimination, le fleuve qui était en train de déborder va rentrer dans son lit, enfin à priori.

1. Le choix de la qualification, aux limites de l'abus de biens sociaux, l'abus de confiance

409- Le droit s'estompe lorsque l'abus commence, et l'abus commence lorsque le droit sort de sa normalité. Les lois de même que les délits pénaux ne constituent que des instruments qui doivent permettre à tout un chacun de vivre en société le mieux que possible. En France, avant la consécration de l'abus de biens sociaux par le décret-loi du 8 août 1935¹²⁸¹, la loi pour punir les comportements abusifs, avait recours à l'abus de confiance. Ainsi, l'on a souvent tendance à identifier certains délits comme étant un cas d'abus de biens sociaux ce qui n'est pas approximativement pas le cas. La confiance est une conception essentielle au bon fonctionnement d'une société, d'une association, ou des rapports entre un professionnel et des clients. Pour la protéger, la loi punit certains abus pouvant être effectués en pratique. L'abus de confiance est considéré par conséquent comme une infraction et se retrouve défini dans le Code pénal par l'article 314-1 en ces termes : « *le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé* ».

En droit Ohada, l'appréciation est laissée aux Etats parties, ainsi l'article cité plus haut est repris par différents pays membres mais à connotation différente, répondant cependant à un même objectif¹²⁸². Bien que voisin, ce délit ne doit pas être confondu avec l'abus de biens sociaux.

1.1. Conditions requises pour qu'il y ait abus de confiance

¹²⁸¹ Cf. décret loi du 8 août 1935 portant création de l'abus de biens sociaux.

¹²⁸² Voir pour le Sénégal, les articles 381 à 384 du Code pénal ; pour le Burkina Faso, les articles 487 à 490 du Code pénal ; pour la Guinée, l'article 433 du Code pénal ; pour le Bénin, l'article 408 du Code pénal béninois.

410- Par abus de confiance, on peut insérer : « *détournement, infraction occulte, mandat, filouterie, vol, escroquerie* »¹²⁸³. Autrement dit, l'abus de confiance, consiste, de la part de celui qui s'est vu remettre un bien par contrat, à refuser ou à se mettre hors d'état de le rendre. Etant donné qu'il est relatif à l'exécution des contrats, l'hypothèse pour qu'il y ait abus de confiance entraîne donc l'existence d'un contrat, cependant le délit peut se commettre en dehors d'une relation contractuelle. De surcroît, selon le droit commun des incriminations, il implique forcément des critères distinctifs :

- Un élément matériel qui est justifié par un détournement c'est-à-dire un acte effectué par le titulaire précaire qui fait échec à la restitution loyale du bien mis en cause à son possesseur légitime¹²⁸⁴. La divergence ici au niveau de la désignation même est que l'abus de biens sociaux ne contient pas de préjudice. Autrement dit, le créancier de la restitution doit avoir éprouvé un préjudice peu importe que l'auteur de l'acte illicite en ait bénéficié¹²⁸⁵.
- Un élément moral : le détournement du bien confié n'est du ressort de la loi pénale, dans un droit subjectif, seulement lorsque le titulaire¹²⁸⁶ a eu conscience de l'étendue de son acte.

1.2. Champ d'application du délit

411- Le domaine d'application de l'abus de confiance apparaît beaucoup plus vaste que celui de l'abus de biens sociaux, qui ne peut être l'objet que du dirigeant en activité dans les sociétés commerciales. Cela peut correspondre à un délit alterné, qui pourrait convenir lorsque les critères essentiels de l'abus de biens sociaux ne sont pas réunis. Il s'agit de détourner un bien, valeurs ou biens divers que l'on s'est vu remettre à titre précaire.

¹²⁸³ Lamy droit pénal des affaires, « Nature du préjudice », 2012, n° 484.

¹²⁸⁴ Cass. crim., 21 mars 2012, n° 11-82.378 : « Si le seul usage de la chose confiée n'entre pas dans les prévisions de l'art. 408 C.pén., il n'en est pas de même lorsque cet usage implique la volonté du possesseur de se comporter, même momentanément, comme le propriétaire de la chose. A donc pu être déclaré coupable d'abus de confiance un salarié, dont la mauvaise foi a été souverainement appréciée par les juges du fond, dont il est constaté pour avoir, dans la gestion du magasin dont elle était responsable, détourné des sommes remises par les clients à l'occasion des ventes de marchandises auxquelles elle procédait, en omettant de mentionner sur le cahier dédié à cet effet lesdites opérations et de verser les sommes ainsi perçues dans la caisse du magasin ».

¹²⁸⁵ « La loi n'exige pas, comme élément constitutif de l'abus de confiance, que le prévenu se soit approprié la chose confiée, ni qu'il en ait tiré un profit personnel », Cass. crim., 3 mai 2012, n° 11-81.175.

¹²⁸⁶ Cass. crim., 27 janv. 2010, n° 09-80.760. En gros, il n'est pas nécessaire, pour établir légalement l'abus de confiance, que l'intention frauduleuse soit établie en termes exprès, il suffit qu'elle s'induisse des circonstances matérielles retenues par les juges ».

L'abus de biens sociaux est une infraction caractéristique aux sociétés de capitaux. Pour les délits de même nature commis dans un autre groupement, c'est le délit d'abus de confiance qui est rattaché¹²⁸⁷. Par ailleurs, pour un détournement commis par un dirigeant de société commerciale, le qualificatif d'abus de biens sociaux est retenu, ce qui n'est pas le cas si ce même détournement est le fait d'un salarié, d'un fournisseur ou de tout autre individu.

L'abus de confiance est un acte de détournement au regard d'un mandat conclu entre associés et dirigeants, entre les victimes et les auteurs des malversations. En revanche, l'abus de biens sociaux est un acte de déviance du pouvoir légal du dirigeant qui lui est confié dans l'intérêt social et qui fait que la victime est la société institution¹²⁸⁸. Appliquer l'infraction d'abus de biens et du crédit sociaux suscite de considérables complications. En effet, la démarcation dans le temps de ce délit, permet de le délimiter de l'infraction de banqueroute.

2. Le conflit de qualification, la séparation du délit d'abus de biens sociaux de l'infraction de banqueroute

412- Les divers usages abusifs de biens de l'entreprise sont aussi susceptibles de relever des délits de banqueroute¹²⁸⁹ ou d'abus de bien social. Au titre d'actes de détournement, sont punis les comportements abusifs des dirigeants qui utilisent les biens sociaux à des fins personnelles. Autrement dit, si le dirigeant se sert de ses prérogatives à des fins personnelles, il se rend coupable d'actes de détournement ayant la qualification d'abus de biens sociaux. Ce délit a été repris par les articles 891 de l'AUSCGIE, 231 et 243 de l'Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (« AUPOPCAP ») aussi bien pour les dirigeants de droit que pour les dirigeants de crise. C'est dans ce cadre que qu'il peut avoir confusion entre les deux infractions. La banqueroute par détournement d'actif punit des faits de captation du patrimoine social auxquels l'abus de biens sociaux est aussi applicable. Ainsi, les infractions sont en conflit puisqu'elles saisissent des faits identiques. Il convient alors d'établir une séparation entre ces deux infractions qui a priori doit s'opérer dans le temps.

¹²⁸⁷ TGI Paris, 11^e ch., 19 oct. 1999, « Comment qualifier, disqualifier et requalifier », Lamy droit pénal des affaires 2012, n° 38.

¹²⁸⁸ Lamy droit pénal des Affaires, « Abus de biens sociaux-abus de confiance », 2012, n° 1885.

¹²⁸⁹ Pour une vision plus large, J. L. CAPDEVILLE, « Abus de biens sociaux et banqueroute », Lextenso, 2010.

2.1. Indépendance de la banqueroute par rapport au délit d'abus de biens sociaux

413- Aux termes de l'article 25 du présent Acte qui donne la définition du délit de banqueroute, « *Le débiteur qui est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible doit faire une déclaration de cessation des paiements aux fins d'obtenir l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, quelle que soit la nature de ses dettes. La déclaration doit être faite dans les trente jours de la cessation des paiements et déposée au greffe de la juridiction compétente contre récépissé* ». Si l'énoncé de cet article nous fait part de la définition de la banqueroute, il reste toutefois dubitatif quant à la distinction qu'il faut opérer entre l'abus de biens sociaux et la banqueroute en droit Ohada.

414- Dans un arrêt du 30 juin 2004, la Cour de cassation a précisé les champs d'application respectifs de chacun de ces délits. En effet, Elle rappelle « *qu'en application de l'article L. 241-3, 4 du Code de commerce, la qualification d'abus de biens sociaux ne peut être appliquée aux détournements commis après la date de cessation des paiements par les dirigeants d'une société placée en redressement judiciaire. En l'espèce, les gérants de droit et de fait d'une SARL, ayant pour objet le négoce de bestiaux, avaient procédé, du 1^{er} janvier 1998 au 30 mars 1999, en toute connaissance de cause et de façon persistante, à des ventes à perte, qui, si elles avaient été réalisées dans des conditions normales, auraient dégagé une certaine marge brute. Or, les animaux vendus en Italie étaient partiellement payés en espèces et les sommes ainsi perçues n'ont pas été retrouvées. Pour déclarer le gérant de droit, associé et salarié de la société, coupable de complicité d'abus de biens sociaux, l'arrêt relève que, participant aux assemblées générales, signant les procès-verbaux et chargé de procéder aux achats d'animaux, réglés pour partie en liquide, il a contribué à la commission des agissements frauduleux reprochés aux autres dirigeants en tant qu'auteurs principaux. La chambre criminelle confirme que la cessation des paiements fait obstacle à l'abus de biens sociaux au profit de la banqueroute par détournement d'actifs* »¹²⁹⁰.

¹²⁹⁰ Cass. crim., 30 juin 2004, n° 03-87.427, Dr. pén. 2004, comm. 147, note J.-H. ROBERT, Dr. sociétés 2005, comm. 18, note R. SALOMON.

Ce critère d'ordre chronologique est a priori très simple d'application : le détournement qui serait commis avant la date de cessation des paiements¹²⁹¹ est un abus de biens sociaux. Ce critère chronologique a été substitué ou plutôt complété par un autre : les actes de gestion répréhensibles doivent être déterminants de la cessation des paiements. En effet, dans un arrêt du 25 mars 2009, la Cour de cassation a confirmé que : « *des actes de détournement commis antérieurement à la cessation des paiements ne peuvent caractériser le délit de banqueroute sauf lorsqu'ils ont provoqué cette cessation des paiements et le virement de M. X vers le compte dont il était titulaire avec son épouse bien que ce virement ait été antérieur à la cessation des paiements de cette société, sur la circonstance que c'était à la suite de ce virement que le compte de la société, jusque-là créditeur, avait affiché soit des crédits insignifiants, soit des débits, ce dont elle a déduit que ce virement avait joué un rôle déterminant dans la cessation des paiements* »¹²⁹². Cet indice est évident lorsque le détournement ou la dissimulation d'actifs ne compromet en rien la situation financière de l'entreprise, et ne produit pas à ouverture ultérieure d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires. Au contraire, il est douteux, car ne reflétant pas la réalité des faits, lorsque ces derniers, commis antérieurement à une cessation des paiements, auraient contribué à créer cet état ou auraient aggravé une situation déjà compromise, la qualification de banqueroute semblant alors préférable.

415- Le concept de « *temps* » pour l'infraction d'abus de biens sociaux, apparaît donc suffisamment instable. Un acte peut donc chavirer de la banqueroute à l'abus de biens sociaux et réciproquement. En règle générale, c'est l'état de la société qui autorise la désignation des actes répréhensibles qui ont été effectués. Si l'état de la société est « *in bonis* »¹²⁹³, l'appellation d'abus de biens sociaux est accréditée, par contre, lorsqu'on est dans une

¹²⁹¹ Le terme « *cessation de paiement* » est défini par l'article 25 de l'AUPOPCAP qui met en corrélation trois situations : - l'impossibilité de faire face au passif exigible par l'actif disponible : la cessation se définit comme l'impossibilité de faire face au passif exigible par l'actif disponible et nécessite, pour son appréciation, l'examen des documents comptables du débiteur (TRHC Dakar, 27 août 2001 : Ministère public et Sté TOUTELECTRIC c/ Pape Aly GUEYÉ, Ohadata-J-03-101), - la non prise en compte de l'actif immobilier : l'importance de l'actif immobilier d'une société ne signifie pas qu'elle n'est pas en cessation de paiement. L'état de cessation des paiements qui est distinct de l'insolvabilité, est établi lorsque le débiteur est hors d'état de faire face au passif exigible avec l'actif disponible, sans qu'il y ait lieu de prendre en considération les éléments d'actif constitués d'immobilisations (TGI Ouagadougou, n° 45, 18 févr. 2004 : KABORE Henriette (BTM), BATEC-SARL & Entreprise DAR-ES-Salam c/ SOSACO), - le manque de disponibilités : La cessation de paiement d'une société anonyme découle de la déclaration de cessation faite au greffe par son Directeur général, de la suspension du contrat des travailleurs notifiée par le Président du conseil d'administration, du gel des activités, des dettes très élevées alors que l'actif se trouve être immobilisé dans des projets non encore productifs (TGI Ouagadougou, n° 389, 17 sept. 2003 : Requête de la Société sahel compagnie (SOSACO) aux fins de liquidation des biens, Ohadata J-05-218 ; Voir aussi Ohadata J-04-140).

¹²⁹² Cass. crim., 25 mars 2009, n° 08-84.847, Dr. Sociétés 2009, comm. 147, note R. SALOMON.

¹²⁹³ Une société *in bonis* désigne une entreprise en bonne santé sur le plan financier.

situation de cessation de paiements¹²⁹⁴, on se retrouve en face d'un délit de banqueroute. Un autre critère mérite également d'être précisé et qui a été mentionné dans ledit article 25 : le « *débiteur* ». Autrement dit, la banqueroute est une infraction qui consiste en des faits de gestion illicite par tout débiteur¹²⁹⁵. Le mot « *débiteur* »¹²⁹⁶ s'applique à toute personne morale de droit privé non commerçante¹²⁹⁷, à toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé, à toute personne physique ou morale commerçante et dont la poursuite exige l'ouverture préalable d'une procédure de redressement judiciaire¹²⁹⁸.

416- L'AUPOPCAP va plus loin en distinguant la banqueroute des autres délits assimilés qui impliquent les dirigeants de personnes morales, même si la sanction demeure identique¹²⁹⁹. En effet, il s'agit de : « *des personnes physiques dirigeantes de personnes morales assujetties aux procédures collectives; aux personnes physiques représentantes permanentes de personnes morales dirigeantes. Les dirigeants visés au présent article 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 aux lieux et place de ses représentants légaux* »¹³⁰⁰.

Autrement dit, seuls les dirigeants de droit et de fait de sociétés de capitaux peuvent être mis en examen pour abus de biens sociaux, alors qu'un commerçant, un artisan, un dirigeant de

¹²⁹⁴ Une entreprise est en état de cessation des paiements lorsqu'elle est dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, ce qui signifie qu'elle ne parvient plus à régler ses dettes (salariés, fournisseurs, Trésor Public, cotisations de sécurité sociale...).

¹²⁹⁵ TGI Ouagadougou, n° 192, 24 févr.1999, Ohadata J-04-178.

¹²⁹⁶ TRHC Dakar, 27 août 2001, Ohadata-J-03-101.

¹²⁹⁷ Artisan ou agriculteur.

¹²⁹⁸ TGI Banfora, 31 janv. 2003, n° 2, Ohadata J-04-51 ; R. GUILLIEN et J. VINCENT, « Lexique des termes juridiques », 18^e éd., 2011.

¹²⁹⁹ Seule se différencie la qualité du commerçant ou dirigeant poursuivi et le caractère de la faute. Dans les deux faits, il n'est pas indispensable qu'une procédure soit enclenchée contre l'individu mis en cause, l'on se contente juste de la déclaration de cessation de paiements. Aux termes de l'article 226 de l'AUPOPCAP, « Les personnes déclarées coupables de banqueroute et de délits assimilés à la banqueroute sont passibles des peines prévues pour ces infractions par les dispositions du droit pénal en vigueur dans chaque Etat-partie ». Au Sénégal, par exemple, c'est la référence à l'article 376 du Code pénal qui énonce les peines encourues en cas de banqueroute, ainsi cet article dispose que : « Ceux qui seront déclarés coupables de banqueroute seront punis ; Les banqueroutiers simple d'un emprisonnement d'un mois à deux ans. Les banqueroutiers frauduleux d'un emprisonnement de cinq à dix ans ». Au Cameroun, le délit est énoncé par les articles 332 et 333 du Code pénal respectivement pour la banqueroute simple et la banqueroute frauduleuse. Nous constatons que les sanctions encourues sont pour la majeure partie des pays semblables dans l'une ou l'autre forme de banqueroute. A titre d'exemple, (Togo : article 118 du Code pénal, Niger : article 365 du Code pénal). Toute sanction provoque par ailleurs, de plein droit la faillite personnelle, de même que les autres condamnations civiles prévues par l'AUPOPCAP (Art. 196 de l'AUPOPCAP). En ce qui concerne la poursuite du délit de banqueroute, il est important de souligner que tous les fondements de banqueroute constituent des infractions distinctes (Art. 234 à 239 de l'AUPOPCAP) A priori, c'est l'état de la cessation des paiements de la société qui montre la délimitation entre l'abus de biens sociaux et la banqueroute.

¹³⁰⁰ Art. 230 de l'AUPOPCAP.

société commerciale de quelque type que ce soit et même de n'importe quelle personne morale ayant une activité économique, de même que le représentant permanent d'une de ces entreprises, peuvent être poursuivis pour banqueroute. Au surplus, la personne morale peut être condamnée pénalement pour banqueroute mais pas pour abus de biens sociaux. Il est important de souligner ici, que l'ambition d'un intérêt personnel de la part du dirigeant n'est pas requise pour la constitution du délit.

417- D'autres éléments peuvent opérer une distinction entre les deux notions. L'élément moral : la mauvaise foi est nécessaire pour les deux délits, mais il n'est pas de matière similaire puisque l'infraction d'abus de biens sociaux est accomplie dans un intérêt personnel direct ou indirect, alors que le détournement d'actif a pour but de retarder l'ouverture de la procédure de défaillance. L'infraction d'abus de biens sociaux peut être commise non seulement sur l'actif social, comme en cas de banqueroute, mais également sur le crédit de la société.

2.2 Désaccords entre les deux infractions

418- Le besoin de séparer abus de biens sociaux et banqueroute n'est pas d'un intérêt purement théorique : si les sanctions encourues au titre des deux infractions sont sensiblement les mêmes, les intérêts sociaux défendus par les deux incriminations ne sont pas semblables : l'abus de biens sociaux tend à garantir l'intérêt social, alors que la banqueroute tend à préserver le crédit social. C'est pourquoi, l'intérêt de groupe qui permet sous certaines conditions étroites de justifier le délit d'abus de biens sociaux n'est pas transposable au délit de banqueroute.

La Cour de cassation a, d'ailleurs, posé un principe contradictoire entre ces qualifications, dans la mesure où elles ne protègent pas les mêmes valeurs sociales¹³⁰¹. En effet, l'incrimination de banqueroute vise à assurer le crédit de l'entreprise, alors que celle d'abus de biens sociaux vise à protéger l'intérêt social.

¹³⁰¹ Cass. crim., 27 oct. 1999, n° 98-85.651, JCP E 2000, p. 1045, note J.-H. ROBERT, Dr. pén. 2000, comm.48, obs. J.-H. ROBERT, RJDA 3/2000, n° 284.

3. Abus de biens sociaux et corruption

419- La corruption est avec l'insécurité politique, le motif essentiel pour les investisseurs de s'abstenir d'un engagement en Afrique. Le délit de corruption est généralement constitué de faits se rapportant à la qualification d'abus de biens sociaux. Même s'ils paraissent communs, ils emportent d'autres critères caractéristiques. Ce qui naturellement a pour effet que les intérêts défendus ne sont pas les mêmes et que le régime de poursuite peut être divergent.

L'abus de biens sociaux est habituellement employé pour accabler des faits qui peuvent avoir la qualification de corruption, le juge établissant donc une attache entre l'abus de biens sociaux fondé, et le délit de corruption à déterminer. La première infraction constituerait, selon la doctrine, un *délit moyen*, tandis que la seconde apparaîtrait comme un *délit but*¹³⁰². A cet effet, les intérêts atteints par le délit de corruption et celui d'abus de biens sociaux ne sont pas similaires, l'infraction de corruption touche l'intégrité publique et par conséquent les citoyens, la nation par opposition à l'abus de biens sociaux qui, quant à lui, frappe les intérêts sociaux et même plus considérablement l'économie du secteur pris en compte. Autrement dit, les valeurs sociales auxquelles il est porté atteinte ne sont pas les mêmes¹³⁰³.

De plus, « *il est bien plus aisé de caractériser un abus de biens sociaux en découvrant des flux financiers suspects, qui laissent toujours des indices, fussent-ils discrets, que d'établir l'existence d'un pacte de corruption, dont la seule trace matérielle est précisément la concomitance des décisions politiques ou économiques avec ces transferts inexplicables de fonds* »¹³⁰⁴. Par ailleurs, on arrive toutefois à prouver l'existence de corruption par le biais de la manifestation d'un abus de biens sociaux¹³⁰⁵. Toutefois, la corruption est souvent accaparée

¹³⁰² A. DEKEUWER, « Défense et illustration de l'incrimination d'abus de biens sociaux dans un système de corruption », JCP E 1998, n° 9, p. 310.

¹³⁰³ Lamy Droit pénal des affaires, « Abus de biens sociaux et corruption », 2012, 1886.

¹³⁰⁴ A. DEKEUWER, « Défense et illustration de l'incrimination d'abus de biens sociaux dans un système de corruption », JCP E 1998, n° 9, p. 310.

¹³⁰⁵ On a pu dire que c'était un délit « attrape-tout » tant son domaine est vaste et flou. Ce n'est pas faux. C'est surtout une infraction qui a permis, par sa définition très large, de poursuivre d'autres agissements répréhensibles dont on ne pouvait apporter la preuve devant un tribunal. La corruption, par exemple, qui est beaucoup plus difficile à prouver, a souvent été poursuivie par le biais de l'abus de biens sociaux vis-à-vis de celui qui paie pour obtenir un marché. V. en ce sens, C. AMBROISE-CASTEROT, « Droit pénal spécial et des affaires », Gualino, 2008, n° 557 et s ; P. CONTE et W. JEANDIDIER, « Droit pénal des sociétés commerciales », Litec, 2004, n° 209 ; F. STASIAK, « Droit pénal des affaires », LGDJ, 2009, p. 203.

par l'abus de biens sociaux en jurisprudence française. C'est donc logiquement la qualification de recel d'abus de biens sociaux qui est retenue¹³⁰⁶.

B. Les limites « *ratione personae* », l'imputabilité de l'infraction

420- Comme on l'a précédemment indiqué, les infractions d'abus de biens sociaux sont des délits attitrés. Outre le dirigeant social¹³⁰⁷, un certain nombre d'individus peut également participer à l'infraction (1). Si en cas d'abus de biens sociaux, l'AUSCGIE indexe directement les personnes responsables, il convient également de faire état des victimes à l'abus (2).

1. Les personnes responsables

421- L'abus de biens sociaux touche en général, au nom de la société, les dirigeants qui soustraient l'intérêt de l'entreprise vers les intérêts personnels. Le droit Ohada apprécie la société comme une personne indépendante, abuser de la personne fut elle morale, est une faute pénale¹³⁰⁸. Les sanctions pour abus de biens sociaux prennent de plus en plus d'ampleur dans l'espace Ohada. Le public ne faisant pas, auparavant, d'amalgame entre les défaillances bénignes et les infractions graves, les ajustements effectués dans l'intérêt de l'entreprise et les concussions qui ne profitent qu'aux dirigeants.

Les dispositions incriminant l'abus de biens sociaux précisent de façon claire les individus susceptibles d'être poursuivis. Eut égard au principe de la légalité et des peines¹³⁰⁹, les tribunaux n'ont pas de pouvoir d'interprétation et ne peuvent condamner sur la base de ce délit que les personnes expressément visées par le texte. On distingue différents protagonistes dans le libellé de ces condamnations. En effet, contrairement à ce que l'on serait tenté

¹³⁰⁶ L'un des nombreux intérêts de l'affaire « Carignon » réside dans le cumul d'infractions en appliquant au dirigeant social l'abus de biens sociaux et la corruption active, et à l'homme politique la qualification de recel d'abus de biens sociaux et celle de corruption passive.

¹³⁰⁷ Contrairement à l'AUSCGIE qui ne fait référence expressément qu'au dirigeant de droit, il faut bien sûr considérer le dirigeant de fait, le dirigeant apparent ou encore le dirigeant occulte. De tous ceux qui viennent d'être évoqués, seul le dirigeant de droit constitue le représentant légal de la société.

¹³⁰⁸ Y. B. MEUKE, « L'abus de biens sociaux dans l'espace Ohada : ce que les patrons ne pourront plus faire », *Rev. Jurifis. Info*, avril 2009, n° 2, p. 32.

¹³⁰⁹ En vertu de l'adage pénal, « *nullem crimen sine lege* », le domaine de l'abus de biens sociaux est expressément organisé par les textes légaux.

d'imaginer, les poursuites du chef d'abus de biens sociaux peuvent être entreprises non seulement contre l'auteur du détournement, ce qui se manifeste comme normal, mais aussi contre les complices et les receleurs. Par ailleurs, la responsabilité des dirigeants d'une société cotée en matière de fonctionnement et d'administration en droit Ohada, ne se distingue pas vraiment de celle des dirigeants d'une société non cotée¹³¹⁰.

1.1. Les auteurs principaux

422- Conformément à l'article 891 de l'AUSCGIE, sont généralement responsables le président directeur général, les administrateurs, le directeur général, l'administrateur général ou l'administrateur général adjoint dans les sociétés anonymes, les gérants dans la SARL. Dans toutes les sociétés évoquées ci-dessus, les textes qui visent les dirigeants de droit sont également applicables aux dirigeants de fait qui auront exercé la gestion, directement ou indirectement, sous le couvert et aux lieux et places des dirigeants légaux¹³¹¹.

Comme nous l'avons démontré dans la présente thèse, le dirigeant de fait est comparable au dirigeant de droit concernant le caractère pénal. Ainsi au-delà de la sphère des associés, on y trouve d'autres dirigeants en puissance. A titre d'exemple, il peut s'agir par exemple d'un banquier qui essaie parfois de diriger lui-même la société ou de la piloter par personne interposée : il est alors qualifié de dirigeant de fait¹³¹². Par ailleurs, il convient d'invoquer aussi la délégation de pouvoirs¹³¹³. Car en effet, la Cour de cassation a certifié que : « *hors les cas où la loi en dispose autrement, le chef d'entreprise, qui n'a pas personnellement pris part à la réalisation de l'infraction, peut s'exonérer de sa responsabilité pénale s'il rapporte la preuve qu'il a délégué ses pouvoirs à une personne pourvue de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires* »¹³¹⁴. Autrement dit, le délégataire parce qu'il endosse la responsabilité, s'expose aux sanctions pénales afférentes. Le dirigeant se contentera juste de rapporter la preuve de la nature de la délégation des pouvoirs alléguée. Il convient de signaler aussi que l'abus de biens sociaux peut frapper aussi les liquidateurs des sociétés évoquées ci-

¹³¹⁰ S. O. CAMARA, « Des responsabilités encourues par les dirigeants de la société cotée dans l'espace Ohada », juil. 2012, p. 6, Ohadata D-12-66, p. 6.

¹³¹¹ Cass. crim., 11 janvier 1996, Bull. crim., n° 21.

¹³¹² Affaire ABA c/ PARIBAS Gabon et BICIC Gabon, note D. O'NGWERO, Penant, n° 817, 1995, p. 99.

¹³¹³ F. MARMOZ, « La délégation de pouvoir », Litec, 2000 ; J.-F. BULLE, « Les délégations de pouvoirs », JCP E, 1999, I, 1136.

¹³¹⁴ Cass. crim., 11 mars 1993, n° 90-84.931, Bull. crim. 1993, n° 112, p. 270.

dessus. En effet, aux termes de l'article 902 al. 1 de l'AUSCGIE : « *encourt une sanction pénale, le liquidateur qui, de mauvaise foi aura fait des biens ou du crédit de la société en liquidation, un usage qu'il savait contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre personne morale dans laquelle il était intéressé, directement ou indirectement* ».

423- Depuis la loi dite « *Perben II* »¹³¹⁵ du 9 mars 2004, la responsabilité pénale des personnes morales peut être recherchée. Dans le cas d'abus de biens sociaux, cette précision était indispensable puisqu'il fallait résoudre la situation dans laquelle une holding tête de groupe vampirisait ses filiales et usait frauduleusement des biens des sociétés filles. Toutefois, pour que la responsabilité pénale d'une personne morale puisse être engagée, et conformément au régime en vigueur avant l'application de la loi du 9 mars 2004, l'infraction doit toujours être commise par un organe ou représentant de la personne morale et pour le compte de celle-ci. A contrario, lorsque la victime directe est la personne morale, notamment en matière d'abus de biens sociaux, ce principe ne s'applique pas, sauf si le dirigeant a commis cette faute pour favoriser une autre société.

424- Sur le terrain pénal, l'Acte uniforme n'a pas prévu la responsabilité pénale des personnes morales¹³¹⁶. En effet, l'Ohada n'a pas abordé l'interrogation de la responsabilité pénale des personnes morales¹³¹⁷, alors que certaines législations en ont fait référence à travers leurs codes pénaux¹³¹⁸. Autrement dit, en omettant les personnes morales du domaine de la responsabilité pénale, le législateur laisse à imaginer qu'elles jouissent d'une certaine irresponsabilité pénale découlant de leur statut juridique. Dans le cas d'espèce, les personnes morales peuvent se plaindre d'abus de biens sociaux, mais elles ne sont pas admises à répondre pénalement des actes commis dans le cadre de leur activité. Il suit des législations française et Ohada, que les personnes morales ne sauraient se voir reprocher un délit d'abus

¹³¹⁵ La Loi Perben II, ou plus précisément la « loi du 9 mars 2004 portant sur l'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », est une loi française essentiellement destinée à lutter contre la délinquance et la criminalité organisée.

¹³¹⁶ Encyclopédie de droit Ohada, Dir. P.-G. POUGOUE, n° 139, p. 1876.

¹³¹⁷ A. FOKO, « Analyse critique de quelques aspects du droit pénal Ohada », Penant, 2007, n° 859, p. 208.

¹³¹⁸ L'article 97 du Code pénal ivoirien dispose que : « la personnalité des personnes morales peut être engagée dans les conditions définies par une disposition spéciale de la loi », et l'article 98 dudit code dans sa version issue de la loi n° 93-764 du 3 octobre 1996, apporte des précisions importantes quant aux modalités de mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales.

de biens sociaux en tant qu'auteur. Cette dernière pouvant alors être poursuivie en qualité de complice pour instigation du délit, voire de receleur d'abus de biens sociaux.

1.2. Les complices

425- En principe, le dirigeant auteur de l'acte contraire, est seul responsable en qualité d'auteur de l'infraction. La complicité laisse imaginer un acte positif de complicité. Toute personne, qui sans exercer l'élément matériel personnellement d'un délit, mais qui aide ou suscite sa perpétration, peut se voir poursuivie et sanctionnée aux termes des articles 45 et 46 du Code pénal sénégalais, sous le chef d'inculpation lorsque le fait principal condamnable est désigné de crime ou délit¹³¹⁹. Le complice d'un abus de biens sociaux est donc condamnable sous les conditions du droit commun c'est-à-dire qu'il doit avoir eu vent des détails du délit pénal reproché à l'auteur principal et accompli des actes positifs¹³²⁰. La complicité d'abus de biens sociaux requiert ainsi la connaissance dès l'instant de l'acte remis en cause, que celui-ci était contraire à l'intérêt de la société¹³²¹. Cependant, il importe peu que le complice n'ait pas pour sa part, la qualité de dirigeant de droit ou de fait. C'est ainsi qu'a été reconnu coupable de complicité d'abus de biens sociaux, un expert-comptable qui, en toute connaissance de cause, a masqué les détournements de fonds sociaux et établi des procès-verbaux d'assemblées générales autorisant certaines des opérations reprochées¹³²², toutefois, la complicité d'abus de biens sociaux ne saurait être retenue si ce professionnel « *n'a fait que retranscrire fidèlement dans les écritures la réalité d'opérations qui mettaient en évidence les prélèvements opérés par le responsable de l'entreprise* »¹³²³. Dans une autre affaire, l'époux de la cédante d'actions, conseiller de la famille actionnaire, qui a participé en parfaite connaissance de la finalité des opérations délictueuses à toutes les négociations, apportant ainsi aide et assistance à la cédante¹³²⁴. On peut également parler de la responsabilité du commissaire aux comptes, lorsqu'il ne révèle pas des faits délictueux¹³²⁵. Par conséquent,

¹³¹⁹ Repris par l'article 97 du Code pénal camerounais.

¹³²⁰ J. MESTRE, D. VELARDOCCIO, « Lamy sociétés commerciales », 2012, n° 746.

¹³²¹ C. MASCALA, « Droit pénal des affaires 2007 », Recueil Dalloz 2007, n° 23, p. 1624.

¹³²² Cass. crim., 25 févr. 2009, n° 08-80.314, Bull. Joly Sociétés 2009, p. 792, note E. DEZEUZE, JCP E 2009, 1841, chron. E. FORTIS, Y. MULLER.

¹³²³ Cass. crim., 6 sept. 2000, n° 00-80.989, Bull. Joly Sociétés 2001, p. 17, note C. ROCA, Rev. sc. crim. 2001, p. 393, obs. J.-F. RENUCCI, D. 2001. somm., p. 2350, obs. G. ROUJOU De BOUBEE.

¹³²⁴ Cass. crim., 14 janv. 2009, n° 08-80.584, Bull. Joly Sociétés 2009, p. 504, note H. MATSOPOULO, Rev. sociétés 2009, p. 163, note B. BOULOC, Dr. pén. 2009, p. 28, note J.-H ROBERT.

¹³²⁵ Cass. crim., 9 févr. 2005, n° 04-81.776, Bull. crim., n° 47, Rev. sociétés 2005, p. 673, note B. BOULOC.

l'abus de biens sociaux constituant un délit de fonction, les individus autres que les dirigeants ne peuvent être que poursuivis pour complicité et jamais être coauteurs.

1.3. Les receleurs

426- Le recel est une infraction qui a pour nature d'acquérir quelque chose qui a été obtenu auparavant frauduleusement ou de manière indécente¹³²⁶. Est receleur celui qui, après la commission d'un crime ou d'un délit, soustrait le malfaiteur ou ses complices à l'arrestation ou aux recherches ou qui détient ou dispose des choses enlevées, détournées ou obtenues à l'aide de l'infraction¹³²⁷. Le recel suppose donc une infraction d'origine, qui peut très bien être l'abus de biens sociaux. En effet, les choses se compliquent lorsqu'on parle de recel d'abus de biens sociaux. Il s'agit d'une infraction indépendante mais logique. Les éléments constitutifs de l'abus de biens sociaux semblent écarter toute faculté de détention chez toute autre personne, étant donné qu'il bénéficie par définition à son auteur qui, assouvissant un intérêt personnel, garde en principe le privilège qu'il peut en bénéficier.

Le recel d'abus de biens sociaux est une infraction effectuée par tout individu qui en profite, par tout moyen et en toute connaissance de cause, du fruit de l'abus de biens sociaux commis par un tiers. Il s'agit donc d'une infraction qui implique cependant un délit d'origine d'où le receleur tire parti ou coopère à la réception de la chose provenant du délit¹³²⁸. Ce délit admet ainsi tout au moins deux protagonistes, autrement dit, le receleur ne peut être simultanément coauteur du délit d'origine¹³²⁹. Dans ces conditions, puisque ces personnes obtiennent en nature ou en argent « *le fruit* » des abus de biens sociaux, le recel semble être la qualification appropriée. Trois conditions doivent donc être réunies pour constituer un recel d'abus de biens sociaux :

¹³²⁶ Doctrine, « Le recel d'informations », Droit pénal 2008, n° 9, p. 28 ; J. MESTRE, D. VELARDOCCHIO, « Lamy sociétés commerciales », 2012, n° 749.

¹³²⁷ Art. 100 du Code pénal camerounais ; Dans le même sens, art. 430 du Code sénégalais.

¹³²⁸ C. DUCOULOUX-FAVARD, « Lamy droit pénal des affaires », 2013, n° 662.

¹³²⁹ Cass. crim., 31 janv. 2007, n° 02-85.089, Bull. crim. 2007, n° 28, Dr. sociétés 2007, comm. 83, obs. R. SALOMON, Rev. sociétés 2007, p. 379, note B. BOULOC.

- un délit ou une infraction¹³³⁰, pour que soit précisée l'infraction de recel, il est opportun qu'un délit originaire ait été accompli ;
- une acquisition, voire un profit spontané : ici, l'infraction peut être estimée comme caractérisée quand il y'a une existence nette d'un bénéfice pour celui qui en a profité. Par conséquent, toute personne ayant bénéficié du fruit d'un abus de biens sociaux est blâmable, quel qu'en soit le procédé et à partir du moment où cela a été établi en toute connaissance de cause. C'est ainsi qu'un individu qui se fait rembourser une dette personnelle par la gérante de droit d'une société qui a prélevé les sommes nécessaires dans les comptes sociaux¹³³¹ est coupable de recel d'abus de biens sociaux. Il en est également de la responsabilité d'une femme d'un dirigeant social qui encaisse des fonds détournés¹³³² ;
- la conscience de receler : il s'agit ici d'apporter la preuve de cette conscience par la personne qui se trouve en situation de recel. En effet, le receleur doit nécessairement avoir eu une appréhension de la source illicite de l'objet du recel. Cette preuve est de toute évidence, pénible à déceler. C'est ainsi qu'a été retenu coupable de recel, un prévenu « *qui avait nécessairement conscience de l'origine délictueuse des fonds dès lors qu'il les a reçus sur un compte occulte et n'a pu en justifier la provenance et en a dissimulé l'existence* »¹³³³. L'on pourrait également faire référence à cette vieille jurisprudence dans laquelle la responsabilité de cet avocat a été retenue en cas de recel d'abus de biens sociaux par le fait qu'il recevait de la société d'importantes sommes dont il connaît très bien l'origine délictueuse, eu égard aux difficultés de trésorerie de cette société et son endettement croissant¹³³⁴.

2. Les victimes

427- L'abus de biens et de crédit sociaux est par définition une infraction. Or, un délit constitue toujours la conséquence d'un dommage à autrui. Sous le couvert de la société, le

¹³³⁰ Pour la circonstance, l'existence d'un abus de biens sociaux s'impose.

¹³³¹ Cass. crim., 22 jan. 2003, n° 02-82.152.

¹³³² Cass. crim., 3 nov. 1983, n° 82-92.735 ; Dans le même sens, l'épouse d'un PDG qui perçoit régulièrement un salaire, même modique, alors qu'elle ne rend à la société que de « *menus services* » se bornant à faire de brèves apparitions au siège – Cass. crim., 3 nov. 1980, n° 80-90.362.

¹³³³ Cass. crim., 24 sept. 2008, n° 08-80.113, Dr. pén. 2008, comm. 139, obs. M. VERON.

¹³³⁴ Cass. crim., 1^{er} févr. 1988, n° 86-95.678, Bull. crim., n° 47, p. 120, Rev. sc. crim. 1989, p. 112, obs. P. BOUZAT.

ministère public peut exercer une action publique contre le délinquant afin de le faire condamner à une sanction pénale. Par conséquent, l'infraction d'abus de biens sociaux nuit aussi bien les intérêts de la société que ceux des associés.

2.1. La société touchée

428- Tout dirigeant ayant commis un abus de biens sociaux doit répondre des conséquences dommageables de celui-ci¹³³⁵. Le délit d'abus de biens sociaux compromet d'abord matériellement et directement à la société qui en est la victime¹³³⁶. Il expose la société à une perte ou à un risque de perte puisque par définition le délit n'existe que si l'acte du dirigeant social est contraire aux intérêts de la société¹³³⁷. La société a qualité pour agir lorsqu'elle a subi un préjudice provoqué par la faute de ses dirigeants ou gérants¹³³⁸. Ainsi, la société ayant subi l'abus de biens sociaux peut exercer une action en responsabilité. Elle est donc habilitée à se constituer partie civile par l'intermédiaire de son représentant légal¹³³⁹.

2.2. Les associés ou actionnaires

429- Tout associé ou actionnaire ayant subi un dommage de la part d'un gérant ou d'un dirigeant, peut intenter une action en responsabilité contre ce dernier. Il est question là d'une action en responsabilité délictuelle, qui nécessite la preuve de la faute, et la preuve du lien de causalité entre la faute commise et le préjudice. La recherche d'une sanction efficace a mené le législateur Ohada à retarder sans cesse les frontières du champ d'application de ce délit. Ces restrictions ne font néanmoins pas illusion car la qualification d'abus de confiance est toujours là pour remédier à l'inapplicabilité *de jure* de l'abus de biens sociaux. En principe les personnes responsables doivent être condamnées par les juridictions aux peines reprises par le texte de l'article 891 de l'Acte uniforme, mais nous constaterons dans la prochaine section la difficulté de punir un auteur susceptible d'abus de biens sociaux. Par contre l'on peut envisager tout au moins, les modalités relatives à sa mise en œuvre.

¹³³⁵ Y. MULLER, « Abus de biens sociaux et action civile, » Journ. sociétés, mars 2007, p. 46.

¹³³⁶ R. SALOMON, « Le particularisme de l'action civile en droit pénal des affaires », Petites Affiches 2008, n° 8, p. 9 ; J.-H. ROBERT, « L'indolence équipollente à l'abstention, Action ut singuli », Droit pénal 2010, n° 3, comm. 37, p. 55.

¹³³⁷ J. MESTRE, D. VELARDOCCHIO, « Lamy sociétés commerciales », 2012, n° 752.

¹³³⁸ Voir l'action sociale dans la présente thèse.

¹³³⁹ Cass. crim., 8 mars 2006, n° 05-82.865, Bull. Joly Sociétés 2006, p. 1048, note P. SCHOLER.

§ 2. LE REGIME DE POURSUITE DE L'INFRACTION

430- Aux termes de l'article 5 du traité Ohada¹³⁴⁰ : « *les actes pris pour l'adoption des règles communes prévues à l'article premier du présent Traité sont qualifiés " actes uniformes ". Les actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale. Les Etats Parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues* ». Les peines applicables sont donc établies et régies par la loi nationale des Etats-parties. En l'état actuel, du droit des nations ayant signé le traité Ohada, la majeure partie des Etats n'ont pas encore ratifié le fondement se rapportant aux incriminations prévues par le droit Ohada¹³⁴¹. Sur le plan pénal, la réalité des accusations ne permet pas à établir une infraction, il convient de dire que dans ces pays, les incriminations relatives à l'abus de biens sociaux analysées en droit Ohada, ne constituent pas des délits¹³⁴². A l'instar du Sénégal, du Cameroun, de la Centrafrique, les autres pays membres ne font pas mention de l'abus de biens sociaux dans leur législation, ils continuent à qualifier ces faits sous la qualification d'abus de confiance.

Sans donc se dérober aux règles générales des principales lois¹³⁴³ des pays ayant ratifié cette incrimination, le régime de poursuite de cette infraction révèle un certain nombre de caractéristiques attachées aux circonstances qui ensèrent sa découverte. Les agissements virtuellement condamnables effectués par un mandataire social dans l'environnement d'une société *in bonis* nuisent si peu les intérêts des coassociés qu'ils passent inaperçus jusqu'au jour de leur révélation inhérente souvent à une mise en liquidation se produisant la plupart du temps des années après que la concussion soit faite, et sans qu'il y ait pour autant un lien de cause à effet. Ainsi, s'érige toute une cascade de difficultés qui se condensent sous deux points essentiels qui concernent la mise en mouvement de l'action publique (**A**) et la possible constitution de partie civile (**B**).

¹³⁴⁰ « Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires - 63 articles », JO Ohada, n°4 du 1^{er} nov. 1997, p.1.

¹³⁴¹ Ce mécanisme a pour conséquence de créer des situations dans lesquelles des dispositions du droit uniforme ne peuvent produire leur plein effet car, l'Etat membre : - connaît pas l'infraction prévue par le droit uniforme ; et/ou - ne dispose pas d'un dispositif propre à l'infraction prévue par le Droit uniforme ; et/ou - n'a pas pris de disposition pour mettre en œuvre le dispositif de sanction adapté.

¹³⁴² Ceci sous réserve de l'existence des infractions correspondantes de droit interne antérieures à l'Ohada.

¹³⁴³ Nous ne citerons pas évidemment toute la législation Ohada propre à chaque Etat en la matière au risque d'un trop grand débordement.

A. La mise en mouvement de l'action publique

431- L'alinéa 1 de l'article 1 du Code de procédure pénale sénégalais prévoit que la décision ou non de mettre en mouvement l'action publique¹³⁴⁴ est du ressort des magistrats ou des fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi. Plus loin, ledit article précise que cette action peut aussi être mise en mouvement par la partie lésée, dans les conditions déterminées par le présent code. Cet article est repris dans les conditions similaires par l'article 60 du nouveau Code de procédure pénale camerounais¹³⁴⁵. Cependant, il convient de noter que la mise en mouvement initiée par la victime du délit qui jouit de cette possibilité, assurément exceptionnelle mais abondamment utilisée, de demander à la justice répressive, abstraction faite de toute décision du parquet, de réparer le dommage causé de la commission du délit, simultanément qu'il sera tranché sur la peine qui doit punir son auteur. Pour que des poursuites puissent être engagées, il est nécessaire que des comportements délictueux (1) aient été formulés à la connaissance du ministère public, et qu'un préjudice ait en outre été éprouvé (2).

1. La révélation des comportements délictueux

432- Il est absolument naturel qu'un associé puisse signaler des abus, principalement lorsque ces abus ont abouti à la ruine de la société. Par contre, il n'est pas souhaitable que leur révélation constitue un bouclier apte à être employé pour interrompre des antagonismes entre associés, ou encore que l'avertissement d'une dénonciation soit une méthode habile autrement d'intimidation du moins d'influence. C'est en ce sens que SOUSI déclare : « *qu'aucun dirigeant n'est à l'heure actuelle à l'abri d'une dénonciation pour abus de biens sociaux* ». En effet, pour lui, « *le grand nombre d'abus de biens sociaux dont les dirigeants peuvent se rendre coupables et la facilité avec laquelle l'action publique peut être mise en mouvement, permettent le développement du chantage entre associés* »¹³⁴⁶. Les textes des articles 1, 2, et 3 du Code de procédure pénal sénégalais¹³⁴⁷ sont applicables en la matière comme dans toute autre si bien que, chaque associé peut instruire une action en réparation du préjudice qui lui a

¹³⁴⁴ Conformément à la loi pénale, l'action publique constitue celle qui tend à faire exprimer contre les auteurs de délits pénaux, les mesures et peines décrétées par la loi.

¹³⁴⁵ Voir le livre II relatif à la constatation et à la poursuite des infractions.

¹³⁴⁶ G. SOUSI, « Un délit souvent inadapté : l'abus des biens ou du crédit de la société » RTD com. 1972, p. 304.

¹³⁴⁷ Repris successivement par les articles 60 et 61 du NCPP camerounais.

été occasionné individuellement et *tout de go* par le délit commis par le dirigeant de la société. En droit commun, comme nous le savons tous, la réparation d'un préjudice subi par la victime est soumise à la présence d'un dommage actuel et certain ce qui se montre souvent moins pointilleux en droit pénal des sociétés. Conscient de l'embarras que cette ambiguïté laissa planer sur le régime de poursuite de l'infraction, le législateur Ohada n'a pas tergiversé s'agissant des SA¹³⁴⁸ et des SARL¹³⁴⁹, à faire des commissaires aux comptes d'importants auxiliaires du ministère public en mettant à leur poids un réel devoir de délation pénalement réprimé. Mais pour les autres sociétés ne remplissant pas les critères relatifs à ces deux articles, la nomination d'un commissaire aux comptes peut être facultative.

433- Ainsi comme nous l'avons mentionné dans le cas de l'expertise de gestion, les commissaires aux comptes sont investis d'une mission constante de contrôle et d'informations. Par conséquent, les larges pouvoirs de vérification dont ils sont détenteurs les rendent à même de découvrir et d'indiquer dans l'intérêt des associés, toute anomalie survenue dans la gestion de la société, c'est ce qui ressort de l'article 716 de l'AUSCGIE qui dispose 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. 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* ». En cas de non révélation de ces faits délictueux, il peut être poursuivi en tant que complice. Mais rien n'empêche que l'existence d'un délit d'abus de biens sociaux apparaissant dans son principe, puisse être constatée par des personnes normalement avisées et diligentes, comme les actionnaires, qui ont la possibilité de mettre en mouvement l'action publique¹³⁵⁰. La révélation des comportements répréhensibles entraîne des sanctions qui constituent la suite logique du déclenchement de la poursuite. Par ailleurs, la tentative du délit d'abus de biens sociaux n'est pas punissable. En effet, l'infraction ne se consomme que lorsque le bien social est en la possession de l'agent¹³⁵¹.

2. La légalité de la poursuite

¹³⁴⁸ Art. 702 de l'AUSCGIE.

¹³⁴⁹ Art. 376 de l'AUSCGIE.

¹³⁵⁰ J. MESTRE, D. VELARDOCCIO, « Lamy sociétés commerciales », 2012, n° 750.

¹³⁵¹ Cass. crim., 7 avr. 1998, n° 97-83.801, Rev. sociétés 1998, p. 624, note B. BOULOC, Dr. pén. 1998, comm. 99, obs. J.-H. ROBERT.

434- L'abus de biens sociaux du fait de son originalité, ressort des règles pénales classiques. Les règles procédurales dérogatoires au droit commun qui s'appliquent semblent confirmées par la clandestinité de ce délit. Or, pour un technicien du droit, il est clair que l'interprétation ultra-extensive de la jurisprudence se manifeste par une déviation du droit positif par rapport au texte lui-même mais aussi par rapport aux principes du droit pénal. Lorsque tous les éléments constitutifs du délit d'abus de biens sociaux sont réunis, les dirigeants et leurs complices sont en principe exposés aux peines édictées par les dispositions qui leur sont applicables.

2.1. Les peines encourues

435- L'incrimination de l'infraction d'abus de biens sociaux dans l'AUSCGIE a pour objectif de punir l'appropriation illégitime des biens inhérents au patrimoine de la personne morale. Le délit découle donc de l'usage de ceux-ci, contraire à l'intérêt social, en vue de favoriser intentionnellement un intérêt personnel.

Comme nous l'avons mentionné plus haut, Les Etats-parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues. Jusqu'à ce jour, à l'instar de certains pays membres tels que le Cameroun, le Sénégal et la Centrafrique, les autres pays n'ont pas évolué dans la qualification de cette infraction. La désignation des faits frauduleux permet d'établir le texte sur le fondement duquel les poursuites vont être engagées. En prenant le cas du Benin par exemple, et en se basant sur son droit positif actuel, le délit d'abus de biens sociaux ne peut être considéré comme une cause de détention préventive étant donné l'inexistence de ce même droit. En effet, le Conseil des ministres du 10 octobre 2012 a décidé d'engager des poursuites judiciaires (civiles et pénales) contre Julien Pierre AKPAKI, Ex Directeur général de l'Ortb et Issa SALIFOU SALEY, promoteur de la chaîne privée Canal3 et de la société Bell Bénin. Conformément à l'article 17 de la constitution béninoise du 11 décembre¹³⁵², « *toute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public durant lequel toutes les garanties nécessaires à sa libre défense lui auront été assurées. Nul ne sera condamné pour des actions ou*

¹³⁵² Loi n° 90-32 du 11 décembre 1990 portant Constitution de la République du BENIN.

omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne constituaient pas une infraction d'après le droit national. De même, il ne peut être infligé de peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise ». Quant au Code pénal béninois, en son article 4, il dispose que « *nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis* ». Au regard de l'instruction de ces articles cités, avant le jugement d'un individu pour des faits caractérisés d'abus de biens sociaux, il conviendrait que les actions ou omissions qui sous-tendent cette condamnation soient appréciées du droit national. Par conséquent comment peut-on débiter une procédure pénale, lorsque les sanctions du délit supposé violé, sont illusoires. L'on ne peut donc condamner un individu lorsqu'on sait que le délit faisant l'objet de la poursuite ne trouve pas son fondement dans le droit positif de ce pays. Il faudrait pour cela, soit combler le vide juridique en dotant ces pays d'un code pénal prenant en compte l'infraction d'abus de biens sociaux mais également de toutes les autres infractions en matière de droit pénal des affaires, ou tout simplement, en adoptant le projet de loi portant répression des infractions disposées dans l'AUSCGIE.

436- Le Cameroun, la Centrafrique et le Sénégal sortent du lot en ayant ajouté le droit communautaire en administrant des sanctions pénales dans leurs droits internes. Par ailleurs, il ne s'agissait pas d'harmoniser les peines pénales, mais plutôt de fortifier celles existantes. Cette position nous amène malheureusement à reconnaître une discordance non seulement avec les nations n'ayant pas envisagé de nouvelles sanctions, mais également avec celles qui ont recouru à des textes nouveaux. Ainsi, la loi n° 2003/008 du 10 juillet 2003 portant répression des infractions contenues dans certains actes uniformes, en son article 9¹³⁵³, dispose que « *les auteurs du délit d'abus de biens et de crédit sociaux, sont punis d'une peine d'emprisonnement de 1 à 5 ans et d'une amende de 2 à 20.000.000 de francs CFA* ». Suivant l'article 88 du code pénal camerounais, en cas de récidive, l'inculpé encourt une sanction égale au double du maximum de la peine exigée par la loi. Au Sénégal, l'article 6 de la loi 98-22 du 26 mars 1998 portant sanctions pénales applicables aux infractions contenues dans l'AUSCGIE, a prévu une peine allant de « *1 à 5 ans et une amende de 100.000 à 5.000.000*

¹³⁵³ Art. 9 de la loi n° 2003/008 : « En application de l'article 891 de l'acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, sont punis d'un emprisonnement de un (1) à cinq (5) ans et d'une amende de 2 000 000 à 20 000 000 de francs, le gérant de la société à responsabilité limitée, les administrateurs, le président directeur général, l'administrateur général ou l'administrateur général adjoint qui, de mauvaise foi ont fait, des biens ou des crédits de la société, un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles, matérielles ou morales, ou pour favoriser une autre personne morale dans laquelle ils étaient intéressés, directement ou indirectement ».

FCFA, les deux étant impérativement infligées ». L'article 215 du Code pénal centrafricain prévoit qu' : « *encourt une peine d'emprisonnement d'un à cinq ans et/ou d'une amende de 1.000.000 à 5.000.000 de francs, tout gérant de la SARL, l'administrateur, le président directeur général, le directeur général, l'administrateur général ou l'administrateur général adjoint qui, de mauvaise foi, aura fait des biens ou du crédit de la société un usage qu' il savait contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles matérielles ou morales ou pour favoriser une autre personne morale dans laquelle il était intéressé, directement ou indirectement* ».

Toutefois, il est à considérer que la nature des sanctions prévues est divergente. En effet, le droit camerounais soumet certains actes accomplis par les dirigeants des entreprises publiques ou parapubliques à des dispositions spéciales, tandis que le droit sénégalais estime que toutes les infractions commises par les dirigeants sociaux constituent des délits. Pour les autres pays membres de l'espace Ohada, l'on est tenté d'affirmer que le délit d'abus de biens sociaux est bel et bien dans leur droit positif étant donné qu'il est prévu dans l'Acte uniforme, toutefois la justification apparaît négative car nous sommes en droit pénal et ici, une incrimination n'est tangible que si et seulement si l'élément légal est de vigueur. Il s'agit communément du principe de légalité des délits et des peines.

La mise en œuvre des sanctions prévues par le législateur africain laisse à imaginer l'appréciation du champ d'adaptation de cette infraction dans le temps. L'identification du punissable et de la victime de l'abus de biens et du crédit sociaux étant plus facile à assimiler, la difficulté réside dans l'appréhension de son adaptation dans le temps. La délimitation entre la banqueroute et l'abus de biens sociaux étant constituée¹³⁵⁴, précision se doit d'être apportée à son caractère pour déterminer le délai de prescription.

2.2. La prescription de l'action publique

437- L'action publique qui n'est pas entreprise pendant un temps imparti s'évanouit par le fait de la prescription. Le délinquant ne peut plus être poursuivi et le délit reste impuni. La prescription constitue l'émanation de l'oubli dans lequel la société admet de faire tomber les

¹³⁵⁴ Voir la distinction entre la banqueroute et l'abus de biens sociaux dans la présente thèse.

actions opposées à ses lois si, passé un certain délai, ils ne font l'objet d'aucunes poursuites¹³⁵⁵. La faculté de réparer les omissions ou insuffisance d'imposition ne peut être exercée que dans un certain délai fixé par la loi et à l'expiration duquel il a prescription¹³⁵⁶. Le législateur africain s'est référé à la jurisprudence française qui est riche en la matière.

438- Rappelons l'état du droit pénal africain en la matière, le délai de prescription est de trois ans¹³⁵⁷. En effet, en vertu de l'article 8 du Code de procédure sénégalais, « *en matière de délit, la prescription de l'action publique est de trois années révolues* ». Cela rejoint l'article 8 du Code de procédure pénal français. S'il est prévu que le délai doit débiter au jour où le délit a été commis, il est bien connu que les magistrats français se sont rapidement écartés de ce fondement légal¹³⁵⁸. En effet, sur cet angle, l'abus de biens sociaux enfreint à cette règle. En tant que délit instantané, le délai¹³⁵⁹ a d'abord été fixé du jour où « *le délit est apparu et a pu être constaté dans les conditions permettant l'action publique* »¹³⁶⁰, en référence au célèbre arrêt de la chambre criminelle du 10 août 1981. Autrement dit, cette prescription¹³⁶¹ ne courait que du jour où l'information était portée à la connaissance du parquet ce qui revêt à l'abus de biens sociaux un caractère imprescriptible¹³⁶². La formulation retenue par la Haute juridiction revenait à dire que la prescription ne pouvait pas courir tant que le ministère public n'était pas averti des faits délictueux.

Toutefois, la Cour de cassation a corrigé son opinion traditionnelle en relevant que : « *la prescription commence à courir, sauf dissimulation, à la date de présentation des comptes*

¹³⁵⁵ Il convient de noter par ailleurs qu'une poursuite trop tardive des faits pourrait aboutir à des erreurs judiciaires.

¹³⁵⁶ J. DELGA, « Prescription de l'abus de biens sociaux », D. aff. 1999, p. 1339 ; C. DUCOULOUX-FAVARD, « Abus de biens sociaux, une prescription butoir pour qui, pour quoi ? », LPA 1996, n° 20, p. 15 ; A. LIEHNARD, « Les particularités de la prescription de l'abus de biens sociaux », AJ pénal 2006, p. 295 ; Y. AYAUD, « Appel à la raison ou pour une approche cohérente de la prescription de l'abus des biens sociaux », D. 2004, p. 194.

¹³⁵⁷ Art. 65 du NCCP camerounais, art. 8 du Code de procédure pénale sénégalais.

¹³⁵⁸ L. CAPDEVILLE, « Abus de biens sociaux et banqueroute », Lextenso, 2010, n° 191 et s.

¹³⁵⁹ Partant de ce postulat, les juges eurent rapidement recours aux solutions adoptées dans le cadre de l'abus de confiance pour repousser contra legem, le point de départ de la prescription.

¹³⁶⁰ G. STEFANI, G. LEVASSEUR et B. BOULOC, « Procédure pénale », Précis Dalloz 1996, n° 147 ; Cass. crim. 13 oct. 1999, Bull. Joly 2000, p. 182, n° 34, J.-F. BARBIERI.

¹³⁶¹ Cette jurisprudence permettait de poursuivre, grâce à ce retard du point de départ de la prescription de l'abus de biens sociaux, des comportements frauduleux qui sous leur qualification normale auraient été prescrits, par exemple le délit de corruption.

¹³⁶² J.-F. RENUCCI, « Infractions d'affaires et prescription de l'action publique », D. 1997, Chron. 23. V. les propositions du rapport Marini, p. 110.

annuels constatant les dépenses indûment exigées à la société »¹³⁶³. En effet, dans cet arrêt la cour d'appel, en l'espèce avait bien répondu à l'argument tiré, par le prévenu, de la présentation des comptes, mais l'avait réprouvé au prétexte que « *ni les actionnaires ni même le commissaire aux comptes n'étaient en mesure de déclencher l'action publique à la date de la présentation des comptes* »¹³⁶⁴. Les associés peuvent donc, lors de la présentation des comptes, se rendre compte que des dépenses ont été imputées injustement à la société puisqu'il n'y a pas de dissimulation. Par ailleurs ce fondement reçoit exception en cas de dissimulation puisqu'alors la prescription ne court qu'à compter de sa révélation¹³⁶⁵. Donc, s'il y a dissimulation, le point de départ est reporté, non plus au jour de la présentation et de l'approbation des comptes sociétaires erronés, mais au jour où les comportements délictuels ont pu être constatés dans des conditions permettant l'action publique¹³⁶⁶. C'est ainsi que la dissimulation susceptible de retarder le point de départ de la prescription a été caractérisée quand l'abus des biens a été déguisé par des mouvements comptables, tels que l'usage de caisses noires ou la passation d'écritures comptables irrégulières¹³⁶⁷.

Pendant longtemps, la Chambre criminelle a laissé le soin aux juges du fond d'évaluer l'existence ou non d'une dissimulation, leur laissant toute liberté pour fixer, à leur guise le point de départ concret de la prescription. En raison de l'insécurité juridique créée par cette faculté, rendant impossible la fixation objective du point de départ de la prescription, la Cour de cassation a décidé de contrôler les éléments permettant d'apprécier l'existence d'une dissimulation¹³⁶⁸. En effet, La Cour de Cassation a dû se résoudre à intervenir pour harmoniser les positions et affirmer le principe selon lequel la dissimulation existe et persiste aussi longtemps que les actionnaires ne reçoivent pas une information complète pour découvrir par eux-mêmes les actes ayant porté atteinte à l'intérêt de l'entreprise. Ainsi, Elle a qualifié de dissimulation l'omission ou l'exécution irrégulière des formalités imposées par la

¹³⁶³ Cass. crim., 27 juin 2001, n°00-87.414, Bull. crim. n° 164 p. 541, Bull. Joly 2001, p. 1117, note J-F. BARBIERI, Dr. et patrimoine janv. 2002, n° 100, p. 100, Obs. D. PORACCHIA, Rev. sociétés 2001, p. 873, obs. B. BOULOC.

¹³⁶⁴ les opérations litigieuses figuraient dans les comptes annuels des entreprises considérées dans les rubriques où elles doivent trouver leur place mais qu'elles étaient néanmoins "noyées dans la masse soit des frais divers soit des charges salariales, de sorte que rien ne permettait aux actionnaires qui n'étaient pas en possession des comptes détaillés de connaître les affectations des frais et des salaires litigieux et de vérifier si ces dépenses avaient été effectuées dans le seul intérêt de la société.

¹³⁶⁵ L. SAENKO, « La notion de dissimulation en matière d'abus de biens sociaux : évolution ou dérive ? », RTD com. 2005, p. 671.

¹³⁶⁶ D. CHILSTEIN, « L'abus de biens sociaux », Petites affiches 18 juin 2008, n° 122, p. 25.

¹³⁶⁷ Cass. crim., 16 nov. 2005, JCP E 2006, 2161, P. CONTE.

¹³⁶⁸ « Un an de droit pénal des affaires », Perspectives, Rev. Lamy droit pénal des affaires, 2012, n° 68.

loi¹³⁶⁹. La dissimulation est devenue le critère de retardement du point du délai de départ de la prescription. En effet, l'inscription des opérations litigieuses n'exclut pas la dissimulation car cette dernière ne permet pas aux associés d'avoir connaissance de l'infraction¹³⁷⁰. Par ailleurs, des propositions de réforme sont apparues dès lors régulièrement en la matière. Citons notamment l'article 121-7 de l'avant-projet de réforme du Code de procédure pénale, dévoilé au public le 2 mars 2010, qui prévoit que, hors les cas où la loi en dispose autrement, la prescription de l'action publique, qui passerait à six ans pour l'abus de biens sociaux, « *court à compter du jour où l'infraction a été commise, quelle que soit la date à laquelle elle a été constatée* ». Cette solution demeure cependant logiquement critiquée¹³⁷¹.

439- Il serait important que la législation de chaque pays membre de l'Ohada puisse se pencher sur la question, déjà reconnaître l'infraction serait un pas. Pour notre part, l'abus de biens sociaux étant un délit clandestin, il serait opportun que le délai de prescription de l'action publique ne commence à courir qu'à compter du jour où les plaignants peuvent avoir connaissance des pratiques illégales, c'est-à-dire le plus souvent à la date de la publication annuelle des comptes sociaux¹³⁷². Parce qu'on ne peut commencer une période de prescription qu'à partir du moment où l'on est conscient du délit ou de la faute, que ce soit du côté civil ou du côté pénal, nous avons des difficultés à comprendre les problèmes qu'a la législation française avec ce délai de prescription parce que c'est tout à fait logique que la prescription ne peut commencer qu'à partir du moment où on est conscient de l'infraction. Dans le contexte, il convient de souhaiter l'adhésion des juges africains à cette solution, qui représente en l'état actuel du droit, le juste milieu en la matière. Cette reconnaissance légale aura pour qualité d'être en conformité avec une jurisprudence utile et éviterait de nous ramener à la quasi-imprescriptibilité d'antan du délit d'abus de biens sociaux. Ce n'est pas la protection des gens malhonnêtes qu'il faut rechercher, c'est aussi la sécurité juridique. La prescription, c'est un élément de sécurité juridique qui ne peut pas obéir à une variabilité.

440- Par ailleurs, le recel du produit d'un abus de biens sociaux ne saurait débiter sa prescription avant que le délit dont il découle, soit apparu et ait pu être constaté dans des

¹³⁶⁹ Cass. crim., 10 avril 2002, Bull. crim. 2002, n° 85.

¹³⁷⁰ Encyclopédie de droit Ohada, Dir. P.-G. POUGOUE, n° 451, p. 708.

¹³⁷¹ D. DECHENAUD, « Nouvelles menaces sur le droit pénal des affaires », Dr. pén. 2010, étude, n° 13.

¹³⁷² « L'abus de biens sociaux, le particularisme français à l'épreuve de l'Europe », Colloque ESCP-EAP, CCIP et CREDA, Gaz. Pal. 20 nov. 2004, n° 324 à 325, p. 5.

conditions permettant l'exercice de l'action publique. Autrement dit, le recel d'abus de biens sociaux ne saurait se prescrire tant que l'infraction d'origine n'est pas découverte, alors que normalement le recel, qui est un délit distinct et continu, doit se prescrire dès qu'il s'achève. La prescription est interrompue par l'enquête et l'information sur les faits poursuivis. Cette solution ne soulève aucune discussion.

B. La constitution de partie civile

441- Il est vrai qu'il serait inconvenant de consacrer un exposé à la constitution de partie civile dans une partie correspondant à l'élaboration de l'action publique, si nous ne sachions d'ores et déjà que le dépôt de plainte avec constitution de partie civile est le procédé le plus avéré sinon d'acquérir une réparation du préjudice subi. Comme toute infraction touchant directement ou indirectement aux biens, les abus de biens sociaux peuvent occasionner un préjudice dont la victime pourra demander réparation. Il ne s'agira pas pour autant de trop rentrer dans un développement plus ou moins long, mais d'indiquer comment les victimes citées plus haut peuvent user de cette voie.

Les dirigeants sociaux sont responsables, individuellement ou solidairement des délits, commis envers les tiers ou les actionnaires, soit compte tenu des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion¹³⁷³. Cette responsabilité a un caractère contractuel envers les actionnaires et la société, et un caractère délictuel envers les tiers. Pour que cette responsabilité soit appliquée, il faut nécessairement la réunion de trois hypothèses : une faute, un dommage et un lien de causalité entre la faute et le dommage. Les dirigeants sociaux ne peuvent être tenus coupables que sur le fondement d'une faute révélée. Ensuite, il faut un dommage direct, certain et personnel, pour que la responsabilité des dirigeants soit effective. Et cette responsabilité est soumise à l'observation par les juges Ohada, que le préjudice éprouvé par les associés ou la société, repère son origine dans la faute du dirigeant traqué. Autrement dit, le juge africain devra ainsi constater la faute au vu des éléments de preuve qui lui seront donnés.

¹³⁷³ Art. 330 et 740 de l'AUSCGIE respectivement dans les SARL et SA.

En effet, la responsabilité éventuelle des dirigeants est susceptible d'être mise en œuvre dès lors qu'il peut être prouvé qu'ils ont commis des fautes dans l'exercice de leurs fonctions et que celles-ci ont des conséquences dommageables pour la société, les associés ou les tiers. Ainsi, concernant l'action civile, l'Acte uniforme considère que cette action peut donc être exercée par la société elle-même par l'intermédiaire de l'action sociale « *ut universi* » (2) ou par un associé par le biais de l'action sociale « *ut singuli* », qui peut à ce titre aussi invoquer une action dite individuelle (1).

1. L'action menée par les associés

442- L'action individuelle peut être intentée par les associés toutes les fois qu'ils ont subi personnellement un préjudice directement causé par l'abus¹³⁷⁴. La responsabilité des dirigeants envers les associés est prononcée de la même façon qu'à l'égard de celle de la société. Cette action est exercée par celui qui subit le dommage¹³⁷⁵. Trois critères doivent donc être réunis : l'abus de biens sociaux commis par le dirigeant, le préjudice et le lien de causalité entre la faute et le dommage.

L'action individuelle de l'associé constitue ainsi une action personnelle qui ne peut être menée que par lui seul, en tant que victime direct du dommage. Par conséquent, deux voies s'offrent à lui : soit il intente une action directe en saisissant la juridiction compétente en affaires commerciales, soit il émet une action civile lorsque le fait reproché aux dirigeants repose sur une infraction pénale pouvant avoir la qualité de crime ou délit. Autrement dit, l'action individuelle a pour objet la réparation d'un préjudice personnel, elle est donc différente de toute autre action que pourrait conduire la société. En effet, rien ne s'oppose à ce qu'un ou plusieurs associés exercent par ailleurs une action sociale en réparation du préjudice subi par la société. Toutefois, l'exercice de l'action individuelle ne s'oppose pas à ce qu'un associé ou plusieurs associés exercent l'action sociale en réparation du préjudice que la société pourrait subir¹³⁷⁶. Ainsi, un associé peut donc intenter simultanément une action individuelle s'il subit un préjudice personnel et l'action sociale puisqu'il est, en sa qualité

¹³⁷⁴ Art. 162 de l'AUSCGIE

¹³⁷⁵ L'article 172 de l'AUSCGIE rejoint le but de l'action individuelle : « 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 pourrait personnellement subir ».

¹³⁷⁶ Art. 163 de l'AUSCGIE.

d'associé, partie prenante dans le préjudice que subirait la société. On parle dans ce cas de cumul d'actions. Par conséquent, d'un autre côté nous avons l'action sociale *ut singuli*. En remplaçant les dirigeants sociaux défaillants¹³⁷⁷, les associés ou actionnaires peuvent exercer l'action sociale dite « *ut singuli* »¹³⁷⁸. Ici aussi il faut la réalisation de deux conditions, d'abord dans le cas d'espèce, un abus de biens sociaux commis par les dirigeants dans l'exercice de leur fonction, un dommage subi par la société qui est la conséquence de la faute commise par le dirigeant de société. Cette action peut d'abord être formée par un associé agissant individuellement¹³⁷⁹.

443- L'action sociale peut également être menée par une multitude d'associés. Dans le cas d'une Société à responsabilité limitée, plusieurs associés peuvent demander réparation du préjudice subi par la société que s'ils représentent le quart des associés et le quart des parts sociales¹³⁸⁰. Ces deux situations sont cumulatives. En revanche, un vingtième du capital social est requis pour pouvoir exercer une telle action dans les sociétés anonymes. Un ou plusieurs associés peuvent donc intenter l'action sociale après une mise en demeure des organes compétents non suivie d'effet dans le délai de trente jours. Les demandeurs sont habilités à poursuivre la réparation du préjudice subi par la société. En cas de condamnation, les dommages et intérêts sont alloués à la société¹³⁸¹.

444- Toutefois, il est important d'attirer l'attention sur le fait que dans les sociétés anonymes issues du droit de l'Ohada, que les actionnaires sont peu disposés à effectuer ce genre d'action puisqu'ils n'en tirent aucun gain financier particulier, mais uniquement le bonheur d'avoir agi pour le bien commun de la société et de ses associés. Par ailleurs, afin d'éviter que l'action *ut singuli* ne puisse être effectuée à la suite de dépenses de procédure, l'AUSCGIE apporte une innovation contrairement au droit français, en disposant que : « *les frais et honoraires occasionnés par l'action sociale, lorsqu'elle est intentée par un ou plusieurs associés, sont avancés par la société* ». ¹³⁸². Si plusieurs dirigeants ont contribué au même délit d'abus de

¹³⁷⁷ Art. 167 de l'AUSCGIE

¹³⁷⁸ LACAN, « L'action sociale exercée *ut singuli* », Rev. Sociétés, 1946, 223.

¹³⁷⁹ V. art. 167 de l'AUSCGIE.

¹³⁸⁰ Art. 331 de l'AUSCGIE : « 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. Les demandeurs sont habilités à poursuivre la réparation de l'entier préjudice subi par la société à laquelle, le cas échéant, des dommages et intérêts sont alloués ».

¹³⁸¹ Art. 167 de l'AUSCGIE.

¹³⁸² Art. 171 de l'AUSCGIE.

biens sociaux, leurs responsabilités seront retenues solidairement, mais le tribunal déterminera alors la part contributive de chacun dans la réparation du dommage. L'action individuelle se prescrit par 3 ans à compter du fait dommageable, ou s'il a été dissimulé, à compter du jour de sa révélation¹³⁸³.

2. L'action menée par la société

445- L'action sociale consiste à obtenir la condamnation du dirigeant à réparer le préjudice subi par la société¹³⁸⁴. Elle est intentée soit contre les dirigeants en fonction, soit contre les dirigeants retirés. La société agit normalement par ses représentants légaux, à cet effet, les statuts précisent généralement les organes qui représentent la société en justice. La société elle-même, peut exercer l'action sociale quand elle estime qu'elle a subi personnellement un préjudice du fait de la faute du dirigeant Cette action entreprise par le biais du représentant légal de la société est quant à elle qualifiée de « *ut universi* ». Le dirigeant coupable sera condamné à des dommages-intérêts. Mais compte tenu de l'usage abusif des biens sociaux exercé par ses dirigeants aux dépens de la société, il est peu vraisemblable que ces derniers instruisent une action à leur encontre. Ce point de vue reste donc illusoire en pratique. L'action *ut universi* procède le plus souvent d'une modification de majorité ou de direction. Contrairement à la responsabilité prévue par l'article 161 de l'AUSCGIE¹³⁸⁵, si plusieurs dirigeants ont commis ensemble la même faute, leur responsabilité n'est pas solidaire dans tous les cas. La part contributive de chacun sera déterminée par le tribunal, conformément aux dispositions contenues dans l'Acte uniforme selon la forme de société.

Il faut notifier par ailleurs que le délai de prescription entre ces deux actions est de trois ans à partir du fait dommageable ou, s'il a été caché, de sa découverte¹³⁸⁶. Ces deux actions sont généralement portées devant la juridiction compétente en affaire commerciale dans le ressort de laquelle se situe le siège de la société. L'action des créanciers est jugée inacceptable faute d'atteinte directe. La jurisprudence considère que les créanciers de la société, de même que

¹³⁸³ Art. 164 de l'AUSCGIE.

¹³⁸⁴ Art. 166 de l'AUSCGIE

¹³⁸⁵ Concernant la responsabilité envers les tiers et associés.

¹³⁸⁶ Art 164 al. 2 de l'AUSCGIE ; Art. 170 de l'AUSCGIE.

les tiers, ne peuvent prétexter devant le juge pénal un préjudice qui, à le croire certain, ne peut être direct¹³⁸⁷.

446- Comme pour l'action individuelle, l'action sociale ne peut être intentée que devant la juridiction du siège de la société. «*Est réputée non-écrite toute clause des statuts subordonnant 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. Est par ailleurs inopérante toute décision de l'assemblée ou d'un organe de gestion ou d'administration qui aurait pour effet recherché d'éteindre une action en responsabilité contre les dirigeants sociaux*»¹³⁸⁸. Avant l'approbation d'un acte inculpant de manière caractéristique l'abus de biens sociaux, les juridictions avaient pour habitude de sanctionner ce type de comportements par l'interprétation des dispositions sur l'abus de confiance. Mais, ces textes sont plus austères que ceux consacrés à l'abus de biens sociaux étant donné que la répression établie sur l'abus de confiance n'était pas soumise à la poursuite d'un intérêt personnel. Il suffisait de prouver l'utilisation des biens de la société à des ambitions étrangères à celles auxquelles ils étaient affectés.

447- C'est un délit qui soulève des inquiétudes eut égard à sa définition car les composants de la loi sont insuffisamment nets¹³⁸⁹. Aussi, l'infraction d'abus de biens sociaux constitue un bouclier redoutable face à la criminalité économique et financière. De manière générale, la loi pénale est d'interprétation stricte, mais en matière d'abus de biens sociaux, l'explication extensive tend à devenir la règle. Malgré l'intention honorable, le procédé est contestable, car c'est au législateur Ohada d'agir pour concevoir des textes clairs et précis au nom du principe de la légalité. L'on ne peut solliciter au juge de suppléer le législateur. Il faudra cependant que les juges consacrent le texte accusateur avec beaucoup de sagesse. Faute de quoi, l'on se risque de s'orienter vers une position similaire en France où les dirigeants sociaux, ont la nette impression d'être les boucs émissaires d'un règlement de comptes orchestré par le pouvoir politique et le pouvoir judiciaire.

¹³⁸⁷ Cass. crim., 27 juin 1995, Rev. Sociale 1995, p. 746, note B. BOULOC.

¹³⁸⁸ Art. 170 de l'AUSCGIE.

¹³⁸⁹ Art. 891 de l'AUSCGIE.

Le délit d'abus de biens sociaux en raison de son originalité, se détache des règles pénales habituelles. Les lois procédurales attentatoires au droit commun qui s'attachent, semblent confirmées par l'occultisme de ce délit. Or, pour un spécialiste du droit, il est évident que l'interprétation ultra extensive de la jurisprudence s'exprime par une déviation du droit positif en fonction du texte lui-même mais également compte tenu des principes du droit pénal.

Conclusion chapitre I

448- Qui dit abus dans l'AUSCGIE, dit différend d'ordre juridique. « *La vie d'une société n'est pas toujours un long fleuve tranquille. Comme celle d'un couple ou celle de toute autre institution humaine, elle connaît ses crises, qui sont plus ou moins aiguës* »¹³⁹⁰. Comme nous l'avons vu, les désaccords peuvent être d'origine variée. Ici ce sont les divergences internes qui sont relatées dans la présente étude. C'est ce sentiment qui explique la mise en exergue de la particularité de tels abus afin de mieux cerner le rôle du juge dans la vie des sociétés où son immixtion est de plus en plus habituelle. La théorie de l'abus de droit, d'origine civiliste, permet de sanctionner quiconque qui, libre d'exercer son droit, en abuse en violation de ceux d'autrui.

449- Les litiges naissent entre associés à la suite, soit d'une déloyauté, soit du non-respect des obligations contractuelles. La loyauté relevant de l'essence même du contrat de société impose à chaque associé, un comportement honnête, exclusif de toute intention malveillante. C'est pourquoi les associés se doivent mutuellement loyauté. La déloyauté se définit, dans la plupart des cas, lors des assemblées générales, par des abus dits de majorité ou de minorité qui ne sont, en fait, que le mauvais usage du droit de vote, ayant pour conséquences, l'affadissement de l'*affectio societatis* et la méconnaissance de l'intérêt social. Mais ces litiges peuvent naître aussi et surtout de la déloyauté du dirigeant social dans l'exercice de ses fonctions.

450- L'abus, qu'il consiste en un usage litigieux du droit de vote ou en un usage irrégulier des biens de la société, ouvre un droit à réparation contre ses auteurs. Par définition, l'abus a pour nature un acte contraire à l'intérêt de la société et profitant à son auteur. Lorsque l'abus a été commis, il faut le corriger¹³⁹¹. L'action en responsabilité paraît être le chemin, sinon le plus sûr, du moins le plus simple et le plus courant pour contraindre l'auteur de l'abus à se comporter de façon à ce que les traces de son acte soient effacées¹³⁹². En effet, l'annulation est aussi une solution envisageable, toutefois, elle n'est pas applicable en toute occasion. Il est

¹³⁹⁰ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, « Droit des sociétés », Lexisnexis, 25^e éd., 2012, n° 368, p.207.

¹³⁹¹ L. CADIET, P. Le TOURNEAU, « Abus de droit », Rep. civ. Dalloz 2002, n° 33, p.10.

¹³⁹² J.-F. RENUCCI, « Infractions d'affaires et prescription de l'action publique », D. 1997, p. 23 ; R. SALOMON, « Le particularisme de l'action civile en droit pénal des affaires », LPA 2008, n° 8, p. 9.

difficile d'annuler l'abus occasionné par la minorité étant donné que dans le cas d'un tel abus, il y a blocage, absence de décisions.

Le fondement par ailleurs, est de permettre aux victimes d'un fait dommageable d'agir en justice. Sont donc considérées comme ayant un intérêt à agir, les personnes qui ont subi un dommage. Dans l'AUSCGIE, l'identification des individus victimes d'un abus, ayant un intérêt à agir, peut revêtir des complications comme nous l'avons démontré plus haut. Par conséquent, la détermination précise des personnes ayant un intérêt à agir, et l'individualisation de ces dernières apparaît donc primordiale pour mieux appréhender le mécanisme de correction de l'abus en ce domaine. Toujours selon ledit acte, l'abus des biens ou du crédit de la société se fait contrairement à l'intérêt social. La victime s'avère être la société vu que c'est elle qui pâtit directement de l'acte délictueux¹³⁹³. Ainsi, elle a la possibilité d'intenter une action en justice pour voir son préjudice éventuel réparé. Cependant, les associés aussi qui se sentent lésés, peuvent aussi se constituer partie civile, sous certaines conditions, en leur nom propre en cas d'abus pénalement réprimé.

451- En matière pénale, si l'abus revêt toujours les mêmes caractéristiques, sa répression change. En effet, le protagoniste de l'abus voit toujours sa responsabilité engagée compte tenu de son acte, mais les dommages et intérêts donnent place à des amendes et des peines d'emprisonnement. La sanction pénale est du ressort des Etats membres de l'espace Ohada. A l'instar du Sénégal, de la Centrafrique et du Cameroun, les autres pays n'ont pas adopté des sanctions contre les abus de biens sociaux. Le droit pénal, en général qui se distingue par le principe de légalité et de l'interprétation stricte de sa loi¹³⁹⁴, ne sanctionne que les comportements et les auteurs qui ont été expressément authentifiés par des dispositions pénales, ce qui réduit strictement les hypothèses d'abus de biens sociaux. L'abus qu'il soit civilement ou pénalement sanctionné, prend toujours place au sein de la société et n'a de conséquences qu'au cœur de cette dernière. En effet, l'abus de biens sociaux touche le patrimoine social ou l'équilibre des pouvoirs de la société, tandis que l'abus du droit de vote, lato sensu, affecte le processus décisionnel.

¹³⁹³ D. REBUT, « Abus de biens sociaux », Rec. pénal Dalloz, 2010, n° 207, p. 27.

¹³⁹⁴ Nous nous rapportons ici à la loi pénale camerounaise et sénégalaise.

Chapitre II

Observations sur une construction adaptée et cohérente en matière d'abus dans l'acte uniforme

452- La finalité du droit Ohada est de construire un milieu positif pour l'économie, surtout en pourvoyant les pays membres d'un droit des affaires simple, moderne et approprié à la situation de leurs économies. Jusqu'à sa constitution, étaient encore en vigueur les règles insérées par les anciens pouvoirs coloniaux démodés et pleins de lacunes qui ne s'accommodaient plus du tout avec les contraintes du commerce moderne. Comme tout grand projet, si le modèle Ohada est un succès pour la sous-région, sa mise en œuvre n'est pas sans difficulté¹³⁹⁵. En effet, les difficultés rencontrées sont pour la plupart en rapport avec soit l'élaboration des règles, soit avec leur application. Les règles communes aux Etats membres résultent principalement des Actes uniformes pris avec la majorité absolue par le Conseil des ministres¹³⁹⁶ et sont donc directement applicables à tous les pays membres et renvoient les règles nationales. Parmi ces actes adoptés, figure l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

453- Si l'on admet que la réussite d'un système normatif se mesure à sa puissance de régulation, il faut donc comparer les améliorations qu'a apporté le droit des sociétés Ohada aux diverses théories instituant le gouvernement d'entreprise. En effet, les principes du gouvernement d'entreprise indiquent en commun l'état d'esprit de mieux contrôler les relations entre les acteurs de l'entreprise ou de la société commerciale. L'abus dans l'AUSCGIE s'intègre totalement dans ce dispositif. Au centre de ce mouvement contradictoire, ce qui est en jeu, c'est la répartition des pouvoirs entre les acteurs de la vie sociétariaire : les administrateurs, les dirigeants, les actionnaires ou les associés. Tantôt

¹³⁹⁵ L'Ohada doit coexister avec d'autres législations communautaires. L'Union Africaine a énuméré 14 structures « pertinentes » considérées comme des communautés économiques régionales (UEMOA, CEDEAO, CEMAC, OAPI, CIMA, CIPRES...). A l'évidence, il semble que la diversité des organisations régionales dans une même zone géographique conduit à une situation de concurrence dans l'élaboration des normes et dans leur application, un risque de conflit de compétence juridictionnelle.

¹³⁹⁶ Le Conseil des ministres est composé par les ministres de Justice et des Finances des pays membres.

l'architecture des relations de pouvoir est laissée au libre cours de volontés individuelles qui attachent leurs relations par des contrats ou des statuts, tantôt la législation Ohada s'est durcie et a institué des règles de transparence et de contrôle plus astreignantes. C'est en effet la doctrine de la *corporate governance* qui a sublimé la transparence. Une lecture attentive de la pratique amène à déceler un concept émergent : celui de gouvernance de la transparence, c'est alors l'information communiquée qui devient l'objet de toutes les attentions (**Section I**). La transparence qu'elle soit obligatoire ou spontanée, aurait comme vertu de réduire les irrégularités d'information et de permettre un contrôle efficace du dirigeant, donc de rétablir une bonne gouvernance¹³⁹⁷.

Toutefois, le juge doit contribuer au renforcement de l'exigence de transparence en évoquant des méthodes et notions juridiques permettant de raffermir le mouvement général de promotion de la transparence de l'entreprise. La mise en place d'un appareil de régulation cohérent et moderne suppose donc une régulation qui forme les veilleurs de la qualité de la transparence en matière de gouvernance (**Section II**). De par son apparence protecteur, il contribue de l'adoption des bonnes pratiques de gouvernance en matière d'information sociétaire.

¹³⁹⁷ Acte de colloque-Lille, « Transparence et gouvernance, une relecture », 10 déc. 2010, Dir. E. BARY-CLEMENT, p. 2.

L'information sociétaière, un gage renouvelé de transparence

454- En matière de transparence et de gouvernance, tout procède ou aboutit à l'information¹³⁹⁸. Par information sociétaière, il faut comprendre ici toute information qu'une société délivre en vertu de ses obligations légales ou réglementaires. L'une des vertus et non des moindres que l'on peut attribuer à l'abus dans « *sa mission* », réside dans sa capacité à ressortir les lacunes du droit Ohada dans le comportement délictueux des acteurs sociétaières. La problématique de la gestion de la société par ces acteurs est considérée comme l'une des clés de fondement de la *corporate governance* et ses contraintes en matière de transparence. En effet, la *corporate governance* consiste en une meilleure définition des pouvoirs au sein de l'entreprise dans le but d'améliorer l'efficacité de la gestion de l'entreprise et de protéger les actionnaires ainsi que les dirigeants. Elle permet en ce sens une redistribution des pouvoirs dans l'entreprise.

L'information que nous entendons construire est assez large, elle se développe de l'information quantitative retraçant les états financiers de la société à l'information actantielle quelles que soient sa nature, permanente, périodique, réglementée et la périodicité de sa communication. Autrement dit, l'information sociétaière repose sur un domaine dans lequel s'installe la transparence. Mais si la gouvernance dans l'espace Ohada doit être source de véritable transparence (§ 2), l'exigence « *transparentielle* » doit forger aussi l'information (§ 1).

§ 1. LE RENFORCEMENT DE L'EXIGENCE DE TRANSPARENCE

¹³⁹⁸ A. VIANDIER, « Gouvernance et communication financière », Eyrolles, 2008, p. 13.

455- La transparence est la clef de lecture de l'information, c'est un prisme au travers duquel les actionnaires, les investisseurs, les tiers scrutent l'information sociétaire¹³⁹⁹. Sans information claire et précise, impossible d'avoir une image conforme de l'existence de la société. En effet cette image peut être altérée étant donné les multiples difficultés rattachées à l'information des associés et à certains faits qui « *maltraitent* » si on peut dire, son élaboration (A). Toutefois, des solutions peuvent s'adapter pour une meilleure conformité de l'information qui apparaîtra comme un signe de bonne gouvernance et donc de transparence (B).

A. L'information, source de complexité de transmission dans l'espace Ohada

456- Le droit Ohada garantit à l'associé qu'il soit majoritaire ou minoritaire son droit d'information sans le processus de communication des documents sociaux. Mais voilà, ce droit à l'information flanche à raison de plusieurs facteurs que nous pouvons énoncer ici et pouvant faciliter l'apparition d'abus au sein de la société.

1. La difficulté du droit à l'information par les associés

457- Selon les économistes, la transparence, qu'elle soit spontanée ou obligatoire, aurait comme vertu de réduire les asymétries d'information et de permettre un contrôle efficace du dirigeant, donc de rétablir une bonne gouvernance¹⁴⁰⁰. Cette tendance ne se reflète pas aisément dans l'AUSCGIE relatif à l'information sociétaire au cours des dix dernières années. En vertu de l'article 53 de l'AUSCGIE, « *tout associé a le droit d'assister et, par là même, de voter aux assemblées générales* ». Le droit à l'information constitue un corollaire du droit de l'actionnaire à participer et à voter lors des assemblées générales. Imprégné de cela, l'Ohada a consacré le droit d'accès à l'information pour tout associé qu'il soit majoritaire ou minoritaire. Toutefois, ce droit à l'information dont dispose l'actionnaire revêt certaines affections selon que l'information soit quérable ou portable.

¹³⁹⁹ M. TELLER, « L'information communiquée par les sociétés cotées : analyse juridique d'une mutation », Thèse Nice, 2007.

¹⁴⁰⁰ W. H. MECKLING, « Theory of the firm : managerial behavior, agency costs, and ownership structure », *Journal of financial economics*, 1976, Vol. 3, p. 305.

1.1. La quérabilité de l'information dans l'espace Ohada

458- Le droit communautaire africain a intégré une dimension prévisionnelle de l'information de l'associé qui ne doit pas être informé qu'à posteriori lorsque les difficultés sont présentes¹⁴⁰¹. Garantir une information minimale à tout associé est en effet la clé d'une parfaite transparence de la gestion sociale et d'une bonne gouvernance¹⁴⁰². Toutefois, si l'information de la société est assurée par divers moyens, le principe de quérabilité choisit par le droit Ohada en limite la portée au regard de l'internationalisation de l'économie¹⁴⁰³. L'information quérable est celle que l'actionnaire va chercher au siège social ou selon la formule du professeur en économie Georges VIRASSAMY celle qui « *suppose des investigations dans les affaires de l'entreprise et implique le recours à des enquêtes et des recherches a la licéité parfois douteuses* »¹⁴⁰⁴.

459- La quérabilité est de principe en droit Ohada. Ce fondement découle des dispositions des articles 525 et 526 de l'AUSCGIE. Par exemple, le fait d'obliger les associés à devoir se déplacer au siège social¹⁴⁰⁵ pour consulter les documents sociaux, constituent à notre humble avis, un véritable obstacle à l'information sociale étant donné la réalité de certaines lenteurs et difficultés de transport qui demeurent au sein des pays membres, ainsi que des difficultés de localisation du siège social. Et comme dirait le professeur TUNC, « *l'actionnaire, qui ne va pas à l'assemblée générale, se dérange encore bien moins pour aller au siège social* »¹⁴⁰⁶. Ce choix de la quérabilité est déplorable étant donné qu'il dicte de façon considérable, la rapidité, l'efficacité et la qualité de la transmission de l'information. Le fondement de quérabilité est d'autant plus préjudiciable qu'il est impossible d'y déroger dans les statuts d'une société et l'AUSCGIE ne prévoit même pas la possibilité de transmettre une copie de ces documents aux associés qui en feraient la demande¹⁴⁰⁷. Cette quérabilité constitue une disposition très conservatrice et à contre-courant de la réalité économique actuelle et du développement des

¹⁴⁰¹ Encyclopédie de droit Ohada, Dir. P.-G. POUGOUE, Lamy, 2011, n° 26, p. 1432.

¹⁴⁰² A.-M. CARTRON, B. MARTOR, « L'associé minoritaire dans les sociétés régies par le droit Ohada », Cah. Dr. De l'entreprise, 2010, n° 1, Dossier, 2, p. 21.

¹⁴⁰³ Y.-B. MEUKE, « L'information des actionnaires dans l'Ohada : Réflexion sur l'expertise de gestion », RTDJA 2008, n° 001, p. 29.

¹⁴⁰⁴ G. J. VIRASSAMY, « Les limites à l'information sur les affaires d'une entreprise », RTD com., 1988, n° 12, p. 189.

¹⁴⁰⁵ Art. 525 de l'AUSCGIE.

¹⁴⁰⁶ A. TUNC, « L'effacement des organes légaux de la société », D. 1952, n° 4, p. 74.

¹⁴⁰⁷ A. FENEON, « La mésentente entre les associés dans les sociétés anonymes Ohada, Prévention et mode de règlement », Penant, n° 848, 2004, p. 268.

nouvelles techniques de l'information et de la communication¹⁴⁰⁸. Une autre lacune apparaît du fait que l'information soit portable.

1.2. La portabilité occasionnelle de l'information dans l'espace Ohada

460- L'information portable est celle qui fait l'objet d'une publicité obligatoire en divers lieux accessibles à tous¹⁴⁰⁹. Pour un certain nombre de documents sociaux, le législateur Ohada a prévu de les transmettre directement au domicile des associés¹⁴¹⁰ comme c'est le cas de l'avis de convocation à une assemblée générale¹⁴¹¹, du rapport de l'expert de gestion¹⁴¹². Ce qui montre que la portabilité de l'information n'est exercée que de façon très ponctuelle voire facultative et non automatique comme le démontre l'article 644 de l'AUSCGIE qui prévoit la transmission de l'information par lettres aux associés.

Les auteurs de l'AUSCGIE ont sans doute choisi la quérabilité au bénéfice de la portabilité afin d'éviter un surplus de charges aux sociétés ou par prudence à l'égard des méthodes de communication qui ne sont pas toujours efficaces. Certains auteurs par contre, ont considéré que les associés pouvaient déroger à cette règle de quérabilité¹⁴¹³, mais cette interprétation est quasi impossible étant donné la nature publique des dispositions de l'AUSCGIE¹⁴¹⁴. Assurer à l'ensemble des associés un droit de regard sur la gestion sociale, c'est permettre donc une visibilité complète sur l'état de santé financier de la société. Si sur le fondement du droit à l'information, le droit Ohada est en conformité avec les standards actuels, il n'en demeure pas moins vrai qu'il se retrouve en recul sur la procédure d'accès à ces informations. Il est à revendiquer que des améliorations faisant innover cet aménagement soient opérées.

2. Le défaut d'élaboration d'un contrôle interne efficace

¹⁴⁰⁸ ¹⁴⁰⁸ Encyclopédie de droit Ohada, Dir. P.-G. POUGOUE, Lamy, 2011, n° 27, p. 1432.

¹⁴⁰⁹ G. J. VIRASSAMY, « Les limites à l'information sur les affaires d'une entreprise », RTD com., 1988, n° 12, p. 189.

¹⁴¹⁰ Art. 644 de l'AUSCGIE.

¹⁴¹¹ Art. 518 de l'AUSCGIE.

¹⁴¹² Art. 160 de l'AUSCGIE.

¹⁴¹³ O. SAMBE, M.-I. DIALLO, « Guide pratique des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », Editions comptables et juridiques, Dakar, 2008, p. 141.

¹⁴¹⁴ A. FENEON, « La mésentente entre les associés dans les sociétés anonymes Ohada, Prévention et mode de règlement », Penant, 2004, n° 848, p. 265.

461- En se référant au petit Larousse¹⁴¹⁵, le mot « *contrôle* » revêt plusieurs acceptions. En plus de celle de la vérification, on peut en captiver deux : action, fait de contrôler quelque chose, un pays, un groupe, son comportement, fait d'avoir sur eux un pouvoir, une maîtrise et action de contrôler, de surveiller quelqu'un ou quelque chose, examen minutieux. A travers ces définitions, l'on retrouve le même sens donné par le Doyen CORNU dans son vocabulaire : « *vérification, maîtrise et surveillance* »¹⁴¹⁶.

462- L'utilisation du terme de « *contrôle* » est susceptible de porter une extension de responsabilité aux organes qui détiennent le pouvoir dans l'entreprise en ce sens que le défaut de contrôle entrave d'une part l'équilibre des associés dans la gestion des affaires sociales, et d'autre part, l'impéritie juridique et financière de nombreux associés dans l'espace Ohada contribue à freiner également cette régulation. Il s'agit donc, dans une lecture stricte tout au moins, du contrôle au sens sociétaire, à savoir un contrôle de droit reposant sur la détention des droits de vote dans les assemblées générales ou un contrôle de fait, en effet désigné comme une situation d'influence déterminante mais, là encore, au regard des décisions prises en assemblée générale. C'est une situation qui s'opère généralement dans les grandes entreprises, et les sociétés de l'espace Ohada n'y échappent pas non plus.

2.1. L'ignorance des associés, une entrave particulière à la vérification interne

463- Sans faire preuve de contre-vérité, les associés ou actionnaires en général, ne connaissent pas vraiment le droit Ohada ou plus explicitement, on peut parler du défaut de sensibilisation des associés sur les possibilités qu'offre le droit Ohada. Tout associé ou actionnaire, s'il détient quelques connaissances juridiques, jouit d'une multitude d'informations importantes qui lui permettent de statuer en connaissance de cause et de donner une opinion avisée sur la gestion de la société. Par conséquent, l'ignorance juridique ne permet pas à ces derniers de bien vérifier les comptes sociaux et la gestion sociale, étant donné que, très souvent, ceux-ci sont dans l'in vraisemblance ou dans l'impuissance de cerner l'étendue des informations qui leur sont fournies par la société ou qu'ils vont chercher au siège social. Ils n'arrivent pas à jouer le moindre rôle dans la gestion¹⁴¹⁷. Malgré les progrès d'informations, on serait tenté de

¹⁴¹⁵ Petit Larousse illustré, éd. 2012.

¹⁴¹⁶ G. CORNU, « Vocabulaire juridique », Association Capitant, Paris, PUF, 9^e éd., 2011.

¹⁴¹⁷ C. JAUFFRET-SPINOSI, « Assemblée générale d'actionnaires dans les SA, réalité ou fiction? (Etudes comparatives) », Etudes offertes à René RODIÈRE, Dalloz 1981, p. 128.

dire que l'actionnaire de base ne sait pas tout et n'est pas toujours capable d'apprécier la manière dont la société est gérée¹⁴¹⁸, en référence au principe de quérabilité. Par ailleurs, ils assistent aux réunions, mais n'interviennent pas pour la plupart lors des discussions. GUYON va jusqu'à parler « *d'actionnaires qui sont généralement des moutons, parfois des lions, toujours des bêtes qui sont comme des sacs d'écus qui délibèrent* »¹⁴¹⁹.

464- Fréquemment, les associés/actionnaires ne maîtrisent pas la portée des renseignements financiers et comptables qui leur sont remis par les dirigeants. Les renseignements communiqués sont techniques et complexes, donc difficiles à utiliser pour celui qui n'a pas de connaissances comptables¹⁴²⁰. Ces ennuis sont relatifs à l'enchevêtrement de la finance et de la comptabilité, deux disciplines compliquées à appréhender pour un actionnaire profane. De ce fait, l'actionnaire ou associé n'a pas la possibilité d'apprécier par lui-même les résultats de la société à travers les documents sociaux qui lui sont proposés, puisqu'il lui sera nécessaire de savoir interpréter les chiffres, de s'assurer de la réalité des opérations relatées, de connaître les normes de la gestion commerciale¹⁴²¹. Ils ne manifestent donc aucun intérêt à la marche des affaires sociales et choisissent de ne pas réagir aux assemblées juste pour dissimuler leur ignorance. Toutes ces difficultés ne leur permettent pas de regarder de près la gestion normale de l'activité sociale et, par conséquent, de protéger l'intérêt social.

2.2. La défection de certains associés lors des réunions

465- L'assemblée d'actionnaires est l'instrument *a latere* du contrôle des affaires sociales. Mais, l'on se rend compte que cette visualisation bucolique est quasi réfutée par les faits, quelle que soit la dimension de la société¹⁴²². Parfois, les associés s'absentent¹⁴²³ en masse lors des assemblées au cours desquelles de grandes résolutions sont prises. C'est le principal motif de l'insuffisance du contrôle interne collectif car il fait de l'assemblée d'actionnaires un organe faible. Les grandes sociétés sont composées de personnes qui se sentent peu

¹⁴¹⁸ Y. GUYON, « Droit des Affaires, Droit commercial général et sociétés », *Economica*, 12^e éd, 2003, p. 298.

¹⁴¹⁹ Y. GUYON, « Droit des Affaires, Droit commercial général et sociétés », *Economica*, 12^e éd., 2003, p. 311.

¹⁴²⁰ « Transparence et gouvernance, une relecture », Acte de colloque-Lille-10 déc. 2010, Dir. E. BARY-CLEMENT, p. 11.

¹⁴²¹ H. CHASSERY, « Les attributions du conseil de surveillance », *RTD com.*, 1976, n° 1, p. 452.

¹⁴²² P. MERLE, « Droit commercial : Sociétés commerciales », *Dalloz*, 15^e éd, 2011, n° 456, p. 549.

¹⁴²³ L'absentéisme, en droit des sociétés, est le fait pour un actionnaire de ne pas participer à la vie sociale lors de la prise des grandes décisions en assemblée.

intéressées par l'objet social. L'on peut évoquer ici, d'une part les épargnants qui ont vu dans l'achat de quelques actions une façon de placer leurs économies et de profiter ainsi de ressources supplémentaires et, d'autres parts des financiers qui ont seulement l'intention de spéculer sur les différences de cours et ne sont donc actionnaires que pour un temps limité, le plus bref possible¹⁴²⁴.

466- C'est dans ce sens que GUYON affirmait que : « *les actionnaires ne se sentent guère impliqués par la marche de la société, car ils ne disposent individuellement que d'un nombre de voix insuffisant pour influencer le vote* »¹⁴²⁵. Il s'agit d'une des manifestations qui éloigne les actionnaires de l'exercice effectif de leurs attributions¹⁴²⁶. TUNC faisait déjà remarquer l'inefficacité de l'assemblée générale des actionnaires, la qualifiant d'organe presque fictif, c'est ce qui indique leur faible présence aux assemblées et pousse la doctrine à les traiter de « fantômes »¹⁴²⁷. Selon lui, la majorité des actionnaires abdique son droit de vote, normalement entre les mains de la direction. Les pouvoirs de décision et de contrôle de l'organe souverain sont confisqués par les organes de direction, et cela suffirait à fausser le mécanisme légal¹⁴²⁸. L'on peut relever d'autres motifs à titre d'exemple, les actionnaires vivent rarement du seul revenu de leurs titres et ont, conséquemment, une activité professionnelle qui ne leur donne généralement pas le temps suffisant pour assister aux assemblées, d'autant plus que ces assemblées ont lieu d'habitude à des endroits éloignés, ce qui augmente les frais de déplacement. D'un autre côté, cela tient à la difficulté de prévenir les actionnaires de la tenue des assemblées. Les titulaires de titres nominatifs sont connus et seront, par conséquent, avisés par lettre. Malheureusement, la très grande majorité des titres sont au porteur, contraignant ainsi les sociétés soit à recourir aux banques pour obtenir le nom et l'adresse de leurs clients qui ont déposé des actions chez elles, en vue de leur envoyer une convocation, soit à des insertions dans un journal d'annonces légales ou même dans la presse d'information, deux méthodes qui donnent des résultats médiocres¹⁴²⁹. A cet effet, l'on peut se demander quelles sont les répercussions de cette défection et contribue-t-elle à favoriser les abus en droit des sociétés ?

¹⁴²⁴ H. CHASSERY, « Les attributions du conseil de surveillance », RTD com. 1976, p. 451.

¹⁴²⁵ YVES GUYON, « Droit des Affaires, Droit Commercial Général et Sociétés », Economica, 12^e éd., 2003, n° 289, p. 291.

¹⁴²⁶ P. LE CANNU, « Droit des sociétés », Montchrestien, Paris, 4^e éd., 2011, n° 591.

¹⁴²⁷ A. TUNC, « L'effacement des organes légaux de la société anonyme », D. 1952, n° 3, p. 74.

¹⁴²⁸ A. TUNC, « L'effacement des organes légaux de la société anonyme », D. 1952, n° 3, p. 73.

¹⁴²⁹ H. CHASSERY, « Les attributions du conseil de surveillance », RTD com. 1976, p. 451.

Pour prévenir les associés de participer aux réunions, les sociétés demandent très souvent, aux banques d'adresser à leurs clients, moyennant commissions, une formule de procuration, signée par l'actionnaire et renvoyée sans indication de nom de mandataire : c'est la pratique des pouvoirs en blanc ou mandats en blanc¹⁴³⁰. Cette pratique se manifeste par la présence de quelques dizaines ou centaines d'actionnaires aux assemblées¹⁴³¹. Ainsi, le pouvoir de l'assemblée est normalement accaparé par le conseil grâce aux mandats qu'il recueille et les dirigeants « *sont en mesure de conduire la société aussi aisément que le ferait un entrepreneur individuel dans son entreprise* »¹⁴³². L'on constate donc que cette pratique peut provoquer des abus car elle affermit les pouvoirs des dirigeants qui vont utiliser les voix des dizaines ou milliers d'actionnaires qui se désintéressent de la vie sociale. Sans réglementation, le mandat est une invitation ouverte à l'autoperpétuation et à l'irresponsabilité de la direction¹⁴³³. N'est-ce pas une injure à la démocratie actionnariale ?

467- Cette observation consacre la décadence de l'assemblée d'actionnaires et remet en cause la théorie contractuelle de la société. Au final, il ne reste que les bribes de la théorie démocratique¹⁴³⁴. En conséquence, les assemblées seraient donc une interprétation de la théorie des trois L : « *litanie, liturgie, léthargie* »¹⁴³⁵, elle se retrouverait en marge de la gestion sociale. Grâce à ces pouvoirs, les dirigeants de la société deviennent les maîtres des assemblées. Les imperfections relatées sont très éclairantes, car elles constituent le modèle juridique de toute l'évolution du droit Ohada.

B. L'information, source de valeur substantielle dans l'espace Ohada

Nous nous accorderons pour accrédi-ter que l'information, dès lors qu'elle est exacte, précise et sincère (1), constitue un axe de transparence, et que la qualité de l'information propagée (2) permet de mesurer le degré de transparence.

¹⁴³⁰ P. MERLE, « Droit commercial : Sociétés commerciales », Dalloz, 15^e éd, 2011, n° 470, p. 563.

¹⁴³¹ I. RENAUDIE, « La distinction des prérogatives financiers et de gouvernement des sociétés », Thèse, Paris X, 1988 cité par Paul LE CANNU, *ibid.*, p. 334.

¹⁴³² Par exemple lors de l'AG de la société Air Liquide tenue le 12 mai 1999, il y avait 3900 actionnaires présents et 14200 actionnaires représentés, les uns et les autres détenant près de 47 % du capital.

¹⁴³³ L. LOSS cité par André TUNC, « Le droit américain des sociétés anonymes », *Economica*, 1985, n° 191.

¹⁴³⁴ P. LE CANNU, « Droit des sociétés », Montchrestien, Paris, 4^e éd., 2011, p. 335.

¹⁴³⁵ Y. GUYON, « Droit des Affaires, Droit commercial général et sociétés », *Economica*, 12^e éd., 2003, p. 311.

1. La communication d'information et de transparence

468- Le cadre relatif au gouvernement d'entreprise doit veiller à ce que des informations à jour et exactes soient communiquées sur toutes les questions importantes concernant la société, notamment sa situation financière, sa performance, la structure de son capital et la gestion de la société. Dans l'espace Ohada, le système comptable Ohada (« SYSCO ») se fonde sur une approche méthodique de la comptabilité en recourant aux termes prudence¹⁴³⁶, sincérité¹⁴³⁷, régularité et transparence¹⁴³⁸. Autrement dit, toutes ces exigences sont justifiées par le fait que, c'est l'observation de ces règles qui assure l'authenticité des écritures et donne à la comptabilité la capacité de jouer son triple rôle à savoir : instrument de mesure des droits et d'obligations des partenaires de l'entreprise, de preuve, d'information des tiers et de gestion¹⁴³⁹. Il s'agit en quelque sorte de refléter la situation financière, le résultat et l'image fidèle du patrimoine l'entreprise qui est donnée par les états financiers.

469- Les informations communiquées doivent inclure, à titre non limitatif, les informations importantes sur les rapports annuels¹⁴⁴⁰. L'article 269 de l'AUSCGIE dispose que : « *les sociétés anonymes sont tenues de déposer au greffe du tribunal, pour être annexés au registre du commerce et du crédit mobilier, dans le mois qui suit leur approbation par l'assemblée générale des actionnaires, les états financiers de synthèse, à savoir le bilan, le compte de résultat, le tableau financier des ressources et emplois et l'état annexé de l'exercice écoulé* ». La demande d'information comptable et financière semble encore peu développée dans l'espace Ohada. Ceci s'explique en particulier par un marché de capitaux limité à quelques entreprises et dont l'activité est réduite. Au Sénégal par exemple, le rapport sur l'application des normes et codes (« ROSC ») sur la comptabilité et la vérification des comptes indique que cette disposition est très peu observée, à cause de contraintes de ressources du greffe. En effet,

¹⁴³⁶ Ce principe veut que les charges soient prises en compte dès que leur réalisation est probable voire éventuelle, mais les produits ne sont pris en compte que lorsqu'ils sont réalisés.

¹⁴³⁷ Selon le PCG français de 1982-1999, la sincérité représente l'application de bonne foi des règles et procédures en fonction de la connaissance que les responsables des comptes doivent normalement avoir de la réalité et de l'importance des opérations, événements et situation.

¹⁴³⁸ Elle oblige l'entreprise à donner une présentation claire et loyale de l'information.

¹⁴³⁹ Encyclopédie de droit Ohada, Dir. P.-G. POUGOUE, Lamy, 2011, n° 260, p. 88.

¹⁴⁴⁰ Un rapport annuel contient un bilan, un compte de résultat, un état des flux de trésorerie, un état des changements intervenus dans la structure de l'actionnariat, des notes annexes aux états financiers, un rapport de vérification des comptes et un rapport du conseil d'administration (exposé et analyse de la direction). Le SYSCOA impose le dépôt d'états financiers consolidés; toutefois, dans la pratique, ceci n'est pas encore pratiqué ou mis en application.

il faut mettre en place les structures nécessaires au fonctionnement du greffe du tribunal afin de permettre l'application de la loi en matière de dépôt des comptes annuels. Il est à cet effet nécessaire de doter les greffes des tribunaux des moyens leur permettant de recevoir, de vérifier et d'archiver les états financiers des entreprises soumises à cette obligation. Il serait également souhaitable de requérir le dépôt au greffe des comptes annuels de toutes les personnes morales. L'équité du point de vue du jeu concurrentiel requiert que toutes les entreprises dotées de la personnalité morale, compris les SARL et les groupements d'intérêt économique, déposent leurs comptes annuels auprès du greffe commercial du Tribunal. Le fait de ne pas disposer des états financiers annuels et autres documents sociaux empêche les actionnaires d'exercer leurs droits et nuit à la confiance des investisseurs dans la bonne gestion de l'entreprise. Ainsi se renforcent la circulation de l'information et le devoir de transparence dans la vie des affaires. Par ailleurs, il serait souhaitable que les informations doivent être préparées et divulguées conformément à des critères extrêmement rigoureux en ce qui concerne la communication d'informations comptables, financières et non financières. Il s'agit d'une situation partiellement observée¹⁴⁴¹.

470- Toutefois, une difficulté peut surgir. L'amélioration de l'information des actionnaires a toujours tourmenté le législateur car elle permet à ces derniers de juger l'état ou l'évolution des affaires sociales. En effet, GUYON considère que la société doit pratiquer « *la politique de la maison de verre* »¹⁴⁴². Les obligations d'information à la charge des sociétés ont profondément évolué : la société, boîte noire, devient une boîte de verre, soumise aux contraintes des marchés qui postulent plus d'informations, à la fois en quantité et en nature, et dans un délai raccourci¹⁴⁴³. L'information même si elle se révèle transparente, doit tout au moins apparaître compréhensible, en ce sens que les actionnaires puissent avoir cette opportunité « *de bénéficier d'informations qui ne s'expriment pas seulement en chiffres* »¹⁴⁴⁴. Cela existe déjà en France par la loi de sécurité financière de 2003 dont le dispositif a été

¹⁴⁴¹ Des renseignements détaillés sur les normes de communication de rapports comptables et financiers peuvent être consultés dans le ROSC sur la comptabilité et la vérification des comptes effectués par la Banque mondiale et publié en Français.

¹⁴⁴² Y. GUYON, « Droit des Affaires, Droit commercial général et sociétés », Economica, Paris, 12^e éd., 2003, n° 294, p. 298.

¹⁴⁴³ M. TELLER, « L'information des sociétés cotées et non cotées : une évolution certaine, de nouveaux risques probables », RTD com. 2007, p. 17.

¹⁴⁴⁴ I. URBAIN-PARLEANI, « Les nouvelles obligations d'informations des dirigeants envers les actionnaires », Rev. sociétés 2003, n° 2, p. 315.

enrichi par la loi du 3 juillet 2008¹⁴⁴⁵. C'est ainsi que le passage d'une information comptable trop technique, trop aride, à une information narrative modèle l'information à travers la transparence. Pour preuve, comme le souligne Marina TELLER dans sa thèse, « *l'information chiffrée est désavouée, le régulateur lui préfère une information moins sophistiquée et moins savante qui marque la revanche des lettres sur le chiffre* »¹⁴⁴⁶. On aurait pu également parler du mécanisme du *comply or explain*¹⁴⁴⁷, mais il n'existe pas d'organisations représentatives des entreprises dans l'espace Ohada. La contribution des normes comptables à la transparence et à la fiabilité des comptes est un élément essentiel de l'édifice mis en place par le droit Ohada, édifice de nature à promouvoir la bonne gouvernance et la sécurité économique de l'entreprise, encore faudrait-il aujourd'hui intégrer dans le système comptable Ohada les normes de l'International Financial Reporting Standards (« IFRS ») qui n'existaient pas à l'époque de l'adoption de l'acte uniforme comptable mais qui s'universalise et renforce la transparence¹⁴⁴⁸.

2. Développer l'information des associés

471- Le développement de l'information doit se manifester par un changement de la stratégie interne d'informations des associés et par une ouverture nécessaire à d'autres instruments techniques en ce qui concerne la transmission d'informations. L'information constitue ce que certains auteurs estiment de « *ce droit à la curiosité qui est crucial pour les nouveaux actionnaires, anxieux de mieux connaître le navire sur lequel ils ont embarqué, ainsi que son équipage* »¹⁴⁴⁹. Pour Monsieur le professeur PASQUALINI, il s'agit d'une « *vision réelle par une traduction loyale de ce qu'est l'entreprise* »¹⁴⁵⁰. Elle vise à renforcer le contrôle des activités sociales.

¹⁴⁴⁵ Loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire, JORF, n° 0155 du 4 juil. 2008, p. 10705.

¹⁴⁴⁶ M. TELLER, « L'information communiquée par les sociétés cotées : analyse juridique d'une mutation », Thèse, Nice, 2007, n° 348, p. 314.

¹⁴⁴⁷ Pour une compréhension plus détaillée, V. B. FASTERLING, J.-C. DUHAMEL, « Le comply or explain : la transparence conformiste en droit des sociétés », Rev. internationale de droit économique, 2009, 2, p. 129 ; V. MAGNIER, « La règle de conformité ou l'illustration d'une acculturation complexe », in V. MAGNIER, « La gouvernance des sociétés cotées face à la crise », Joly éd., 2010, p. 249.

¹⁴⁴⁸ Encyclopédie de droit Ohada, Dir. P.-G. POUGOUE, Lamy, 2011, n° 23, p. 382.

¹⁴⁴⁹ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, « Droit des sociétés », Lexisnexis, 2012, 25^e éd., n° 633, p. 290.

¹⁴⁵⁰ F. PASQUALINI, « Principe de l'image fidèle en droit comptable », Litec, Paris, 1992, n° 31, p. 27.

472- Les canaux de diffusion de l'information doivent permettre un accès égal, en temps voulu et à moindre coût à des informations pertinentes de la part des utilisateurs. Les informations sur l'entreprise sont diffusées exclusivement par voie de publication dans les journaux et en le tenant à disposition au siège de la société. Le rapport annuel est publié sous forme récapitulative. La publication sur les sites web n'est pas chose courante. Les investisseurs n'ont pas accès à la documentation disponible au siège de la société; ils ont seulement accès au rapport annuel sommaire publié au journal officiel. Les actionnaires n'ont pas accès au procès-verbal des réunions du conseil d'administration ou n'ont pas le droit de participer aux réunions du conseil, mais peuvent avoir accès aux procès-verbaux¹⁴⁵¹. Certains auteurs proposent que les informations soient adressées au domicile des actionnaires, clairement présentées et bien commentées¹⁴⁵². Dans cette situation, Il faudra que les actionnaires ou associés soient bien étourdis pour ne pas les lire. D'autres considèrent que la solution du double serait en conformité avec les objectifs du législateur d'améliorer l'information des actionnaires¹⁴⁵³. Il convient aussi de souligner que cette solution s'inscrit également dans la droite logique de la corporatif gouvernance qui vise à assurer une meilleure information de l'actionnaire, donc une meilleure protection et un meilleur contrôle de l'activité sociale.

473- Le professeur Ndiaw DIOUF écrit « *dans les sociétés modernes, nul ne songe à contester l'intérêt que représentent, pour les individus, les entreprises et les institutions, les technologies de l'information et de la communication. On ne peut que se réjouir des possibilités qu'offrent les moyens électroniques pour la collecte, le stockage, la conservation et la transmission des informations* »¹⁴⁵⁴. Le monde est en perpétuelle transformation ce qui permet une envolée fulgurante et remarquable des technologies de l'information et de la communication. C'est ce que confirme Jean-Christophe SCIBERRAS lorsqu'il révèle que « *comme l'ensemble des sociétés, développées ou émergentes, les entreprises sont profondément et rapidement transformées par la pénétration des technologies de l'information et de la*

¹⁴⁵¹ V. art. 525 et 526 de l'AUSCGIE.

¹⁴⁵² A. TUNC cite par R. KPEOU-KONGOLI, « La protection des actionnaires en cas d'augmentation du capital », Mémoire de DESS Droit des Affaires, Université de Lomé, 2001, p. 42.

¹⁴⁵³ R. HOUIN et GORE, D.1967, Chr., p. 157.

¹⁴⁵⁴ N. DIOUF, « Infractions en relation avec les nouvelles technologies de l'information et procédure pénale : l'inadaptation des réponses nationales face à un phénomène de dimension internationale », RSDA, n° 2, 2004, p. 83.

communication »¹⁴⁵⁵. Grâce à l'information qu'ils peuvent recevoir par un simple « clic » en restant chez eux, les associés peuvent contrôler les activités sociales. Ils deviennent ainsi plus conscients de leur pouvoir de contrôle au sein de la société lorsqu'ils sont mieux informés. Par ailleurs, le recours à ces techniques de l'information et de la communication permet aux actionnaires d'éviter les frais de déplacement parfois coûteux. Il s'agit de véritables « autoroutes de l'information »¹⁴⁵⁶. Autrement dit, elles évitent le déplacement des actionnaires au siège social pour la consultation des documents sociaux qui représentent parfois une paperasse difficile à manipuler car, il suffit d'un clic pour les obtenir. Elles permettent également à la société de stocker et de communiquer les informations de manière instantanée ou presque, par envoi à distance.

Le droit des sociétés commerciales vise de multiples objectifs qui vont de l'équilibre des pouvoirs dans la société à l'efficacité économique en passant par la protection des salariés¹⁴⁵⁷. Mais les objectifs de transparence et surtout d'efficacité des mécanismes de gestion et de contrôle sont parfois parmi les plus recherchés¹⁴⁵⁸.

3. Faciliter l'accès à un certain groupe d'actionnaires

474- La défection des actionnaires demeure toujours mais certains d'entre eux se sont « galvanisés » et s'harmonisent afin de faire valoir leurs droits et de surveiller la gestion des dirigeants. En effet, la présence d'une catégorie particulière d'actionnaires notamment les associations de défense d'actionnaires minoritaires et les investisseurs institutionnels aux assemblées apparaît être le signe d'une évolution certaine du contrôle interne collectif. De nos jours, les actionnaires semblent s'intéresser davantage aux assemblées d'actionnaires. Le fait de faciliter l'accès aux associations de défense d'actionnaires se justifie par le fait qu'elles rassemblent des capacités, des ressources et des compétences d'un ensemble d'acteurs, plus ou

¹⁴⁵⁵ J.-C. SCIBERRAS, « L'irrigation de l'entreprise par les nouvelles technologies de l'information et de la communication : le point de vue d'un praticien », *Droit social*, 2002, p. 93.

¹⁴⁵⁶ N. DIOUF, « Infractions en relation avec les nouvelles technologies de l'information et procédure pénale : l'adaptation des réponses nationales face à un phénomène de dimension internationale », *RSDA*, n° 2, 2004, p. 60.

¹⁴⁵⁷ *Encyclopédie de droit Ohada*, Dir. P.-G. POUGOUE, Lamy, 2011, n° 55, p. 389.

¹⁴⁵⁸ P.-G. POUGOUE, « L'impact de l'acte uniforme de l'Ohada relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE sur le contrôle et le développement des entreprises locales », *Juridis périodique*, 2006, n° 66, p. 107 ; D. TAPIN, H. EPESSE, « Un nouveau droit des affaires en Afrique noire francophone », *Dalloz affaire*, 1998, n° 107, p. 361 ; W. KODJOH-KPAKPASSOU, « Les quelques innovations apportées par l'Ohada au fonctionnement des sociétés commerciales », *Cour Suprême*, n° 009/1999, p. 16.

moins diligents. Effectivement, le contrôle exercé par ces dernières sur les affaires sociales est révélé par un activisme qui se spécifie par un ensemble d'activités d'influence telles que des actions judiciaires systématiques. Au-delà de cette protection, c'est l'idée d'une fonction sociale de la minorité qui l'emporte : la minorité est dotée de prérogatives de vigilance qu'elle doit mettre au service de l'intérêt social¹⁴⁵⁹.

475- Ces types d'associations représentent une source de contre-pouvoir au sein des sociétés anonymes. Dans l'espace Ohada, il existe également des associations de défense d'actionnaires minoritaires¹⁴⁶⁰ qui jouent le même rôle que celles françaises, Il en est ainsi par exemple du syndicat des actionnaires de SAGA-TOGO. Par ailleurs, les assemblées d'actionnaires ont également des pouvoirs très étendus, il ne s'agit pas ici de conférer de nouveaux droits aux actionnaires, mais plutôt et surtout de les pousser à instruire de façon plus efficace ceux qu'ils avaient déjà. Ainsi, ce syndicat s'est révélé très efficace car il a conduit plusieurs batailles judiciaires ou revendications relatives à la gestion de la société. Il a ainsi assigné devant les juridictions togolaises certains dirigeants pour une mauvaise, désastreuse et opaque gestion. L'existence de telles associations d'actionnaires au sein des sociétés requiert d'être admise car elles se recommandent de la convenance même du contrôle des affaires sociales. C'est de préférence l'intérêt de la société qu'elles sont destinées à protéger.

476- D'un autre côté nous avons les investisseurs institutionnels qui sont concernés de prime abord par la rentabilité de leurs placements. Etant des professionnels, ils sont mieux à même de comprendre ce qui se passe dans la société, de plus, leur importance leur donne un certain poids. C'est pourquoi ils n'hésitent pas à critiquer la gestion des dirigeants des sociétés dans lesquelles ils détiennent des participations. Dans l'espace Ohada, plusieurs investisseurs institutionnels détiennent une fraction importante du capital dans les sociétés¹⁴⁶¹. Comme les associations de défense d'actionnaires minoritaires, les investisseurs institutionnels contrôlent mieux la gestion des affaires sociales. En effet, grâce à leur présence aux assemblées, le contrôle interne collectif connaît une évolution réelle et une transparence dans la gestion

¹⁴⁵⁹ A. COURET, « Le harcèlement des majoritaires », Bull. Joly 1996, n° 36, p. 112.

¹⁴⁶⁰ Il s'agit d'une association de minoritaires affiliée à la confédération nationale des travailleurs du Togo (CNTT) qui défend les intérêts des actionnaires Togolais détenant dix neuf pour cent (19 %) du capital social.

¹⁴⁶¹ Ainsi en est-il de la Caisse de sécurité sociale du Ghana qui est actionnaire de la société ECOBANK Transnational Incorporated (ETI), maison mère du groupe ECOBANK, qui au moment de sa cotation à la Bourse régionale des valeurs mobilières (BRVM), avait plus de 3.000 actionnaires.

sociale se dessine peu à peu. Tout ceci a mené à une « *régénération des assemblées d'actionnaires* »¹⁴⁶², qui converge vers un exercice renouvelé du contrôle.

477- Par ailleurs, l'on peut souligner que la politique de distribution régulière de dividendes¹⁴⁶³ est un procédé de fidélisation des actionnaires. Elle a pour nature d'éviter de la part des dirigeants la pratique de mise en réserve systématique des bénéfices privant ainsi les actionnaires minoritaires de leur droit aux dividendes. Cette politique permet non seulement de fidéliser les actionnaires mais d'accroître aussi l'actionnariat. Mais cela ne veut pas dire que chaque année l'actionnaire a le droit de prétendre à une partie des bénéfices, mais simplement qu'il ne peut en être indûment privé de son droit sur les bénéfices et sur les réserves¹⁴⁶⁴. A cet effet, la doctrine considère que la politique de distribution régulière des dividendes « *est déterminée par la politique financière de l'entreprise, mais aussi par une politique de relation* »¹⁴⁶⁵.

§ 2. LA TRANSPARENCE DANS LA GOUVERNANCE

478- La transparence est la vertu des belles âmes¹⁴⁶⁶. En effet, la transparence dans les choix effectués et la communication sur les valeurs de l'entreprise seraient susceptibles de créer de la valeur pour la société dans son ensemble. La meilleure explication se trouverait dans la confiance que la transparence permettrait de créer entre les différents acteurs du système.

A. La transparence, vecteur des exigences informatives

479- L'action de la prévention découle sans nul doute de la promptitude avec laquelle les troubles susceptibles de bouleverser le bon fonctionnement de la société sont découverts et affrontés. L'expression « *il vaut mieux prévenir que guérir* » est très adaptée à cette situation. Le législateur Ohada avait prévu ces circonstances, c'est pour cela qu'il a introduit dans l'AUSCGIE des dispositions visant à protéger les associés et surtout ceux minoritaires contre

¹⁴⁶² P. LE CANNU, « Droit des sociétés », Montchrestien, 4^e éd., 2011, n° 783, p. 469.

¹⁴⁶³ Les dividendes sont des parts de bénéfices distribuées aux actionnaires au prorata des actions détenues.

¹⁴⁶⁴ P. MERLE, op.cit, n° 294, p. 352.

¹⁴⁶⁵ D. VIDAL, « Droit des sociétés », LGDJ, 5^e éd., 2006, p. 551.

¹⁴⁶⁶ J. D. BREDIN, « Secret, transparence et démocratie », Seuil, 1997.

de possibles abus en inscrivant à ses articles 150 et suivants le déclenchement d'une procédure d'alerte ou d'expertise. Mais il s'avère que ces techniques de prévention-détection se montrent parfois apparentes du fait de défauts considérables. Toutefois, des pistes d'un perfectionnement peuvent être appréciées en la matière.

1. La confusion sur l'élément moteur de la procédure d'alerte et les carences observées

480- L'élément moteur de l'alerte tel que formulé par le législateur Ohada nécessite une précaution dans son emploi à défaut, il pourrait causer des difficultés nouvelles à la société qu'il est censé préserver. L'alerte est créée par les associés et par les commissaires aux comptes qui demandent des explications aux dirigeants lorsqu'ils constatent des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Le législateur n'a pas cru devoir circonstancier *de jure* le critère. Par cette procédure, le législateur Ohada s'est attaché aux réformes récentes du droit des sociétés dont la volonté est d'améliorer l'information fournie sur le fonctionnement des sociétés. La procédure d'alerte est d'ailleurs une innovation pour la plupart des pays membres de l'Ohada, dont les droits ignoraient le mécanisme¹⁴⁶⁷. Ainsi, le législateur s'est tenu à un aphorisme très souple susceptible de se dilater à l'excès¹⁴⁶⁸. Il convient cependant de s'accorder avec la doctrine que ce critère d'origine comptable a une étendue amphibologique car présentant à la fois un aspect économique et financier¹⁴⁶⁹. Si l'approche voulue par le législateur est plus « *scientifique et plus rationnelle* », il n'en demeure pas moins qu'elle n'est pas très fertile¹⁴⁷⁰.

A l'évidence, l'élément moteur pris séparément ne saurait prouver l'alerte. Son déclic suppose réellement l'existence combinée des deux faisceaux de critères que sont le « *fait* » considéré et la faculté pour ce fait de « *compromettre la continuité de l'exploitation* ». Par conséquent, le fait réputé ne doit pas nécessairement compromettre la continuité de l'exploitation mais avoir naturellement la substance à le faire. Mais il faut que le fait soit tout de même suffisamment

¹⁴⁶⁷ F. M. SAWADOGO, « Droit des entreprises en difficulté », Bruyant, 2002, p. 35.

¹⁴⁶⁸ On peut ainsi relever comme éléments y résultant, les emprunts exorbitants ou non justifiés, l'accumulation de mauvais résultats, l'inscription inquiétante des privilèges et nantissements, des injonctions de payer à répétition, une trésorerie négative et même des conflits sociaux.

¹⁴⁶⁹ M. JEANTIN, P. Le CANNU, « Droit commercial, instrument de paiement et de crédit, entreprises en difficultés », Dalloz, 6^e éd., 2003, p. 277.

¹⁴⁷⁰ P. NGUIHE KANTE, « Réflexions sur la notion d'entreprise en difficulté dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif » in « Les annales de la faculté des sciences juridiques et politique de l'Université de Dschang », PUA, 2001, p. 97.

grave pour affecter la continuité de l'exploitation et que le risque soit en mesure de se réaliser dans un futur probable. Le devoir d'alerte amène inéluctablement à faire évaluer la gestion. L'AUSCGIE applique de façon implicite un droit de regard et d'appréciation de la gestion par le commissaire aux comptes¹⁴⁷¹ s'il y en a un. En effet, toutes les sociétés ne sont pas tenues de désigner en leur sein des commissaires aux comptes, seules les sociétés anonymes doivent nécessairement nommer des commissaires aux comptes devant assurer le contrôle de leur gestion¹⁴⁷². Par ailleurs, l'article 376 de l'AUSCGIE précise que « *seules les sociétés à responsabilité limitée disposant d'un capital supérieur à dix millions (10.000.000) de Francs CFA ou réalisant un chiffre d'affaire annuel supérieur à deux cents cinquante millions (250.000.000) de francs CFA ou encore possédant un effectif permanent supérieur à cinquante (50) personnes* » sont obligées de désigner des commissaires aux comptes ; Autrement dit, les SARL ne sont pas contraintes à ce formalisme¹⁴⁷³.

Dans le cas où un commissaire aux comptes est présent au sein d'une société, il lui est expressément proscrit de s'immiscer dans la gestion de celle-ci¹⁴⁷⁴. En effet, il est un tiers à la gestion de la société, même si le législateur paraît bien assembler l'alerte à la compétence qu'a le commissaire aux comptes à l'occasion de l'exercice de sa mission¹⁴⁷⁵. Si la procédure d'alerte peut être initiée par le commissaire aux comptes, elle peut également être l'œuvre des associés. A l'opposé des commissaires aux comptes qui doivent amorcer l'alerte toutes les fois que la situation de l'entreprise est préoccupante, les associés ne peuvent exercer leur pouvoir d'alerte que deux fois par exercice¹⁴⁷⁶. Monsieur le professeur MODI KOKO BEBEY affirme que « *la seule limitation prévue dans l'exercice du droit d'alerte est relative au nombre de fois qu'un même associé est autorisé à donner l'alerte au cours d'un exercice social* »¹⁴⁷⁷. L'intérêt des associés à la bonne marche de l'entreprise n'est plus à démontrer, l'alerte mais également

¹⁴⁷¹ F. ANOUKAHA, A. CISSE, N. DIOUF, J. NGUEBOU TOUKAM, P.-G. POUGOUE, M. SAMB, « Ohada, Sociétés commerciales et GIE », Bruyant, 2002, p. 171.

¹⁴⁷² A raison d'un commissaire titulaire et d'un suppléant si la société ne fait pas publiquement appel à l'épargne et deux commissaires titulaires et deux suppléants si la société fait publiquement appel à l'épargne.

¹⁴⁷³ L'on peut craindre des déguisements de la situation financière et économique réelle dans ces sociétés où les dirigeants s'ils sont en même temps associés, peuvent être tenus solidairement et indéfiniment du passif social.

¹⁴⁷⁴ Article 712 AUSCGIE. Bien plus, il peut voir sa responsabilité engagée tant à l'égard de la société que des tiers des conséquences dommageables ou des fautes qu'il pourrait commettre dans l'exercice de ses fonctions selon l'article 725 AUSCGIE.

¹⁴⁷⁵ Art. 150 et 153 de l'AUSCGIE.

¹⁴⁷⁶ Au-delà, l'associé n'est plus admissible à poser par écrit des questions aux dirigeants, sauf lors des assemblées générales. Cette limitation des pouvoirs de contrôle de la société par les associés est assez surprenante quand on sait que dans plusieurs sociétés, il n'existe pas de commissaires aux comptes.

¹⁴⁷⁷ H.-D. MODI KOKO BEBEY, « La réforme du droit des sociétés commerciales de l'Ohada », Rev. Sociétés avril- juin 2002, p. 261.

l'expertise de gestion permet aux associés d'attirer l'attention des dirigeants sur une gestion anormale. Ils ont donc en principe une parfaite connaissance des difficultés qui peuvent affecter l'entreprise. Mais le fait est là, dans de nombreuses sociétés de capitaux cependant, les associés sont souvent très loin de la réalité de l'entreprise. Ils ne sont généralement en contact avec elles que par le biais des nouvelles technologies de l'information et de la communication. Bien plus, ils ne participent aux assemblées souvent que par mandataires interposés. Il en est ainsi notamment des sociétés de grande importance.

Il apparaît donc que les associés ont simplement la capacité et non le devoir de déclencher l'alerte. Cette faculté se traduit clairement par l'utilisation dans ces articles du verbe « *pouvoir* » et non « *devoir* ». C'est dire qu'à la différence des commissaires aux comptes, les associés ne sont pas nécessairement tenus, en cas de constatation des indices de difficulté, d'attiser la procédure d'alerte. L'on peut alors imaginer qu'ils ne se soucieront vraiment de l'alerte que dans les sociétés où il ne figure pas de commissaires aux comptes ou lorsqu'ils percevront leurs intérêts véritablement fragiles¹⁴⁷⁸. Cependant la limitation à deux fois pour déclencher l'alerte revêt toute son importance car dans les sociétés anonymes par exemple, la gestion de la société risquerait d'être paralysée si tous les actionnaires, qui sont parfois très nombreux, entendaient exercer ce droit¹⁴⁷⁹. Pour finir, l'exercice d'alerte a toujours une nature perturbatrice et est susceptible, si elle n'est pas bien usitée, de porter atteinte à la crédibilité de l'entreprise. L'alerte doit donc demeurer secrète aussi longtemps que possible pour être efficace. En effet, elle peut provoquer chez les partenaires de la société un scepticisme sur sa capacité à exécuter ses obligations futures. Ils pourront être alors tentés de revoir leurs relations avec l'entreprise. Les commissaires aux comptes sont donc contraints au secret professionnel pour les faits, actes et renseignements dont ils ont pu avoir connaissance à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions¹⁴⁸⁰. Si la procédure d'alerte est du ressort du commissaire aux comptes et des associés, l'expertise de gestion est l'apanage des seuls associés.

Par ailleurs, Le commissaire aux comptes jouit toujours de certaines prérogatives qui lui permettent de jouer son rôle de régulateur des comptes de la société. C'est pourquoi il dispose

¹⁴⁷⁸ P. NGUIHE KANTE, « Les techniques de sauvetages des entreprises en difficulté en droit camerounais », Thèse, Université de Yaoundé II, 1999, p. 98.

¹⁴⁷⁹ Y. GUYON, « Droit des Affaires, Droit commercial général et sociétés », Economica, 12^e éd., 2003, p. 298.

¹⁴⁸⁰ Art. 717 de l'AUSCGIE.

d'un droit à l'information qui évoque celui que la loi reconnaît aux actionnaires¹⁴⁸¹ et entre autre d'un pouvoir d'investigation. Seulement il semble que ces prérogatives ne soient pas correctement adaptées à sa fonction en droit Ohada. En effet, si l'on se réfère aux articles 150 et 153 de l'AUSCGIE, l'on peut constater que ce dernier n'est pas tenu d'investiguer de manière systématique les faits donnant lieu à l'alerte¹⁴⁸². Tout porte à croire qu'il ne possède à priori aucun pouvoir d'investigation, rien ne doit normalement le bloquer à parvenir aux informations qu'il recherche¹⁴⁸³. "Pour cela, il faut une correction de l'interdiction d'immixtion de ce dernier dans la gestion de l'entreprise¹⁴⁸⁴. Ainsi, les commissaires aux comptes vont devenir la protection essentielle à l'abus de biens sociaux. Grâce à leurs pouvoirs d'investigation, et grâce à la présence des administrateurs indépendants, le contre-pouvoir est affermi. Si un abus de biens sociaux apparaissait, les actionnaires seraient rapidement au courant, et des mesures pourraient être prises. Pour que la transparence puisse être effective, il faut que les administrateurs et les dirigeants acceptent de voir leurs attributions se mouvoir quelque peu. Les contrôles externes vont aussi se consolider, avec un commissaire aux comptes plus présent, et plus indépendant face aux dirigeants.

2. Le dénouement édulcoré de l'expertise de gestion

481- L'un des ennus principaux de l'expertise de gestion est qu'elle pousse à une intrusion flagrante de la justice dans la société. Le juge dispose en la matière d'une faculté totale d'appréciation¹⁴⁸⁵. « *L'expertise de gestion est la possibilité offerte aux associés, même minoritaires, qui représentent une fraction raisonnable du capital social de faire ouvrir une enquête sur une ou plusieurs opérations de gestion, enquête destinée à renforcer le droit des associés de contrôler la gestion d'une société* »¹⁴⁸⁶. Ensuite, concernant le contexte jurisprudentiel, on peut dire que la jurisprudence en la matière est caractérisée par sa

¹⁴⁸¹ Les commissaires aux comptes doivent en effet être convoqués à toutes les assemblées générales d'associés et reçoivent à l'occasion les mêmes informations que ces derniers. De plus, ils doivent également être convoqués aux réunions du conseil d'administration s'il en existe.

¹⁴⁸² En effet à travers les dispositions de ces deux articles, l'on se rend compte que le commissaire aux comptes doit se borner aux conséquences tirées des constatations faites dans l'exercice normal de sa mission.

¹⁴⁸³ Par exemple, en France, il est admis que le commissaire aux comptes puisse poursuivre son investigation dans les comptes des personnes morales ou physiques distinctes de la société examinée

¹⁴⁸⁴ Il est clair que la mise en œuvre du mécanisme d'alerte par les commissaires aux comptes les contraint à s'immiscer dans la gestion. Cela est vrai dans la mesure où ils peuvent faire délibérer le conseil d'administration ou convoquer l'assemblée générale des associés. Ces actes sont assurément des actes de gestion.

¹⁴⁸⁵ P.-G. POUGOUE, F ANOUKAHA et J. NGUEBOU, « Le droit des sociétés commerciales et du GIE Ohada », PUA, 1999, p. 86 et 87.

¹⁴⁸⁶ Cf. CA de Cotonou, Arrêt N° 256/2000 du 17/8/2000, Affaire Société continentale des pétroles et d'investissements C/ Etat béninois.

déficience depuis la mise en œuvre de l'AUSCGIE. En effet, l'accès à l'information par le truchement de l'expertise de gestion semble être un réel « *parcours semé d'embûches* »¹⁴⁸⁷. D'ailleurs, l'expression « *s'il est fait droit* »¹⁴⁸⁸ de l'article 160 de l'AUSCGIE témoigne de la rigueur ou de la sévérité de la recevabilité de la demande de désignation de l'expert. En plus, il est demandé aux actionnaires d'épuiser les autres moyens d'information avant de déclencher l'expertise de gestion¹⁴⁸⁹, ne facilitant ainsi aucunement l'information des actionnaires, donc le contrôle des affaires sociales.

482- La véritable insuffisance ici constitue la lenteur de la procédure. En effet, les décisions n'interviennent pas hâtivement. Un examen de la jurisprudence dans l'espace Ohada montre que les décisions interviennent souvent une année après l'introduction de la demande. Dans une affaire¹⁴⁹⁰ soumise à la Cour d'appel d'Abidjan, l'exploit avait été formé le 12 janvier 2000 en contestation d'une décision qui en premier ressort rejetait l'expertise de gestion, la décision du juge d'appel n'intervint finalement que le 02 janvier 2001¹⁴⁹¹. Il faut préciser ici que le caractère urgent a été préconisé vu la compétence du juge des référés dans l'arrêt. Mais même une institutionnalisation expresse de la procédure de référé en la matière qui permettrait d'éviter tout doute dans l'esprit des associés et surtout des juges, les décisions interviennent généralement plus d'un mois après l'introduction de la demande¹⁴⁹². L'expertise de gestion est donc en réalité une procédure assez longue alors que toutes les procédures de détection des difficultés doivent être rapides¹⁴⁹³. Par ailleurs la discrétion est également de mise car comme le dit la jurisprudence française à ce niveau, l'expertise de gestion peut nuire au crédit de la société par le doute qu'elle fait planer sur une opération sociale.

B. La transparence, condition de fonctionnement de la clarté de l'information

¹⁴⁸⁷ Cass. com., 11 oct. 2005, 6 déc. 2005, 17 janv. 2006 et 14 févr. 2006, RTD com., 2006, p. 570, note sous A. CERATI-GAUTHIER.

¹⁴⁸⁸ En ce sens CA Rennes, 22 mai 1973, Gaz. Pal. 1973, 2, 700, note PEISSE dans laquelle la demande de désignation de l'expert s'est heurtée à un refus de la part du président du tribunal.

¹⁴⁸⁹ Cass. com., 14^e ch., 12 nov. 2003, « Dumeylet c/ SA Sté Dallages Industriels Brunet », note sous CA Paris, 14^e ch. A, 26 mars 2003, RTD com. 2004, n° 6, p. 314, C. CHAMPAUD et D. DANET

¹⁴⁹⁰ CA Abidjan, 5^e ch. Civ., arrêt N° 10 du 02 janvier 2001, affaire polyclinique Avicennes c/ bassit Assad, Ohadata J-02-113.

¹⁴⁹¹ L'arrêt ayant infirmé la décision du premier juge, on est en droit de se demander quel est l'intérêt de la mesure prise un an après la demande.

¹⁴⁹² CA Abidjan, arrêt N° 376 du 02 mars 2004, affaire Matalock Procces-ci SARL c/ Tourreguitart Clussela, Ohadata, J-04-489.

¹⁴⁹³ Y. GUYON, « Droit des Affaires, Droit commercial général et sociétés », Economica, 12^e éd., 2003, p. 62.

483- La meilleure façon de parvenir à une information claire et précise consiste à épurer le système actuel de ses nombreuses faiblesses et à le renforcer efficacement. Il semble qu'il faille d'abord reformuler avec précision les conditions de mise en œuvre des procédures de prévention-détection (1). Ensuite, il peut s'avérer judicieux d'envisager une extension de cette prérogative à d'autres organes (2).

1. Permettre une vision globale conduisant à une prévision réaliste

484- Les éléments déclencheurs des mesures de prévention telles que préconisées dans l'AUSCGIE n'ont pas toujours permis à leurs usagers de les appliquer sciemment. Les uns sont flous et approximatifs¹⁴⁹⁴, l'autre existe mais que partiellement¹⁴⁹⁵ et d'autres peuvent être mises en œuvre. En effet, en ce qui concerne l'expertise de gestion, le législateur Ohada n'a donné aucune clarté sur la nature des dites « *opérations de gestion* ». En effet, il aurait pu comme son homologue français, notifier que la procédure puisse être déclenchée à l'encontre d'une ou plusieurs opérations *à priori* contestables¹⁴⁹⁶. L'on peut imaginer rationnellement qu'il s'agit d'opérations de gestion considérées inconvenantes. Le risque apparaît plus élevé ici parce que les associés minoritaires seront tentés de demander l'expertise de gestion toutes les fois qu'ils considéreront qu'une opération de gestion est critiquable. D'un autre côté, les associés ayant la possibilité de recourir à cette procédure peuvent le faire de façon dilatoire ou irresponsable dans la seule finalité d'entraver la gestion d'un dirigeant qui leur paraîtrait antipathique¹⁴⁹⁷. Le législateur aurait dû établir au moins, un point d'ancrage sur lequel devront se baser les associés dans l'exercice de ce pouvoir. Aussi, comme nous l'avons dit lorsque l'on a abordé cette procédure, cette prérogative est réservée uniquement aux associés, alors qu'en droit français, elle est ouverte au ministère public, au comité d'entreprise. En décidant de mettre le ministère public à l'écart de la prévention, le législateur Ohada restreint de réelles possibilités de performances de cette procédure. En effet, étant donné que les procédés de contrôle de l'entreprise ont été limités sur le plan interne, le ministère public en tant que garant de l'ordre public et de l'intérêt général pourra bien se voir donner un pouvoir de détection. Cela favorise plus les grosses entreprises aux dépens des petites entreprises qui

¹⁴⁹⁴ Cas de la procédure d'alerte.

¹⁴⁹⁵ Cas de l'expertise de gestion.

¹⁴⁹⁶ Y. GUYON, « Droit des Affaires, Droit commercial général et sociétés », Economica, 12^e éd, 2003 ; Loi de 1966, article 64 al. 2 et 226.

¹⁴⁹⁷ Cette situation se révèle dangereuse car l'expertise de gestion, à l'instar de l'alerte, peut être préjudiciable à l'entreprise dès l'instant où elle est simplement envisagée.

regorgent l'espace Ohada. Face à ces frontières, l'exercice de la prévention par le ministère public pourra permettre un contrôle salubre des petites et moyennes entreprises en zone Ohada.

485- Il en est de même de la notion de « *faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation* » ; Cette notion doit être explicitée afin que l'on puisse établir formellement, grâce à des éléments aussi objectifs que possibles la lisière que l'on ne doit pas dépasser pour amorcer l'alerte. Autrement dit le législateur devra faire preuve de plus de compréhensibilité. Son souci a peut-être été d'élaborer un critère permettant une évaluation toujours anticipée, malencontreusement ce critère s'est montré et se montre tellement flou qu'il a la caractéristique de porter un scepticisme. L'alerte devra reposer uniquement sur des critères potentiels, certains ou avérés, mais toujours susceptibles d'affecter l'exploitation avec une probabilité suffisante. Une telle approche aura le mérite d'aider les commissaires aux comptes et surtout les associés dans leurs fonctions d'alerte et permettra ainsi d'éviter des actions inopportunes. Par ailleurs, il est difficilement pensable que le pouvoir d'alerte produit par les associés¹⁴⁹⁸ soit simplement limité à demander aux dirigeants des explications deux fois par exercice, il serait préférable que l'exercice du pouvoir d'alerte soit rendu possible « *toutes les fois* » qu'ils relèvent des faits ayant pour but de nuire à la société comme en cas d'abus de biens sociaux. Cependant, il doit être exigé la preuve de faits compromettants afin d'éviter d'autres abus, ce qui permet d'annuler le caractère facultatif du droit d'alerte. Cette solution sera salubre pour tous, car le bon fonctionnement de l'entreprise entraînera par voie de conséquence la satisfaction de tous les intérêts catégoriels en présence¹⁴⁹⁹. Ainsi, il est certain que si l'omission coupable dans ce cadre est passible de sanction, les associés se sentiront plus concernés par la prévention. Seule une vision globale permet une vision réaliste¹⁵⁰⁰.

2. Légitimer un pouvoir de détection aux salariés

486- Les salariés ne sont pas étrangers à la continuité d'une entreprise. A l'évidence, en cas d'abus principalement, leur emploi est clairement menacé. En effet, les salariés qui

¹⁴⁹⁸ Pour un meilleur rôle du commissaire aux comptes dans la procédure d'alerte, voir la partie « Intensification du rôle du commissaire aux comptes dans la présente étude ».

¹⁴⁹⁹ L'intérêt de l'entreprise englobe en effet tous les autres intérêts que ce soit ceux des créanciers, des salariés, des dirigeants.

¹⁵⁰⁰ Y. GUYON, « Droit des affaires T.2, Entreprises en difficultés », Economica, 9^e éd., 2003, p. 64.

contribuent tous les jours à l'existence de la société, sont parfois les premiers à constater des complications dans la mesure où ils sont immuables à des postes qui permettent l'observation desdites complications : c'est le cas des employés au service de la compatibilité et de la caisse¹⁵⁰¹. Les salariés peuvent donc posséder un certain nombre d'informations qui pourront apparaître nécessaires à la prévention. Par ailleurs, il convient de souligner que l'emploi de ces moyens de détection sera attribué aux délégués du personnel comme en droit français¹⁵⁰². Cependant, la mission d'alerte du délégué du personnel ne permettra pas de faire délibérer le conseil d'administration ou de convoquer l'assemblée générale des actionnaires. La consécration d'un pouvoir de contrôle au bénéfice du personnel se justifie nettement dans la mesure où les salariés font partie intégrante de l'entreprise et sont capables de jouer un rôle effectif de prévention¹⁵⁰³. Cette restriction ne réduit pas pour autant à néant la prévention dans la mesure où le calcul du nombre d'alertes se fait par associé et non globalement. Il ne reste qu'à plaider pour un élargissement du cadre des organes habilités à déclencher l'alerte et notamment l'alerte du comité d'entreprise ou du président du tribunal de commerce.

¹⁵⁰¹ C. SAINT-HALARY-HOUIN, « Droit des entreprises en difficulté », Montchrestien, 7^e éd., 2011, p. 87.

¹⁵⁰² Ils sont en effet les mieux à l'écoute des salariés en ce sens que non seulement ils sont élus par eux, mais aussi ils ont la fonction d'intermédiaires entre les salariés et l'employeur.

¹⁵⁰³ C. SAINT-HALARY-HOUIN, « Droit des entreprises en difficulté », Montchrestien, 7^e éd., 2011, p. 87.

La (re) construction d'un appareil cohérent et adapté de régulation

487- La gouvernance d'entreprise implique non seulement la prise en compte des questions de management mais également du droit des sociétés et du droit pénal. (Re) construire, c'est s'adapter à des réalités nouvelles. A cet égard, nous avons montré que plusieurs considérations conduisent à imaginer que notre droit pourrait être mieux adapté aux exigences de la vie économique. Force est de constater que le droit des sociétés de l'Ohada s'est vu concurrencer par d'autres disciplines telles que le droit fiscal, droit financier ou encore le droit comptable. Il en résulte certaines confusions, quelques désaccords et, paradoxalement, de curieuses carences. Toute réforme dans l'espace Ohada repose nécessairement sur une certaine vision de l'organisation juridique, de la place du droit et des équilibres fondamentaux qu'il entend consacrer.

488- La législation sur l'abus de droit en matière sociétaire se doit d'être renforcée davantage. Assurer l'unité répressive en matière d'abus de biens sociaux (§ 1) et apporter une certaine cohésion dans l'ordre juridique Ohada (§ 2), voici des approches qui doivent guider l'esprit Ohada en la matière. Ces approches se justifient par le souci d'assurer un bon fonctionnement du système économique en protégeant les intérêts légitimes de tous, dans un contexte encore marqué par la confusion entre le capital et le pouvoir. Aussi semble-t-il, après le renforcement de l'exigence de transparence, de définir un nouvel appareil cohérent et adapté de régulation.

§ 1. ASSURER L'UNITE REPRESSIVE EN MATIERE D'ABUS DE BIENS SOCIAUX

489- La protection des associés/actionnaires, spécialement de ceux qui ne le sont pas, mais aussi la sauvegarde de l'épargne et la défense de l'ordre public, doivent se conjuguer pour produire un appareil répressif impressionnant. L'on s'est rendu compte que l'arsenal actuel présente un grave défaut originel : il méconnaît le fondement même de l'incrimination pénale

qui est la sanction des actes devant s'appliquer dans chaque Etat membre de l'espace Ohada. Instrumentalisée par le législateur Ohada, l'on peut se poser la question de savoir pourquoi cette infraction à l'instar du Sénégal, du Cameroun et de la Centrafrique, n'est pas d'application dans les autres Etats membres ? Serait elle dénaturée dans son fondement ou pose-t-elle une incompréhension quant à ses dispositions ? (A) Si elle est dénaturée dans son principe, l'incrimination se retrouve forcément dénaturée dans sa pratique, pour cela des aménagements se doivent d'être opérés (B).

A. L'abus de biens sociaux, une incrimination au délinéament vague à l'origine des incertitudes ?

490- Une sanction pénale n'est acceptée que si l'acte incriminée est condamnable. Le délit d'abus de biens sociaux trouve sa base dans les dispositions de l'article 891 de l'AUSCGIE. Cette incrimination est en conséquence nouvelle dans le panorama juridique des Etats parties de l'Ohada, tout au moins dans la majorité des pays membres. Seuls les législateurs sénégalais, camerounais et centrafricains ont bien compris l'acuité et l'enjeu d'un droit pénal des affaires Ohada en mettant en place des lois pour punir de ce délit. Comment comprendre alors la crainte ou l'insouciance des autres Etats membres ? Cela est sans doute dû à une imprécision de l'incrimination d'abus de biens sociaux (1) qui, si elle est avérée peut conduire (du moins, on le souhaite) à une reformulation des dispositions de l'article 891 de l'AUSCGIE (2).

1. L'imprécision sur l'incrimination d'abus de biens sociaux

491- L'examen des critères qui précise l'infraction d'abus de biens sociaux au regard de l'AUSCGIE et les irrégularités qui ont pu être signalées tout au long de cette étude nous amène à énoncer une observation essentielle. Cette critique porte sur le texte lui-même. En effet, pour connaître le cadre légal du délit, il est obligatoire de se reporter à la législation de chaque Etat membre¹⁵⁰⁴. La règle est simple : les pays membres de l'Ohada sont engagés à déterminer les sanctions pénales applicables à l'incrimination de l'abus de biens sociaux que

¹⁵⁰⁴ L'article 5 du Traité consacre un principe de compétence supranationale dans la définition des infractions communes et, en conséquence, apporte une limitation systémique du pouvoir de législation pénale des Etats parties.

prévoit l'AUSCGIE délivré par l'instance communautaire. Toutefois, la détermination des personnes susceptibles d'être poursuivies sur la base de l'infraction a été précisée dans les dispositions dudit article et aussi dans d'autres articles¹⁵⁰⁵. L'expression d'« *incrimination* » ainsi discernée de la sanction pénale doit être comprise dans une voie rigoureuse. Elle ne constitue pas ici, « *le fait d'ériger un comportement en infraction en l'assortissant d'une sanction pénale* »¹⁵⁰⁶ mais tout simplement la définition d'un comportement constitutif de délit communautaire. L'AUSCGIE qualifie donc les agissements sujets à répression et les textes nationaux montrent en principe le régime de ladite répression. Ce texte de l'article 891 est à l'origine de rédactions différentes ou d'omissions, et est source de confusion. Autrement dit, s'est construit un partage de rôles entre l'AUSCGIE qui définit les critères matériels et moraux de l'infraction, et les Etats membres qui déterminent les sanctions pénales que les auteurs encourent¹⁵⁰⁷. Le droit matériel montre que le législateur Ohada rejette assez souvent la limitation à la définition des infractions condamnables et qu'il s'emploie souvent à décréter des peines complémentaires ou accessoires, voire des quanta de peines applicables¹⁵⁰⁸.

492- Si l'on se rapproche du contenu même de l'article, la notion d'intérêt social, qui lie le délit à l'AUSCGIE, fait aussi par son imprécision, l'objet de vives critiques¹⁵⁰⁹. Au terme de l'examen de ce délit, deux interrogations ne trouvent toujours pas de justifications claires : comment se définit l'intérêt social et quels sont les critères qui caractérisent l'acte contraire à cet intérêt ? L'intérêt social est un concept comme nous avons pu le remarquer, qui n'est pas complètement défini, et que l'on peut adapter en fonction de ce que l'on souhaite. Les magistrats africains vont se faire une idée de l'intérêt social qui peut se diversifier d'une affaire à l'autre et qu'ils vont qualifier *a posteriori* ; là encore, c'est un facteur d'instabilité et d'insécurité pour le justiciable. Ces qualifications sont-elles trop vagues ou trop incertaines

¹⁵⁰⁵ Art. 904 de l'AUSCGIE relatif au liquidateur.

¹⁵⁰⁶ G. CORNU, « Vocabulaire juridique », Association Capitant, Paris, PUF, 9^e éd., 2011.

¹⁵⁰⁷ Le droit pénal des affaires OHADA se trouve donc scindé en deux champs de compétences : Une compétence d'édiction des règles de comportements punissables qui relève de l'ordre supranational, et une compétence complémentaire d'élaboration des règles de répression qui reste dans les ordres juridiques nationaux.

¹⁵⁰⁸ E. L. KANGAMBEGA, « Observations sur les aspects pénaux de l'Ohada », *Penant*, n° 834, 2000, p. 304.

¹⁵⁰⁹ V. notamment en ce sens, R. OLLARD, « L'abus de biens sociaux est-il un contrôle de gestion des sociétés ? », *Droit pénal* 2009, n° 9, p. 24 ; Y. MULLER, « L'abus réprimé : la correction par le juge - Le délit d'abus de biens sociaux ou la symbolique de l'abus », *Colloque : L'abus en droit des affaires et le pouvoir modérateur du juge*, *Gaz. Pal.* 2009, n° 352, p. 130 ; J.-P. BERTREL, « Liberté contractuelle et sociétés, Essai d'une théorie du « juste milieu » en droit des sociétés », *RTD com.* 1996, p. 595 ; J. PAILLUSSEAU, « La modernisation du droit des sociétés commerciales », *D.* 1996, chr., p. 288 ; D. SCHMIDT, « Les conflits d'intérêts dans la société anonyme », éd. Joly, 2004.

pour justifier, au regard du principe de légalité en matière criminelle, les poursuites pour délit d'abus de biens sociaux ?

493- Effectivement, le texte de l'incrimination est flou, car il fait référence à deux notions qui sont très difficiles à définir. Il s'agit de la notion d'intérêt social d'une part et celle d'intérêt personnel, d'autre part. Nous sommes enclins à retrouver la précision, légitimement recherchée, dans les critères que comporte, lors de l'examen et de l'analyse des faits incriminés, la signification imposée et consacrée dans la définition légale du délit d'abus de biens sociaux. Ce qui fait que l'acte contraire à l'intérêt social devient un abus de biens sociaux c'est l'intérêt personnel du dirigeant. La notion d'usage contraire à l'intérêt social est trop ambiguë et n'a pas en principe sa place dans un texte pénal. Toutefois, sur ce point, le texte est précis puisqu'il exige que le dirigeant sache qu'il agit contrairement à l'intérêt social et, de plus, qu'il soit de mauvaise foi. L'élément moral de l'infraction est donc doublé, renforcé.

494- Le principe de la légalité des délits et des peines s'impute préalablement aux juges. Ces derniers n'ont pas la possibilité de créer des incriminations ni de caractériser des sanctions, ils doivent nécessairement se borner à appliquer les textes et sont même astreints de les interpréter absolument. Mais ce fondement s'impose également au législateur africain (de chaque Etat membre) en ce sens où la loi détermine les crimes et les délits et fixe les peines applicables à leurs auteurs. La loi doit donc répondre à une finalité de sécurité juridique pour tout individu. Cette finalité se manifeste par une obligation générale de prévisibilité de la loi, nature renforcée dans le champ pénal. Cette obligation exige dès lors que le délit réponde à une définition évidente. En effet, pour LEVASSEUR, « *en principe, la description du comportement incriminé doit être aussi précise que possible. Il y a là une des conséquences fondamentales du principe de la légalité(...). C'est le législateur qui est chargé de dire quels sont les comportements répréhensibles, non le juge* »¹⁵¹⁰. Monsieur le Professeur BOULOC apporte même une justification très évidente sur le principe de la légalité des délits. En effet, selon cet auteur : « *ce principe, à l'égard de l'individu, constitue l'une des garanties essentielles de la liberté individuelle ; le citoyen est protégé contre l'arbitraire du juge car il peut connaître à l'avance ce qui est défendu et la peine à laquelle il s'expose en le faisant. Au plan général, donne à la sanction pénale une certitude qui renforce son pouvoir*

¹⁵¹⁰ G. LEVASSEUR, « Cours de droit pénal spécial », Les cours de droit, Paris 1967-1968, p. 6.

d'intimidation et dont la société ne peut que profiter »¹⁵¹¹. Mais voilà, il semble que l'infraction d'abus de bien sociaux introduite dans l'AUSCGIE par le législateur Ohada, ne tient pas compte intégralement de l'obligation de prévisibilité. En effet, la notion d'intérêt social, celle d'usage, de même que l'expression à des fins personnelles, sont des termes susceptibles de recouvrir de multiples agissements.

Si par l'utilisation d'expressions vagues, le législateur africain ne signale pas avec suffisamment de clarté et de précision, ce qui est interdit et la sanction de l'accomplissement de l'acte interdit, il ouvre la porte à l'arbitraire du juge auquel est, en définitive, transféré le pouvoir règlementaire. Les décisions rendues par les juridictions Ohada ne permettent pas de remédier non plus au manque de précision et de clairvoyance de la définition retenue par le législateur Ohada dans le texte de l'incrimination. L'imprécision des dispositions d'une loi peut alléguer une interprétation judiciaire et par là accroître les pouvoirs des tribunaux.

495- Ainsi, le souffre-douleur ici nous apparaît être la loi, et non le juge. Ce qui établit la nature d'une incrimination, c'est premièrement l'avertissement d'un trouble social. En cela, l'article 891 confirme totalement l'infraction d'abus de biens sociaux. En effet, en altérant les pouvoirs que la loi et les associés leur accordent sur les biens de la société pour se comporter contrairement à l'intérêt de la société et dans un but personnel, les dirigeants répandent la déconsidération sur la gestion de la société et abîment ainsi tout un regroupement mis en place par la loi pour affermir le développement des activités commerciales et industrielles. Toutefois, la doctrine française étant multiple en la matière, cela a permis d'avoir une compréhension plus appropriée de l'infraction surtout relatif à l'intérêt personnel qui a été explicité par Monsieur le Professeur SCHMIDT¹⁵¹² ce qui étant, peut permettre une reformulation de l'article 891 de l'AUSCGIE.

2. Reformuler les dispositions de l'article 891 de l'AUSCGIE

496- Le seul avantage qu'on puisse énoncer ici, quant à la non utilisation de l'abus de biens et de crédit dans certains pays membres est, compte tenu des observations faites et en nous basant sur les expériences en droit français, de pouvoir énoncer des modifications qui peuvent

¹⁵¹¹ B. BOULOC, « Droit pénal général », Dalloz, 22^e éd., 2011, p. 96.

¹⁵¹² D. SCHMIDT, « Essai de systématisation des conflits d'intérêts », Recueil Dalloz, 2013, n° 7, p. 446.

s'avérer très utiles dans le libellé de l'infraction. Cette incrimination introduite dans notre Acte uniforme par l'article 891, ne paraît pas respecter la volonté de prévisibilité de la loi pénale et plus principalement le fondement de la légalité des délits et des peines. En effet, le concept d'usage de même que l'expression « *à des fins personnelles* », sont des formulations ouvertes à même d'envelopper de multiples comportements. Toutefois, il faut bien le dire, ces critiques ne semblent pas devoir concerner le juge africain. C'est l'imprécision des textes et surtout la non-existence de la loi qui allègue une adaptation judiciaire et ainsi permettra un accroissement des pouvoirs des tribunaux. Donc, l'on peut admettre que des modifications puissent être apportées pour une meilleure compréhension de l'infraction.

En effet, celle-ci devrait faire l'objet d'une interprétation plus rigoureuse. Ce resserrement de l'incrimination résulterait de la référence cumulative aux notions d'atteinte aux intérêts patrimoniaux de la société et de recherche d'un enrichissement personnel¹⁵¹³. Une meilleure définition de ces éléments a été donc à nos yeux, nécessaire s'agissant notamment du périmètre de la notion d'intérêt, particulièrement celle d'intérêt personnel¹⁵¹⁴. Toutefois, Il a également été rappelé que l'abus de biens sociaux n'est pas une simple faute de gestion, mais une fraude de gestion, impliquant la détermination de l'élément intentionnel¹⁵¹⁵. Cette extension du périmètre de l'abus de biens sociaux a également été due à la difficulté de caractériser d'autres comportements, tels que la corruption.

497- Une modification de cette incrimination pourrait ainsi permettre à l'abus de biens sociaux de retrouver une fonction initiale. L'on ne va pas revenir sur les explications déjà abordées dans la première partie de la présente thèse, mais il convient de souligner que c'est grâce à ces explications, que l'on peut reformuler les dispositions de l'article 891 et en se basant surtout sur la redéfinition apportée par le rapport MARINI en la matière. En conséquence, l'on peut apporter une restriction au champ de l'abus de biens sociaux en proposant une autre rédaction de l'article : « *encourent une sanction pénale le gérant de la société à responsabilité limitée, les administrateurs ou les directeurs généraux, le président qui, de mauvaise foi, font des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt patrimonial de celle-ci, à des fins d'enrichissement personnel, ou pour*

¹⁵¹³ P. MARINI, « La modernisation du droit des sociétés », La documentation française, 1996, p. 112.

¹⁵¹⁴ V. notamment Cass. crim., 14 mai 2003, Bull. crim., n° 97, et le commentaire de D. REBUT, « l'intérêt personnel devient une clause de style qui est toujours caractérisée », Revue de sciences criminelles 2003, p. 797.

¹⁵¹⁵ J.-M. COULON, « La dépénalisation du droit des affaires », Rapport aux gardes des sceaux, 2008, p. 46.

favoriser une autre personne morale dans laquelle ils étaient intéressés, directement ou indirectement ».

Cette définition répond plus ou moins aux normes de la *corporate governance* et donne l'avantage de mieux cerner l'incrimination. Cette reformulation a le mérite, en assignant des limites claires à l'abus de biens sociaux, de répondre au besoin de sécurité juridique demandé par les acteurs de la vie économique. Mais cette reformulation n'apparaîtra pas suffisante voir même nécessaire si des aménagements ne sont pas institués au sein des juridictions nationales pour combattre ce délit.

B. L'inévitable aménagement de la sanction pénale nationale

498- Nous restons convaincus qu'une intervention législative serait opportune de façon à clarifier la situation pour les chefs d'entreprise. En effet, la coexistence d'une incertitude juridique et d'une menace pénale ne saurait être admise. Une telle réforme sera assurément délicate et complexe car, il faut le rappeler, il s'agit de concilier en droit pénal deux exigences contradictoires :

- d'une part, la protection des libertés qui veut que toute infraction pénale soit précisément définie par un texte de loi, que toute disposition répressive soit interprétée strictement **(1)** ;
- d'autre part, la recherche de la vérité qui ne saurait s'accommoder, disons-le, des artifices (dissimulations, comptabilité tronquée ou fausse, etc.), que peuvent mettre en œuvre certains auteurs d'infraction pour échapper aux poursuites pénales **(2)**.

1. La renaissance de l'incrimination d'abus de biens sociaux, une expression de l'uniformisation à la disposition du droit pénal national

499- S'unir pour réagir ou résister, tel fut l'objectif de l'Ohada face à la mondialisation de l'économie lancée dans les années 1990¹⁵¹⁶. Pour canaliser les comportements susceptibles de compromettre l'activité économique et de porter atteinte aux objectifs poursuivis par la réforme, le législateur communautaire a envisagé des infractions pénales tout en restant prudent quant à la fixation des peines¹⁵¹⁷. Les insuffisances de l'incrimination rendent pénibles sa justification eut égard aux intérêts qu'elle aspire à défendre. D'un autre côté, subsiste le défaut de cohésion entre les politiques nationales quant aux sanctions adoptées. En effet, en l'absence d'un texte pénal général applicable à toutes les sociétés Ohada, les omissions, les imperfections voire les imprécisions démontrées plus haut risquent de continuer créant ainsi un sentiment d'insécurité voire d'injustice, antinomique avec une justice répressive convenable. C'est de cette manière qu'a été légiférée la diversité des procédés nationaux d'interprétation de la préférence communautaire. Toutefois, l'ascendance qu'a le droit uniformisé Ohada sur le droit interne apparaît comme le meilleur moyen de mettre le premier à la disposition du second. En effet, l'uniformisation, tout en encourageant l'essor pénal, doit permettre en même temps aux législateurs nationaux, d'adopter ou d'affiner certaines incriminations à la vie des sociétés¹⁵¹⁸.

500- Plus d'une décennie après la définition de certaines de ces infractions, seuls le Sénégal, le Cameroun, et la République Centrafricaine ont élaboré et publié des lois portant répression des infractions relatives¹⁵¹⁹. Anciennement, il perdurait une difficulté dans la détection de certains comportements nuisibles aux affaires. Les éléments constitutifs de l'abus de biens sociaux étaient difficiles à cerner, d'où une complication dans la recherche de la responsabilité pénale. Il était donc facile à un dirigeant social d'abuser des biens sociaux de la société et cela sera toujours ainsi tant que le législateur africain ne s'inspirera pas des normes pénales Ohada, pour non seulement affiner le délit d'abus de biens sociaux, tout en mettant à jour par cette occasion son droit pénal local. Le droit nigérien par exemple, réprimait l'abus de confiance¹⁵²⁰, comme une incrimination de droit commun en matière de détournement¹⁵²¹.

¹⁵¹⁶ P.-G. POUGOUE, « Doctrine Ohada et Théorie juridique », Revue de l'ERSUMA, Numéro spécial, nov.-déc. 2011, pp. 6 et s.

¹⁵¹⁷ L'Ohada étant considérée exclusivement comme un outil technique, certains ont refusé de lui prêter l'idée d'un droit Ohada communautaire. V° sur ce point, S. DOUMBE-BILLE, « A propos de la nature de l'Ohada », Mélanges en l'honneur du Professeur Madjid BENCHIKH, éd. PEDONE, Paris, 2011, pp. 423 et s.

¹⁵¹⁸ E. K. YAO, « Uniformisation et droit pénal : esquisse d'un droit des affaires pénales en droit Ohada », Rev. Penant 2011, n° 876, p. 307.

¹⁵¹⁹ H. TCHANTCHOU, M. AKOUETE AKUE, « L'état du droit pénal dans l'espace Ohada », Revue de l'ERSUMA, n° spécial, nov.-déc. 2011, pp. 20 et s.

¹⁵²⁰ Art. 338 du Code pénal nigérien.

Aujourd'hui, le juge nigérien se trouve dans une situation plus aisée dans la mesure où l'AUSCGIE dispose d'infractions relatives à l'atteinte aux biens sociaux¹⁵²² capables de lui servir de référence.

501- Par ailleurs, un constat qui est celui à l'énoncé des sanctions ci-dessus, des chiffres des peines punissant l'abus de biens sociaux. En effet, on se rend compte que ces derniers varient en fonction de l'Etat concerné¹⁵²³. L'espace Ohada court ainsi, comme nous l'avons signalé plus haut le risque de création, selon que le pays prenant l'acte complémentaire sera plus ou moins restrictif, des « paradis pénaux » et des « enfers pénaux »¹⁵²⁴. Le droit pénal est un droit essentiellement « sanctionnateur », et chaque législateur national prend des dispositions pénales en tenant compte de l'atteinte que l'infraction peut porter à son ordre public interne ; autrement dit, tout le droit répressif est innervé car un comportement puni d'une peine criminelle dans un Etat peut n'être puni que d'une peine correctionnelle ou contraventionnelle dans un autre Etat, ou ne même pas être puni du tout¹⁵²⁵. L'exemple type est celui du Cameroun où la qualification délictuelle ou criminelle d'une incrimination peut influencer par la qualité de la victime ou la nature des biens du délit. C'est ainsi que l'abus de biens sociaux sanctionné de peines délictuelles de la loi 2003/008 du 10 juillet 2003, devient criminel pouvant être condamné de peines perpétuelles de l'article 184 du Code pénal¹⁵²⁶, lorsque les biens distraits appartenaient en tout ou en partie à l'Etat.

502- L'infraction d'abus de biens sociaux se montre alors comme un délit complexe. Cette caractéristique ne peut que déconcerter le justiciable, incapable de saisir la voie de l'infraction et de ses limites. Rien n'interdit les Etats de fédérer leurs conceptions philosophico-juridiques

¹⁵²¹ M. NANZIR, « Le délit d'abus de biens ou de crédit de la société commerciale en droit positif nigérien », Rev. nigérienne de droit, 1999, n° 2, p. 49.

¹⁵²² E. L. KANGAMBEGA, « Observations sur les aspects pénaux de l'Ohada », Penant, 2000, n° 834, p. 312.

¹⁵²³ Le rapport des motifs de la loi 98 du 22 du 26 Mars 1998 rappelle que le législateur sénégalais indique que la pénalisation était faite pour se conformer au Traité Ohada mais que les peines se devaient d'être appropriées au système pénal sénégalais.

¹⁵²⁴ F. ANOUKAHA, A. CISSE, J. NGUEBOU TOUKAM, P-G POUGOUE, M. SAMB., « Ohada : Sociétés commerciales et G.I.E », Bruylant, 2002, p. 237.

¹⁵²⁵ « L'état de l'application du droit pénal des affaires Ohada dans les Etats parties », Session de formation à l'ERSUMA, juil. 2012, p. 64.

¹⁵²⁶ Art. 184 du Code pénal camerounais : « Quiconque par quelque moyen que ce soit obtient ou retient frauduleusement quelque bien que ce soit, mobilier ou immobilier, appartenant, destiné ou confié à l'Etat fédéral ou fédéré, à une coopérative, collectivité ou établissement, ou publics ou soumis à la tutelle administrative de l'Etat ou dont l'Etat détient directement ou indirectement la majorité du capital, est puni : a) Au cas où la valeur de ces biens excède 500.000 francs, d'un emprisonnement à vie ; b) Au cas où cette valeur est supérieure à 100.000 francs et inférieure ou égale à 500.000 francs, d'un emprisonnement de quinze à vingt ans ; c) Au cas où cette valeur est égale ou inférieure à 100.000 francs, d'un emprisonnement de cinq à dix ans et d'une amende de 50.000 à 500.000 francs (...) ».

pour mettre en place un dispositif répressif commun en laissant aux juges une marge d'appréciation permettant de moduler les peines prévues au moment de leur application en fonction des particularités de l'espèce¹⁵²⁷. Cependant, dans les autres pays membres, l'on doit cesser de poursuivre sous la qualification d'abus de confiance aggravé les faits qui techniquement méritent de recevoir l'étiquette d'abus des biens sociaux. De même, il y a urgence à ce que les gouvernements optent pour la mise en place d'une politique de coordination pénale dans le cas d'espèce et relativement aux autres sanctions pénales.

La solution de ce problème n'est pas aisée, car il faut tenir compte de deux impératifs qui paraissent à priori difficilement conciliables. D'un côté, il faut respecter la souveraineté des Etats qui ne peuvent pas être ou ne doivent pas être dépossédés, au profit d'un organe supranational, du pouvoir de légiférer en matière pénale ; d'un autre côté, il y a l'impératif d'harmonisation des règles pénales sanctionnant les violations du droit communautaire, car si la violation de la même règle était punie différemment d'un Etat à un autre, l'application uniforme du droit communautaire risquerait d'être sérieusement compromise¹⁵²⁸. Cependant des auteurs y ont déjà pensé en proposant l'édifice d'un espace judiciaire pénal africain entier¹⁵²⁹ qui va au-delà du minimum commun¹⁵³⁰ organisé en incriminations. Cela ne limitera-t-il pas ce que le Professeur Mireille DELMAS-MARTY a convenu d'appeler : « *pays refuge* » ou encore « *forum shopping* »¹⁵³¹.

2. Développer le champ d'application de l'incrimination d'abus de biens sociaux aux autres Etats-parties

503- La vaste divergence de peines entre le Sénégal et le Cameroun par exemple, ne saurait être justifiée sur le plan de l'équité, à partir du moment où il s'agit de la même infraction, nonobstant les différences culturelles, politiques et sociales. Par conséquent, il faut rechercher un juste équilibre pour une sanction équitable. Avec la multiplication des incriminations, les

¹⁵²⁷ F. ANOUKAHA, A. CISSE, J. NGUEBOU TOUKAM, P-G POUGOUE, M. SAMB., « Ohada : Sociétés commerciales et G.I.E », Bruylant, 2002, p. 235.

¹⁵²⁸ Comme c'est le cas dans l'infraction d'abus de biens sociaux sur la sanction distincte relative entre le Sénégal et le Cameroun par exemple.

¹⁵²⁹ J.-J.FOMCHIGBOU MBANCHOUT, « De quelques réflexions sur la codification pénale communautaire du législateur OHADA », in « L'effectivité du droit de l'Ohada », ouvrage collectif, Presses Universitaires d'Afrique, Yaoundé, 2006, p. 63.

¹⁵³⁰ P.-G. POUGOUE, F. ANOUKAHA et J. NGUEBOU, « Le droit des sociétés commerciales et du G.I.E OHADA », PUA, 2002, p. 225.

¹⁵³¹ M. DELMAS-MARTY, « Droit pénal des affaires », Paris, PUF, 4^e éd., 2000, p. 21.

opérateurs économiques ne sont plus en mesure de connaître ce qui est prohibé ; n'y a-t-il pas là un risque d'atteinte au fondement de la légalité qui prétend qu'un fait ne puisse être sanctionné que s'il entre dans les prévisions de la loi pénale, une norme assez claire pour que le citoyen sache ce qui est défendu et ce qu'il encourt comme sanction s'il a un comportement dénoté. Trop complaisante, la sanction risque de ne pas jouer sa fonction de menace désirée, trop rigide, la sanction risque de provoquer le résultat contraire à celui recherché par le législateur Ohada. Il est donc souhaitable que le juge dans l'application de la sanction se rende compte qu'il est rempli d'un mandat assez lourd. Il se doit d'être équilibré.

504- Le recoupement des sanctions pénales doit acquérir un espace d'expressions dans la formation de vecteurs communs de fixation des peines encourues par ceux qui méprisent les règles communautaires. A cet échelon, la composition des principes directeurs pourrait donner une gamme de solutions au législateur Ohada dans la perspective d'une harmonisation de la sanction pénale. Pour l'instant, au niveau des sanctions de l'abus de biens sociaux, l'Ohada a seulement une compétence annexe¹⁵³². Comme nous l'avons vu, un des plus grands obstacles dans le fonctionnement perpétuel de l'entreprise est l'usage d'abus de biens et de crédit sociaux. Pour cette raison, il y a une obligation réciproque pour les chefs des pays parties d'affronter ce problème, enfin du moins ceux qui ne l'ont pas encore intégré dans leur législation interne.

505- Le but ici est de tirer profit d'une part des pays ayant adopté l'incrimination au sein de leur droit interne et surtout en tenant compte des réformes faites par la législation française en la matière, et d'autre part de bénéficier des liens et des obligations réciproques des Etats Ohada pour avancer dans une lutte contre les abus de biens sociaux. Le premier objectif a déjà été atteint en créant une loi modèle à adopter par les Etats. Les informations acquises au cours de la présente thèse peuvent servir à découvrir les lacunes à régler, ce qui peut permettre dans le même temps aux pays Ohada concernés de pouvoir d'ores et déjà tenter de remédier à la difficulté de perception, sous la pression de devoir en rapporter au Conseil des ministres.

Dans le cas d'espèce, il faut surtout des efforts des gouvernements, du secteur privé. En ce qui concerne les gouvernements, ils doivent implémenter la loi et les mesures complémentaires et

¹⁵³² S'il faut pour l'imposition des obligations contenues dans l'AUSCGIE des normes pénales, l'Ohada est compétente pour les ordonner, mais bien qu'elle puisse insérer des faits matériels pénaux, la détermination des sanctions de ce délit demeure dans les compétences des pays membres.

en outre former les magistrats¹⁵³³. Les organes de l'Ohada¹⁵³⁴ peuvent viser aussi à ce que les pays membres adoptent la loi. Très importante est le concours du secteur privé, c'est-à-dire des entreprises. Il faut qu'elle soit en conformité avec tout ce qui a été cité ici plus haut. Ce pas est inévitable, car à long terme, l'Ohada ne peut fonctionner que si les pays arrivent à enrayer plus ou moins les facteurs qui menacent sa réussite et dont l'abus de biens sociaux est parmi les plus importants. Il est important que les gouvernements des Etats précurseurs ayant déjà adopté cette norme soient prêts à soutenir les autres au moins moralement. L'initiative doit être celle des Etats Ohada et non de quelques pays membres. Cette inquiétude s'adresse aussi aux juristes dans les Etats Ohada qui sont invités à y participer avec leur savoir-faire et leur connaissance approfondie des particularités locales.

506- Par ailleurs, dans le cadre de l'UEMOA, il est fait recours à un procédé très simple pour parvenir à une répression uniforme des atteintes aux règles communautaires. Il s'agit du recours aux Directives qui imposent aux Etats l'adoption, selon la procédure législative normale, de projets de lois uniformes. Par ce système, il est possible d'avoir les mêmes sanctions édictées par des lois adoptées dans chaque Etat membres. Mais à priori, il semble qu'on est en passe d'instaurer un principe de subsidiarité. En application de ce principe du droit pénal national par rapport au droit communautaire, chaque Etat Partie garde la latitude d'incriminer des comportements qui, à ses yeux, sont d'une gravité telle qu'ils méritent une sanction pénale¹⁵³⁵. Par définition, le principe de subsidiarité signifie que la Communauté (et l'Union) n'est justifiée d'agir que si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par une actions des Etats membres, et, partant, être mieux réalisés par une actions de la Communauté (ou l'Union)¹⁵³⁶. Toutefois, l'on ne pourrait dans la pratique concevoir ce principe dans la mesure où le droit pénal national ne supplée pas le droit pénal Ohada qu'il a mission d'exécuter. Il ne lui est donc pas subsidiaire mais complémentaire. Autrement dit, lorsqu'un Acte uniforme a entendu pénaliser un comportement, il l'a exprimé. Lorsqu'il ne l'a pas voulu, il s'est tu.

¹⁵³³ Cette formation peut être effectuée par l'ERSUMA. Il faut également organiser des enseignements. Voir partie sur « le renforcement de l'efficacité de la justice ».

¹⁵³⁴ CCJA et Secrétariat permanent.

¹⁵³⁵ « L'état de l'application du droit pénal des affaires Ohada dans les Etats parties », Session de formation à l'ERSUMA, juil. 2012, p. 18.

¹⁵³⁶ J. BOULOUIS, « Droit institutionnel de l'union européenne », Montchrestien, 6^e éd., 1997, n° 205, p. 141.

On est à même de penser qu'il subsiste un grand retard pris par les pays-parties pour édicter une telle sanction. De même, ils semblent que les sociétés hésitent encore à accélérer le réflexe d'engager la responsabilité pénale de leurs responsables. En effet, au Cameroun par exemple, les recherches faites à la Section Pénale de la Cour Suprême du Cameroun sur les arrêts rendus de 2008 à 2012 n'ont pas permis de mettre en évidence une décision pénale mettant en cause l'application des infractions prévues par les actes uniformes. Le principe de la légalité des peines et des délits veut que non seulement le délinquant connaisse le texte d'incrimination qui définit le comportement répréhensible, mais également la sanction qui y est attachée. C'est au regard de cette sanction qu'il doit réguler sa conduite en connaissance de cause, mais ces peines applicables au niveau des pays membres de l'Ohada ne manquera pas de porter un coup sur la coopération judiciaire.

§ 2. APPORTER UNE COHESION SOUHAITABLE DANS L'ORDRE JURIDIQUE OHADA

507- L'appréciation du risque juridique et la bonne connaissance des juridictions sont, dans le contexte de globalisation des échanges, de la mondialisation de la pratique des affaires, indispensables à tous les acteurs sociétaires et surtout de l'appareil judiciaire africain. Le législateur Ohada peut achever le cycle législatif en matière d'abus sociétaires qu'il a commencé depuis fort longtemps. Ce cycle législatif s'exprime par favoriser d'autres modes alternatifs de résolution des litiges entre associés (**A**) et surtout à accroître une effectivité des réponses (**B**).

A. Favoriser d'autres modes alternatifs de résolution des litiges entre associés

508- Faciliter l'activité des sociétés et garantir la sécurité juridique constitue l'objectif, la « *raison d'être* » de l'Ohada. En effet, en se référant à l'article 1^{er} du Traité, l'Ohada a pour objet : « *l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats Parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées, et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels* ». Le mode alternatif de résolution des conflits (« MARC) légal dans l'espace des Etats membres

est l'arbitrage. Les MARC qui signifient en anglais « *alternative dispute resolution - ADR* » désignent les rouages de résolution des litiges qui se sont accrus parallèlement au mécanisme étatique et qui ont pour finalité connue d'alléger les juridictions. Alternativement ou cumulativement, les associés peuvent chercher à éloigner le différend, le contentieux ou spécialement le contentieux judiciaire.

509- L'engouement pour ces alternatives vient prioritairement de trois facteurs : la rapidité, le coût et le fait qu'elles mettent fin durablement au litige en intégrant dans le processus les caractères humains du différend. Leur avantage est en effet qu'elles placent les parties au centre de la discussion et leur rendent la parole. Ces techniques sont également utilisées pour résoudre les conflits entre actionnaires, avant que la justice publique n'intervienne, voire en marge d'un procès déjà entamé. Eut égard à ces objectifs, les MARC ou ADR, en particulier en matière commerciale et civile, entrent dans le domaine d'application du traité de l'Ohada. Cependant, alors que l'arbitrage est expressément prévu par les textes Ohada, la conciliation et la médiation ne sont que secondairement retracées par notre Droit¹⁵³⁷. L'arbitrage constitue-t-il le seul mode alternatif de résolution des litiges ? Ou encore mieux, la médiation et la conciliation sont-elles perçues comme des MARC qui ne s'introduisent pas dans l'objet du Traité et ne requièrent pas l'approbation de normes particulières ? Si l'Ohada a institué à l'arbitrage un Acte uniforme, la conciliation a été institutionnalisée dans l'Acte uniforme sur le recouvrement des créances. Quant à la médiation, il apparaît que l'Ohada, en décidant de ne pas lui donner un caractère permanent, entend ne pas altérer cette substance qui est par nature, un progrès de caractéristique consensuelle et conventionnelle.

1. Quelle place pour la médiation et la conciliation dans le règlement des litiges entre associés dans l'espace Ohada ?

510- L'expression généralement usitée pour indiquer la médiation, est celle de « *marcher entre les parties au conflit* ». Autrement dit, il s'agit d'une procédure gracieuse et non astreignante en vue de mettre un terme à un différend¹⁵³⁸. Le médiateur indépendant doit rechercher un règlement de *gré à gré* en soumettant des solutions aux parties. Définir la

¹⁵³⁷ A. NGWANZA, « Les MARC en Ohada », Journal africain du droit des affaires, 2011, p. 13.

¹⁵³⁸ La médiation se caractérise en fait par l'intervention dans un litige d'un ou de plusieurs individus, soit de leur propre volonté ou à la demande de l'une des parties.

conciliation n'est pas chose aisée, il faut remonter au Code civil Ottoman¹⁵³⁹ qui a précisé les contours de cette notion. La conciliation y est indiquée comme un « *accord entre deux parties ou plus pour résoudre un différend et mettre fin à ses causes* »¹⁵⁴⁰. Pour le Code civil français, en son article 2044, il s'agit en quelque sorte d'un compromis, d'une transaction. Relativement à la médiation, la conciliation constitue un MARC qui peut s'accomplir uniquement entre les parties, la présence d'un conciliateur n'étant pas requise. La conciliation consiste dans l'intervention d'un tiers qui après avoir écouté les parties et examiné leur opinion, leur propose une solution pour régler leur différend¹⁵⁴¹, ce qui la distingue de la médiation¹⁵⁴².

511- Le procès-verbal de conciliation, à la différence de la sentence arbitrale, n'est pas une décision juridictionnelle et ne lie donc pas les parties. La solution proposée par le conciliateur doit être acceptée par les parties¹⁵⁴³. N'étant pas magistrat, le conciliateur ne prononce pas de jugement. Il recherche une solution amiable convenable pour les parties en conflit afin d'éviter le recours au tribunal. Le conciliateur peut être privé ou être nommé par un juge dans le cadre d'une procédure judiciaire¹⁵⁴⁴. Dans le cas d'une nomination par un juge, on parle de conciliateur de justice. Le conciliateur de justice peut être saisi soit directement par les parties, soit par le juge d'instance qui lui délègue alors son pouvoir de conciliation en

¹⁵³⁹ Connu sous le nom de MEJELLE.

¹⁵⁴⁰ Article 1531 du Code civil Ottoman : « la conciliation est un contrat pour la suppression d'un différend par consentement mutuel. Il devient un contrat conclu par l'offre et l'acceptation ».

¹⁵⁴¹ La conciliation est donc une « fenêtre » permettant la prise en charge de la configuration émotionnelle du litige : donner à chaque partie la possibilité d'exprimer pourquoi elle fait des reproches à l'autre. Mais, à défaut d'accord des parties, le conciliateur reprendra le cours de sa mission qui se terminera par ses conclusions et le dépôt de son rapport. V. en ce sens, R. H. KREINDLER, « Transaction et Arbitrage dans le cadre du Règlement d'Arbitrage de la CCI », Bulletin de la CCI Vol. 9, 1998, n° 2, p. 22 ; G. KAUFMANN-KOHLER, « Integrating Mediation into Arbitration : Why it Works in China », Journal of International Arbitration, 2008, n° 4, p. 490.

¹⁵⁴² Il est souvent difficile de distinguer la médiation de la conciliation, la jurisprudence considérant la médiation comme modalité d'application de la conciliation. La Cour de cassation française a ainsi mentionné, dans un arrêt du 16 juin 1993 (Civ. 2^e, Bruère c/ Caisse régionale de Garantie, D. 1993-inf.176) que la médiation, dont l'objet est de procéder à la confrontation des prétentions respectives des parties en vue de parvenir à un accord proposé par le médiateur, est une modalité d'application de la conciliation. Sur une comparaison entre les deux notions, cf. J. HURARD, « Conciliation et médiation judiciaires », Thèse, Paris 2, 2003, préface de S. GUINCHARD. Les anglo-saxons utilisent habituellement les termes de médiation et de conciliation de manière interchangeable. Cependant certaines cultures juridiques distinguent la médiation de la conciliation. En droit français par exemple, on considère que la médiation s'entend du processus par lequel un médiateur aide les parties à parvenir à un accord, sans pour autant leur faire de propositions quant au contenu d'un tel accord. En revanche, dans le cadre d'une conciliation, le conciliateur est autorisé à suggérer les termes d'un accord aux parties.

¹⁵⁴³ En pratique les confusions entre ces deux procédures sont assez habituelles, et ce principalement en présence de procédures arbitrales dans lesquelles les arbitres statuent en amiable composition.

¹⁵⁴⁴ Lorsque le conciliateur est saisi par le juge d'instance, l'accord des parties est nécessairement (art. 832 al.1 NCPC), recueilli le plus généralement à l'audience du juge. Dans ce cas, la mission de conciliation ne peut excéder un mois, renouvelable sur demande du conciliateur, une fois pour la même durée.

application des lois des 8 février 1995 et 28 décembre 1998 en France¹⁵⁴⁵. Le rôle de conciliateur est gratuit et bénévole en France.

Même si l'Ohada n'aborde expressément que l'arbitrage¹⁵⁴⁶, elle n'exclut pas le règlement amiable par le moyen de la conciliation ou de la médiation. En effet, ces MARC sont, à différentes circonstances, appliquées dans le droit positif Ohada. Ainsi le droit Ohada recourt à la conciliation par le biais des procédures judiciaires (« AUPSRVE »)¹⁵⁴⁷ qu'il administre. L'article 12 dudit Acte dispose que : « *la juridiction saisie sur opposition procède à une tentative de conciliation. Si celle-ci aboutit, le président dresse un procès-verbal de conciliation signé par les parties, dont une expédition est revêtue de la formule exécutoire* ». L'article 23 du même Acte précise que les procès-verbaux de conciliation approuvés par les parties et les juges représentent des actes exécutoires ouvrant le chemin à l'exécution forcée, faute d'exécution volontaire.

512- Des institutions permanentes d'arbitrage ont été installées dans plusieurs pays membres, tel est le cas par exemple de l'article 1^{er} du décret N° 98-493 du 5 juin 1998 relatif à la création d'institutions permanentes d'arbitrage au Sénégal prévoit que : « *l'institution permanente d'arbitrage peut également proposer des procédures de médiation et de conciliation* ». Ces institutions ou centres, parfois résidant au sein des Chambres de commerce, d'industrie et d'agriculture, n'ont pas restreints leur domaine d'action à l'arbitrage. Ces centres disposent tous d'un règlement de médiation et d'arbitrage. Le constat est bien là, dans la quasi globalité des centres d'arbitrage africains, le recours à l'arbitrage est plus constant que la médiation¹⁵⁴⁸. Ces problèmes sont dus le plus souvent à la méconnaissance des procédures de médiation institutionnelle. La médiation constitue une pratique privilégiée de règlement des litiges. Ces dernières années, conférences et colloques en l'espèce se sont intensifiés¹⁵⁴⁹. Au lieu de confronter les parties en essayant de donner raison à l'une ou l'autre, la médiation instruit l'altercation sur un plan commercial en

¹⁵⁴⁵ Cf. Nouveau Code de Procédure Civile, Titre VI, articles 127 à 131.

¹⁵⁴⁶ L'arbitrage constitue, en effet, un mode de résolution des litiges qui ressemble plus aux procédures juridictionnelles qu'aux modes alternatifs dans la mesure où la sentence arbitrale vise à remplacer la décision de justice. L'arbitrage est très réglementé.

¹⁵⁴⁷ Il s'agit de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution.

¹⁵⁴⁸ Compte rendu de la formation à la médiation commerciale des gestionnaires de Centres Africains d'Arbitrage et de Médiation du 27 au 31 octobre 2008. <http://www.ccia.bf/article>.

¹⁵⁴⁹ Les juristes vantent plus souvent les mérites de la médiation qu'ils ne la critiquent.

recherchant le bienfait de chacun de préférence à la condamnation de l'autre. Un des atouts majeurs de ce MARC demeure dans son coût modeste¹⁵⁵⁰. La médiation offre une solution rapide étant donné qu'il ne s'agit pas d'initier une cause mais de donner aux parties la possibilité de comprendre quels sont les intérêts en présence et d'accorder ceux-ci, en trouvant une solution raisonnable et innovante adaptée à leurs indigences en combinant compétence, rigueur professionnelle et outils de communication, mais sans les contraintes des procédures judiciaires ; Il n'est pas rare que quelques semaines suffisent pour mettre fin au différend. L'intervention d'un médiateur est d'autant plus sollicitée que les parties sont réunies pour le meilleur et pour le pire¹⁵⁵¹. La médiation a également le bénéfice d'apporter une confidentialité dans le règlement des litiges. La procédure est informelle, et par conséquent, souple. La clause de médiation peut être insérée dans tous les contrats. Elle dispose que les parties signataires envisagent avant tout recours à une procédure judiciaire de faire appel à un médiateur¹⁵⁵².

2. Pourquoi doit-on encourager la médiation ou la conciliation dans le règlement des litiges entre associés ?

513- Pour comprendre cette volonté de recourir à ces autres modes alternatifs, il convient d'observer l'expérimentation de certains pays africains, de même l'initiative opérée hors Afrique, particulièrement dans le cadre de l'Union européenne. Compte tenu du triomphe relevé aux Etats-Unis, le Nigéria, le 11 juin 2002, a choisi d'insérer cette notion dans son appareil judiciaire en mettant en place la Lagos Multi-Door Courthouse en association avec le Negotiation and Conflict Management Group¹⁵⁵³. L'expérience a été renouvelée avec l'apparition de l'Abuja Multi-Door Courthouse dans l'Etat du Delta¹⁵⁵⁴. Le Ghana a aussi

¹⁵⁵⁰ En effet, les budgets consacrés à la conduite de procès sont en constante inflation tant en raison de leur multiplication que de leur complexité croissante. Il est vrai que généralement, il est souhaitable que les parties soient assistées d'un avocat, ce qui constitue un prix, et bien que le médiateur doive être rémunéré aussi et que plusieurs séances de médiation soient indispensables pour parvenir à une solution, les sommes contractées ne seront en rien comparables au prix d'un procès arbitral ou judiciaire.

¹⁵⁵¹ Plutôt que de laisser un juge prendre décision à leur place, les actionnaires en conflit peuvent requérir l'intervention d'un médiateur durant deux ou trois demi-journées. Avec eux, il recherche une solution acceptable par chacun et préservant là, la société.

¹⁵⁵² Cette clause peut a fortiori être introduite dans un accord de médiation, prévoyant ainsi le cas où les parties ont des difficultés à respecter l'accord.

¹⁵⁵³ The Lagos Multi-Door Courthouse, the first court-connected ADR Centre in Africa in June 2002. <http://www.ncmggroup.org>. Il s'agit d'un centre d'arbitrage et de médiation créé en 1996.

¹⁵⁵⁴ The Abuja Multi-Door Courthouse (AMDC). http://www.amdcng.net/About_Amdc.aspx; Bill on Multi-Door Court House Passes Second Reading in Delta House.). <http://allafrica.com/stories/printable/200812090414.html>.

expérimenté cela dans son appareil judiciaire en exaltant l'emploi régulier des ADR¹⁵⁵⁵. A n'en pas douter, le Ghana et le Nigéria sont des pays africains anglophones hors espace OHADA, mais l'utilisation de ces mécanismes dans ces pays a permis une meilleure adaptation des centres d'arbitrage et de médiation dans les tribunaux. Cela montre une réelle capacité dans l'emploi de ces pratiques en Afrique et particulièrement en droit Ohada.

Pour aller plus loin, quant à cette volonté d'utilisation de la conciliation ou de la médiation, on peut faire référence à la directive communautaire sur la médiation du 23 avril 2008 qui a simplifié le recours à la médiation par le renforcement des garanties juridiques conduites. En effet, cette directive permet de « *de faciliter l'accès à des procédures alternatives de résolution des litiges et de favoriser le règlement amiable des litiges en encourageant le recours à la médiation et en garantissant une articulation satisfaisante entre la médiation et les procédures judiciaires* »¹⁵⁵⁶. L'article 5 de la directive prévoit que « *une juridiction saisie d'une affaire peut, le cas échéant et compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, inviter les parties à recourir à la médiation pour résoudre le litige. La juridiction peut également inviter les parties à assister à une réunion d'information sur le recours à la médiation pour autant que de telles réunions soient organisées et facilement accessibles* ». Les Etats membres veillent à ce que les parties, ou l'une d'entre elles, puissent demander que le contenu d'un accord écrit issu d'une médiation soit rendu exécutoire, sauf si en l'espèce, ce contenu est contraire au droit de l'Etat membre dans lequel la demande est formulée. A cet égard, il est demandé aux Etats membres de communiquer à la Commission le nom des juridictions ou autres autorités compétentes pour recevoir cette demande¹⁵⁵⁷.

514- En se référant à l'article 1^{er} du Traité Ohada, rien n'interdit en principe à ce que les pays membres de l'espace, à l'exemple de l'arbitrage encouragent le recours à la médiation et ou la conciliation. Ce n'est qu'une question de politique et de politique judiciaire. En effet, certaines dispositions de cette Directive peuvent être adaptées au droit Ohada par le biais de l'article 4 du Traité qui peut permettre au Conseil des ministres de l'Ohada d'adopter un

¹⁵⁵⁵ Cf. Ghanaian Time 15 avril 2003.

¹⁵⁵⁶ Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

¹⁵⁵⁷ Article 6 de la Directive.

règlement dans le but d'aiguillonner la contribution à la médiation¹⁵⁵⁸. En se basant sur la directive par exemple, les Etats peuvent être invités à s'assurer à ce que les parties, ou l'une d'entre elles, puissent demander que le contenu d'un accord écrit issu d'une médiation soit rendu exécutoire, sauf si en l'espèce, ce contenu est contraire au droit du pays membre dans lequel la demande est formulée.

Le récent regain d'intérêt pour la médiation place ce mode de résolution des litiges au premier plan de l'actualité¹⁵⁵⁹. Plusieurs centres d'arbitrage africains proposent d'ores et déjà des règlements de conciliation et/ou de médiation¹⁵⁶⁰. On se rend compte que l'Afrique porte un intérêt croissant à la médiation commerciale notamment grâce à l'Ohada¹⁵⁶¹. De plus, l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats préparé par UNIDROIT à la demande de l'Ohada prévoit à l'article 12/7 que les parties peuvent demander à un tiers de les aider à trouver une solution amiable à leur litige, ce qui permet de penser que la médiation pourrait se développer dans le droit de l'Ohada en matière de litiges entre associés¹⁵⁶².

515- Le droit Ohada doit non seulement considérer les intérêts des grandes entreprises mais aussi se mettre en phase avec les ambitions et les besoins des petites et moyennes entreprises, quel que soit leur forme économique, commerciale, coopérative ou mutualiste. La médiation et la conciliation s'apparentent quant à l'esprit qui les enflamme et à la finalité qu'elles

¹⁵⁵⁸ La voie réglementaire a été proposée en vue de la restructuration des Commissions Nationales Ohada. Cf. Rapport général de la réunion Ohada sur la redynamisation des Commissions Nationales, Dakar, 29-30 mai 2008.

¹⁵⁵⁹ Les grandes entreprises françaises font preuve d'un fort intérêt pour la médiation depuis quelques années. Le 22 novembre 2005, quarante-cinq grandes entreprises ont signé une « Charte de la médiation inter-entreprises pour la résolution amiable des conflits commerciaux » à l'initiative de l'Académie de la médiation et de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris. Depuis, près d'une dizaine d'entreprises a rejoint les signataires. De plus, une « Charte des modes alternatifs de règlement des conflits pour la résolution conventionnelle des litiges en matière immobilière » a été également signée le 29 novembre 2006. Des chartes à destinations d'autres secteurs devraient également voir le jour. Les cabinets d'avocats ne pouvaient ignorer le mouvement, et ont signé une Charte des Cabinets d'Avocats pour la Médiation dès octobre 2006.

¹⁵⁶⁰ Par exemple, le Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation (CAMC) de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Dakar (CCIAD), le Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation (CAMC-O) de la Chambre de Commerce et d'Industrie du Burkina Faso, le Centre d'arbitrage de la CACI, et le Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation (CAMEC) de la Chambre de Commerce et d'Industrie du Bénin (CCIB) proposent des règlements de conciliation et de médiation.

¹⁵⁶¹ Les Clubs Ohada organisent des journées d'information et de formation. Par exemple, le Club Ohada des enseignants du Burkina Faso a communiqué le compte rendu de la formation à la médiation commerciale des gestionnaires de Centres africains d'arbitrage et de médiation tenue à Ouagadougou du 27 au 31 octobre 2008. En marge de la formation des gestionnaires de centres d'arbitrage et de médiation qui a eu lieu du 27 au 31 octobre 2008 à Ouagadougou a été créée, le 31 octobre 2008, l'Association des Centres Africains d'Arbitrage et de Médiation (ACAM). Cf. Lettre d'information Ohada du site www.ohada.com du 19 février 2009.

¹⁵⁶² K. TSAKADI, « Communication : Quelle place pour les MARC dans l'harmonisation du droit Ohada des contrats ? » Revue de Droit Uniforme, 2008, p. 669.

poursuivent¹⁵⁶³, mais présentent des spécificités. Lors d'une conciliation et plus encore lors d'une médiation, tant le pouvoir de décision que la parole sont rendus aux parties. Les actionnaires en conflit ont recours à cette justice plus rapide, dépassionnée, et à moindre frais. C'est sûrement une des raisons de leurs taux de réussite élevés. Cependant recourir à ces MARC n'a pas pour ambition unique l'allègement de la charge des juridictions étatiques, mais révèle tout au moins l'interprétation d'un penchant à la durabilité de la société et montrerait l'empreinte de besoins plus importants, caractéristiques d'une aspiration économique et comportementale dans la vie des affaires.

B. Accroître une effectivité des réponses dans l'espace Ohada

516- L'instauration d'un appareillage de contrôle cohérent et moderne suppose ainsi une régulation du risque d'abus. Mais pour que les acteurs à la fois économiques et sociétaires puissent trouver une réelle confiance dans le système Ohada en matière d'abus en droit des sociétés, la justice doit être en mesure de réprimer de façon efficace les comportements frauduleux. Il faut donc renforcer l'efficacité de la justice (1) mais aussi repenser l'information pour permettre une meilleure transmission de la communication

1. Le renforcement de l'efficacité de la justice

517- La maîtrise des risques relatifs à l'hétérogénéité des normes juridiques dans les Etats parties doit insuffler un processus de réorganisation du panorama normatif. La représentation qualitative d'une institution d'émission de règles résulte en priorité de l'image que se font les utilisateurs sur les mesures frappant leurs comportements économiques¹⁵⁶⁴. Pour répondre à la demande de justice des agents économiques, les modes de règlement des litiges d'affaires doivent refléter la garantie d'une procédure rapide et d'une solution convenable. Beaucoup d'acteurs économiques ont mis en avant l'anicroche de communiquer avec le monde judiciaire du fait de la méconnaissance mutuelle des mondes respectifs des chefs d'entreprise et des magistrats. Le droit est en perpétuel changement, il n'y a qu'à voir en France avec le nombre de refonte et de lois qui sont opérées chaque année. Par conséquent, il faut contribuer

¹⁵⁶³ Le but comme en matière d'arbitrage est d'éviter le procès.

¹⁵⁶⁴ K. KOUASSI, « Bilan et perspectives de l'Ohada », *Écodroit*, n° 11, mai 2002, p. 10.

à une formation continue et efficace de tous les protagonistes et même de l'améliorer. Cette amélioration de la formation doit donc être l'opportunité de permettre un dialogue, indispensable pour renforcer à la fois la confiance des chefs d'entreprise dans la justice, mais également une meilleure perception des magistrats de la matière économique.

518- La recherche de la contemporanéité par l'Ohada ne peut se concevoir en un retrait de la souveraineté des États Parties à l'avantage d'une politique ultralibérale d'assimilation d'un modèle dominant. La multiplication des abus se traduit par la nécessité sans cesse d'allier des mécanismes d'adaptation constamment renouvelables. La reconnaissance de l'importance d'un droit en phase avec les réalités socioéconomiques d'un environnement ouvert et concurrentiel reste déterminante dans la production normative. Ainsi, la principale préoccupation des initiateurs de l'Ohada doit être de répondre aux exigences liées d'une part à la modernité et à la simplicité du Traité et d'autre part à son adaptabilité dans une dynamique d'évolution des affaires permanente. La capacité pour une institution du type de l'Ohada doit s'examiner en une capacité de prise en charge réelle des obligations qui se posent à la réalisation de sa finalité.

519- Par ailleurs, s'il est primordial d'édicter des normes pénales au niveau communautaire pour assurer une application uniforme de l'ordre juridique nouveau qui est en train de se répandre, il paraît difficile d'y parvenir en raison des problèmes de partage de compétences entre, d'une part les normes communautaires elles-mêmes et d'autre part, les normes communautaires et lois nationales. Le risque de conflit ou de concurrence de normes est plus vaste avec l'Uemoa étant donné l'importance du nombre des intersections entre les compétences de ces deux entités. En effet, on peut réellement penser qu'il y a un risque de conflit compte tenu de la coexistence de deux organes, l'Uemoa et l'Ohada qui interviennent pratiquement dans les mêmes champs en raison de la similitude des objectifs poursuivis. Cependant, c'est dans le cadre de l'Uemoa que sont élaborées les règles pénales qui répriment l'utilisation illicite du système économique, financier et bancaire¹⁵⁶⁵, l'exercice illégal de l'activité bancaire ou l'utilisation illicite des instruments de paiement¹⁵⁶⁶. En revanche, c'est sous l'impulsion de l'Ohada que se développent, tout au moins en partie, les règles qui

¹⁵⁶⁵ Tel que le blanchiment.

¹⁵⁶⁶ Par exemple l'émission de chèque sans provision, utilisation frauduleuse des cartes de paiement, etc.

sanctionnent pénalement les comportements répréhensibles qui ont pour cadre la vie des sociétés commerciales.

520- En plus de l'Uemoa, l'Ohada partage des compétences avec d'autres organisations d'harmonisation du droit des affaires, dont la Conférence interafricaine des marchés d'assurance, la Communauté économique et monétaire d'Afrique centrale. L'articulation des normes de l'Ohada avec ces institutions est à la fois bilatérale (coopération Ohada-Cima) et multilatérale sous l'égide d'organismes internationaux ou de pays tiers. L'on comprend mieux l'embrouillamini qui peut résulter de tout ceci. D'un autre côté l'article 10 du Traité de l'Ohada rappelle que « *les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les États Parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure* ». Malheureusement, ceci n'est pas appliqué dans tous les pays membres. Il n'en demeure pas moins que l'amélioration des activités de la justice dans l'Ohada doit allier la polyvalence des magistratures économiques et les garanties données par les juridictions nationales.

2. Promouvoir l'attractivité de la justice Ohada pour la régulation économique

521- L'aphorisme « *nul n'est censé ignorer le droit* » n'exempte pas le législateur Ohada d'apporter une promptitude particulière dans la bonne transmission de ses dispositions. La formation des magistrats en charge de la régulation économique est une des clés pour améliorer la qualité et la rapidité des procédures contre les abus dans l'AUSCGIE. En effet, dans un contexte de mise en concurrence des justices et des droits, la connaissance d'un droit particulier représente une ressource majeure. L'édiction de règles pertinentes ne saurait suffire à elle seule pour assurer l'attractivité du système juridique posé. Il ressort des principes mêmes de toute réforme, la nécessité de poser les moyens de garantir la cohérence de ses règles par une infrastructure judiciaire adaptée. Il s'agit d'encourager une justice (surtout pénale) occupant un espace moins large, mais une justice (pénale) plus rapide et plus efficace. Cette promotion permettra de recentrer la justice pénale financière sur les véritables affaires pénales, en limitant l'instrumentalisation des acteurs judiciaires, et améliorer la formation des magistrats, en développant une gestion plus ambitieuse des ressources humaines. L'un des avatars sera donc de renforcer la perméabilité des systèmes nationaux et leur abandon par les investisseurs, à défaut de sécurité et de cohérence.

522- Un effort de définition de « *lignes directrices* » mises en place au niveau national permettra de proposer une réponse pénale harmonisée sur l'ensemble du territoire national, afin d'éviter des distorsions entre les acteurs économiques soumis à ces mêmes règles, selon le tribunal devant lequel ils sont traduits. La technique législative de l'incrimination par renvoi, qui consiste à déterminer les critères constitutifs d'une qualification pénale dans un texte, et de renvoyer à un autre texte pour la répression, accroît une certaine dispersion normative. Si elle a la faveur d'éviter de réécrire certains textes et de permettre la cohésion entre les instruments normatifs, elle avilie l'accessibilité de la règle pour les justiciables. Elle participe ainsi au sentiment d'un risque pénal difficile à appréhender pour l'entreprise, et donc préjudiciable à l'investissement économique.

Dans le but d'apporter une solution à cette tendance, le législateur Ohada devrait mettre à jour les connaissances des protagonistes à l'aune d'une harmonie active entre la demande et l'offre de régulation. Aujourd'hui, la plupart des magistrats n'ont pas de formation particulière pour instruire des fonctions juridictionnelles dans le domaine économique. Leur formation se fait d'ordinaire au fur et à mesure des dossiers, et c'est l'ancienneté dans le service qui forme en général leur meilleure formation et leur légitimité dans la matière économique. Il n'existe ainsi pas de stages en entreprise, ni de formation particulière, excepté quelques jours de formation continue facultatifs, avant la prise d'un poste dans le domaine économique et financier. Ainsi l'amélioration des magistrats et des tribunaux permet d'un aspect qualitatif, une meilleure connaissance du monde de l'entreprise et du droit économique, tout en ciblant la répression et limiter les ordonnances de non-lieu et les jugements de relaxe. D'une perspective quantitative, elle permet des gains de productivité et donc une amélioration de la rapidité de traitement des procédures, qui est une des critiques essentielles du contentieux pénal des affaires, trop souvent décalé par rapport au temps économique.

523- Mieux former les magistrats à la matière financière et au monde de l'entreprise emporte en réalité une rupture avec la gestion de la carrière actuelle des magistrats. Il faut modifier les mentalités et installer une véritable gestion des ressources humaines, qui ne s'appuie plus uniquement sur l'ancienneté dans le grade mais aussi sur les compétences dans une matière spécifique et sur la formation dans ce domaine. Si de nombreux rapports ont plaidé pour cette

spécialisation¹⁵⁶⁷, il devient urgent que cette dernière devienne une réalité, à travers une meilleure utilisation des compétences des magistrats¹⁵⁶⁸. Une plus grande spécialisation des acteurs du monde judiciaire dans l'espace Ohada est donc requise. Elle ne doit néanmoins pas être une entrave à la carrière des magistrats et doit donc être revalorisée. Par ailleurs, une anaphylaxie générale sur les droits et prérogatives des acteurs sociétaires apportés par l'AUSCGIE et sur le rôle joué par l'abus dans le droit des sociétés permettrait une meilleure compréhension de cette réflexion. Des sessions de consultations juridiques sur tous les aspects de l'Acte uniforme pourront être mises sur pied en permanence dans tous les pays membres à l'intention des agents économiques.

524- D'un autre côté, la réception du droit Ohada dans les organisations internes ne se développe pas souvent comme le pronostique le modèle théorique d'intégration. La finalité d'homogénéisation des législations nationales rencontre un phénomène d'opposition de la part des Etats parties¹⁵⁶⁹. L'accueil du droit communautaire dans l'ordre interne suscite la problématique de l'effectivité des règles communes. L'administration et le juge constituent donc les principales bretelles de diffusion. Ainsi, le juge devra à chaque fois, exiger que les conditions d'application sont réunies pour faire respecter la règle, tandis que l'administration comme nous l'avons dit plus haut, a la responsabilité d'éclairer les justiciables et les agents économiques aux règles définies.

¹⁵⁶⁷ Par exemple la formation de juristes béninois en droit Ohada sur le thème de la délinquance économique et financière par ROGER SOCKENG, ERSUMA, 27 et 28 mars 2008.

¹⁵⁶⁸ Ce mouvement de spécialisation est d'ailleurs commun aux États européens, sur lesquels nous sommes en recul sur ce point. Ainsi, aux Pays-Bas, le ministère public dispose d'un parquet spécialisé à compétence nationale pour les affaires économiques et financières, composé de cinquante procureurs spécialisés et deux cent cinquante collaborateurs. En Allemagne, des procureurs bénéficient de formations spécifiques dans le domaine comptable et économique. En Espagne, une division spécialisée du parquet de Madrid a également une compétence nationale pour certaines infractions économiques ou lorsque l'affaire constitue une grande complexité. Au Royaume-Uni, enfin, le service des poursuites de la Couronne (Office of Public Prosecution) dispose d'une branche indépendante et spécialisée, le bureau des fraudes graves (Serious Fraud Office).

¹⁵⁶⁹ En effet, plus la matière à harmoniser montre des relations profondes avec l'héritage socioculturel d'un pays membre, plus grande est la méfiance à l'endroit d'une gestion commune et transnationale la généralisation de la « marge nationale d'appréciation » comme condition d'intégration du droit uniforme laisse subsister des ramifications entières des législations à harmoniser. Cette tendance découle d'une impossibilité plus politique que technique et offre un rapprochement des législations autour des concepts les plus généraux.

Conclusion chapitre II

525- Monsieur le Professeur Jean PAILLUSSEAU, conscient des difficultés qui miment l'application des Actes uniformes de l'Ohada, écrivait de manière prémonitoire : « *un tel bouleversement va évidemment, poser de nombreuses difficultés qu'il faudra résoudre dans les mois qui viennent. Mais, c'est principalement au jour le jour qu'ils apparaîtront et qu'il faudra les régler* »¹⁵⁷⁰. Face à ces lacunes en ce qui concerne le thème présenté, le législateur français a prévu une gamme de moyens permettant aux actionnaires de contrôler davantage la société. La doctrine française aussi, n'est pas demeurée les bras croisés face à cette situation. Elle a aussi plaidé la cause des actionnaires minoritaires en faisant des propositions.

526- D'ailleurs, l'expansion de la *corporate governance* en France apparaît être une solution aux mains des actionnaires. Cette doctrine rééquilibre les pouvoirs au sein de la société et consent aux minoritaires de bien contrôler cette dernière. Du coup, elle assure un meilleur fonctionnement de l'entreprise. A cet effet, son admission, sa transposition et son adaptation en droit Ohada restent envisageables. Nous pouvons donc émettre parmi toutes celles recensées dans ces travaux, des propositions dans le but d'une meilleure compétitivité du droit Ohada à la lumière des abus dans l'AUSCGIE :

- former les chefs d'entreprise dans les domaines sensibles tels le Management juridique, ainsi que la comptabilité. Les programmes de formation doivent être faits par des experts et non confiés à des incompetents. Les managers doivent être en mesure d'allier performance et éthique, respecter les lois et les institutions de l'Etat ;
- impliquer *de jure* les actionnaires dans la surveillance des dirigeants ;
- renforcer le rôle et les missions des commissaires aux comptes. Leurs missions ne doivent plus se borner à la certification des comptes, mais devraient être orientées vers des branches d'activité de l'entreprise bien ciblés ;

¹⁵⁷⁰ J. PAILLUSSEAU, « Le nouveau droit des affaires en Afrique », Price Waterhouse-Fidafrika, 1997, p. 5.

- renforcer le rôle du parquet en matière de dissuasion des agissements abusifs des dirigeants. Les sociétés jouant un rôle vital dans le développement et la stabilité sociale des nations. L'Etat doit donc s'intéresser à la vie interne des sociétés, notamment celles qui se distinguent par un système de contrôle interne défaillant et une probable collusion entre les organes de gestion et ceux chargés de la surveillance.

Résumé de Titre II

527- La survivance de société commerciale, essence économique, est dictée par l'obéissance de ses différents instruments au respect de l'intérêt social. Tous les associés expriment donc un intérêt confluent : distribuer de façon honnête la richesse sociale. Cette association d'intérêts réunit les associés et assure la bonne activité de la société. Par contre, le dispositif sociétaire se coince lorsqu'un associé ou un dirigeant opte d'assouvir son intérêt personnel, contraire à l'intérêt de la société ou à l'intérêt commun. Cette position produit alors des conflits d'intérêts¹⁵⁷¹ qui viennent affaiblir les relations entre les associés et le dirigeant, ou entre ce dernier et la société elle-même, mais aussi qui viennent bouleverser les rapports entre associés. Ces démonstrations différentes de l'abus en droit des sociétés emportent pour conséquence commune de nuire à l'intérêt de la société, et par là donc de provoquer un préjudice aux associés.

Nonobstant la variété des règlements qui se rapportent à eux en droit Ohada, les abus n'y sont perçus que de manière fragmentaire. Toutefois, la nuisibilité de ces abus a revendiqué des règles générales qui combinent à la fois prévention et sanction. Notre volonté était, en menant cette étude de réfléchir sur les différents abus qui peuvent intervenir dans le fonctionnement d'une société et de faire ressortir les lacunes tout en y apportant des solutions aux différentes difficultés liées à l'application du droit Ohada et surtout son articulation compte tenu des règles avec le droit pénal des pays membres. Les sociétés de l'espace Ohada se doivent d'être à l'abri de tout fait de nature à affecter négativement leur aisance à travers les abus commis par les acteurs sociétaires.

528- En conséquence, le législateur doit améliorer l'appareil de prévention-détection afin de l'allonger à tous les niveaux de l'entreprise. La nature restrictive de cette technique ne permet de contrer qu'une partie des abus qui peuvent miner l'entreprise, le plus souvent en tenant compte des organes destinés à recourir à ces mesures. Pourtant, l'aspect invisible peut être plus important. Il est donc nécessaire, pour une plus grande appréhension des indices tant visibles qu'invisibles des abus qui pourraient affecter l'entreprise, que le système soit nettement amélioré. Cette amélioration devra s'inscrire dans le sens d'une plus grande

¹⁵⁷¹ Voir titre 1, chap. 2, de la présente thèse.

clarification des critères de mise en œuvre des mesures prévues. En plus, l'effort devra être poussé jusqu'à la multiplication des organes de mise en œuvre desdites mesures ainsi qu'à un renforcement substantiel de leurs pouvoirs.

529- D'un autre côté, il s'est agi plus humblement, de concourir à cerner les facteurs qui ont gêné la mise en place d'une politique cohérente dans l'espace Ohada. Parmi ces données, on peut signaler le manque de choix clair des auteurs du Traité. En effet, ces derniers se sont limités à révéler les comportements constitutifs de l'infraction d'abus de biens sociaux et à renvoyer aux pays membres pour la fixation des sanctions, alors qu'ils auraient dû signifier le contenu de l'obligation des pays en la matière, en énonçant la manière de fonder la sanction. L'on ne peut s'obliger à sanctionner pénalement, encore faut-il s'obliger à sanctionner conformément aux désirs du législateur communautaire. Pour atteindre ces souhaits, le Conseil des ministres pourrait adopter la proposition d'une convention se basant des règles que les pays signataires s'engageraient à incorporer dans leurs systèmes juridiques selon leurs procédures constitutionnelles respectives. C'est seulement de cette façon que les pays membres de l'espace Ohada seraient amenés à créer des règles de sanctions compossibles avec les intentions du Traité, mais aussi à mettre hors d'état de nuire les dispositions qui, demeurant en droit interne déjà sanctionnent les comportements de même nature que ceux prévus par l'AUSCGIE, mais sous une autre qualification. Ainsi, l'unité d'adaptation des règles communautaires serait respectée et la souveraineté des pays parties couverte.

CONCLUSION GENERALE

530- L'abus de droit est loin d'être absent de la scène de la vie sociétale. Il y joue, là comme ailleurs, sa mission à la fois préventive et régulatrice des excès manifestes. Le fonctionnement de la société trouve nécessairement sa limite dans la notion d' « abus ». L'on pourrait placer cette étude sous l'égide de cette expression de Montesquieu : « *c'est une expérience éternelle que tout Homme qui a du pouvoir est porté à en abuser* »¹⁵⁷². La présente thèse s'est efforcée précisément de faire le point en ce domaine et persuadera si nécessaire le lecteur. Pour éprouver la philosophie de l'Acte uniforme sur le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, il a convenu de s'intéresser à la façon dont il essaie de contenir les abus au sein de la structure sociétale : il fallait vérifier si l'Acte uniforme arrive à garantir la vie de la personne morale.

531- La définition des termes même du sujet : « *Réflexions sur l'abus en droit des sociétés dans l'espace Ohada : Contribution du droit français* » est d'ailleurs, réduite à son esprit commun pour peu qu'on recherche à en dégager un esprit unitaire. Cette thèse a permis de mettre en valeur plusieurs éléments de l'évolution de la notion dans l'AUSCGIE. Le premier, c'est la fragile extension de ce correctif général de notre système juridique. L'abus c'est, par essence ce qui est effectué par excès, ce qui dépasse, au-delà de la normalité, les frontières de l'indulgence. Toute personne qui abuse chercherait psychologiquement, par son action, à déterminer les limites à ne pas franchir, pour peu qu'il ait un air prospectif, voire à chercher à dépasser des frontières non encore fixées, dans le cadre cette fois-ci d'une attitude transgressive. Le point de départ de la réflexion a débuté ici. Sa transposition dans l'AUSCGIE démontrait la diversité des approches potentielles de l'abus. En effet, la notion émerge déjà à l'instar du droit des sociétés de l'Ohada dans de multiples domaines, sans qu'il soit réellement possible de lui attribuer une unité. Dans cette sorte de mélange des genres ou plutôt des intentions recherchées, la qualification d'abus en droit des sociétés dans l'espace OHADA, ne peut être alors aisément consignée. On atteint ici le deuxième aspect qui a été relevé dans cette étude : celui de sa définition, autrement dit de ses critères d'applications.

¹⁵⁷² MONTESQUIEU, « De l'esprit des lois », Le livre de Poche, 1997.

532- Naturellement, l'intention de nuire s'y présente comme le principe premier de l'abus de droit dans l'AUSCGIE. Pourtant c'est la doctrine téléologique de Josserand qui reste encore de nos jours le repère, en ce que l'abus consiste aussi, de manière générale, dans un détournement de la finalité sociale du droit considéré. Néanmoins, l'analyse des jurisprudences contemporaines nous pousse à aller plus loin dans la réflexion, et à dire que l'abus de droit ne s'arrête plus seulement aujourd'hui au détournement de la finalité ou à l'intérêt de nuire. Pour s'en tenir à ses manifestations les plus apparentes dans l'AUSCGIE, une lecture distraite de la thèse fait immédiatement surgir à l'esprit le concept d'abus de droit fondé, dans sa représentation traditionnelle, sur une méconnaissance de l'intérêt social qui n'en serait que le corollaire. Les comportements de chacun¹⁵⁷³ s'apprécient alors à l'aune de la loyauté, de la bonne ou mauvaise foi, de la cohérence ou de l'incohérence.

533- L'émergence de l'abus à travers ces manifestations, ne constituait toutefois, qu'un champ de compétences minimum à assembler car d'autres chemins réclamaient, également d'être inspectés. Abuser de son droit, c'est alors déguiser son véritable dessein, trahir des attentes légitimes. L'AUSCGIE a attribué à l'abus en tant qu'instrument de véritables missions pour permettre un bon fonctionnement de la société. La conséquence de toutes les prérogatives reconnues aux associés, c'est la mise en place de règlements de litiges au cas où le conflit prend d'énormes proportions. A côté de l'article 147 de l'AUSCGIE qui renvoie aux juridictions des Etats membres, l'article 148 du même Acte propose de faire recours à l'arbitrage pour régler les litiges entre associés. La saisine du juge national peut ambitionner à prendre des mesures d'urgence¹⁵⁷⁴ telles que la désignation d'un administrateur provisoire en charge de veiller aux intérêts sociaux¹⁵⁷⁵. L'opposition des abus des majoritaires et des minoritaires révèle que le droit Ohada s'attache à l'équilibre des pouvoirs entre les associés¹⁵⁷⁶.

¹⁵⁷³ Les acteurs sociétaires.

¹⁵⁷⁴ La différence fondamentale entre l'arbitrage et la justice étatique réside dans le fait que cette dernière n'est pas toujours destinée à trancher le litige.

¹⁵⁷⁵ A. CONSTANTIN, « Retour sur les causes et la procédure de désignation d'un administrateur provisoire - Amiens, 11 févr. 2003, n° 02-04.683, », Bull. Joly 2003, n° 4, 440.

¹⁵⁷⁶ Par exemple l'unanimité est exigée pour les augmentations de capital dans la société anonyme en se référant à l'article 562 de l'AUSCGIE ; Par ailleurs l'article 302 de l'AUSCGIE permet aux associés de fixer des règles de majorité et de quorum au gré de leurs intérêts. Pourtant, toutes les conditions d'aménagement du diktat d'une catégorie d'actionnaires ne sont effectives que lorsque ceux-ci disposent d'informations pour appuyer leurs positions.

Il s'agissait donc d'étayer sur la notion d'abus pour donner corps à une dialectique qui pouvait, au gré des perspectives privilégiées, de s'appuyer sur l'emploi de la faute, ou de la mauvaise foi, voire des deux. A ce titre, il a été possible de traiter des aspects du droit de la responsabilité selon le polyèdre choisi lors de la mise en œuvre de la problématique. Ainsi était-il admissible de faire apparaître que l'exercice d'un droit, dans sa globalité est susceptible d'être à la source d'une faute caractéristique en dehors de l'exercice du droit de propriété¹⁵⁷⁷.

534- Malgré les divers textes destinés à assurer la transparence quant à la gouvernance d'entreprise, on s'est rendu compte que la transmission des documents sociaux n'est pas aussi aisée qu'elle ne paraît. Néanmoins cette situation devient chimérique à l'image des sanctions pénales relatives à l'abus de biens sociaux devant frapper les dirigeants prévues par l'AUSCGIE. Cela se traduit par l'ineffectivité du droit pénal des affaires par le biais de l'article 5 du traité Ohada qui si, il donne la liberté au législateur communautaire de définir l'incrimination, il octroie les sanctions à ses homologues nationaux. La légitimité vague de cette méthode¹⁵⁷⁸ ne constitue pas la lourdeur la plus extraordinaire, c'est plutôt la léthargie des autorités législatives des pays membres qui pose question. Malgré les raisonnements apportés pour protéger la philosophie prônée par l'article 5 du traité constitutif¹⁵⁷⁹, seuls quelques Etats parties ont pris le soin de sanctionner ce délit, avec comme conséquence principale la naissance de *paradis pénaux*¹⁵⁸⁰. Mais au-delà, c'est d'une façon plus générale, toujours vers un droit commun, cohérent et harmonisé qu'il faut aboutir. Il faut pour cela assurer la prévisibilité, l'accessibilité et la clarté des normes. Il faut retrouver le principe de légalité tel qu'il est spécifié par la Cour européenne des droits de l'Homme. Des propositions ont été (re)faites, il y a eu des positions variées souhaitables, espérons que le refrain « *parole, parole, et parole* » ne sera pas donner bon sens à ceux qui jugent presque vaine la bonne

¹⁵⁷⁷ En effet, le droit de propriété est à l'origine de la genèse de la notion d'abus de droit, du moins selon la philosophie des ouvrages.

¹⁵⁷⁸ N. DIOUF, « Actes uniformes et droit pénal des Etats signataires du Traité de l'Ohada : la difficile émergence d'un droit pénal communautaire dans l'espace Ohada », Revue burkinabé de droit, n° 39-40, n° spécial, p. 63, Ohadata D-05-41.

¹⁵⁷⁹ R. ADAMOU, « Le droit pénal des sociétés commerciales. Droit pénal des affaires du Niger : une construction duale entre droit pénal uniforme et législation nationale », Ohadata D-05-30.

¹⁵⁸⁰ Quand bien même les sanctions étaient prises par tous les pays, le risque de disparité subsisterait et les paradis pénaux pourraient toujours perdurer. L'existence effective d'un ordre public communautaire ordonne une réflexion poussée sur la liberté octroyée aux pays membres, il serait souhaitable qu'un degré de sanctions soit tout au moins évoqué par le Conseil des Ministres aux pays dont le parlement a la nonchalance remarquable. Une telle proposition, sans avoir quelque caractère oppressif aurait la vertu de porter la difficulté au niveau politique, avec en prime un résultat psychologique sur les pays visés.

volonté du droit Ohada à assurer un bon fonctionnement de l'activité sociale et par là garantir les intérêts de tout un chacun.

535- A une époque où le monde entrepreneurial occidental accélère sa mutation vers des standards de gestion et de compétitivité anglo-saxons, les milieux d'affaires africains doivent prendre le train de la modernité et de la flexibilité en respectant le vœu souhaité par le droit Ohada. Le propre de cette thèse est de constituer, non pas un point d'arrivée mais un autre point de départ. Elle se veut marquer un pas important dans l'abus de droit des sociétés dans l'espace Ohada. Il est donc important de poursuivre les réflexions sur les perspectives de l'abus dans l'AUSCGIE. Sur ce point, c'est à la doctrine et à la jurisprudence qu'il reviendra de parfaire l'étude entreprise et de nouvelles réformes viendront abreuver les imperfections constatées. Aucune tâche humaine n'étant parfaite, tous les systèmes législatifs sont évidemment passés par là.

BIBLIOGRAPHIE

I - THESES ET MONOGRAPHIES

Y. AGNINA, « La société unipersonnelle : une solution à la crise de l'entreprise privée en Afrique », Thèse Lomé, 2001.

M. AIME, « Le commissaire aux comptes et l'état de cessation de paiements », Thèse, Paris II, 1989.

R. AMOUSSOU-GUENOU, « Le droit et la pratique de l'arbitrage commercial international en Afrique subsaharienne », Thèse, Panthéon-Assas, 1995.

A. BENNINI, « Le voile de l'intérêt social », Thèse Cergy-Pontoise, 2010.

G. BEROLATTI, « Le régime juridique des conventions portant sur le droit de vote dans les sociétés », Thèse, Paris II, 1975.

L. BOUSSARD, « La responsabilité civile des dirigeants de sociétés commerciales », Thèse, Nantes, 2000, p. 49.

R. DAVID, « La protection des minorités dans les sociétés par actions », thèse, Paris, 1928.

B. DUPUIS, « Notion d'intérêt social », Thèse, Paris XIII, 2001.

R. BUTTIN, « L'usage abusif du droit, Etude critique », Thèse, Grenoble, 1904.

J. CHATELAIN, « Contribution à l'étude de la notion d'abus des droits dans le contentieux administratif », Thèse, Paris, 1945.

E. CORDELIER, « L'abus en droit des sociétés », Thèse Toulouse I, 2002.

P. CORDONNIER, « De l'égalité des actionnaires », thèse Paris, 1924.

N. DION, « Les obligations fiduciaires des dirigeants des sociétés commerciales, droit des Etats-Unis d'Amérique et droit français », Thèse dact. Orléans, 1994.

F. DOMWE, « La responsabilité pénale des dirigeants sociaux », Mémoire de DEA, N'Gaoundéré, 2007.

L. DUBOUIS, « La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative », Thèse, Paris, 1962.

B. DUPUIS, « Notion d'intérêt social », Thèse, Paris XIII, 2001.

L. ECK, « L'abus de droit en droit constitutionnel », l'Harmattan, 2010.

- U. ELSENER**, « Les racines romanistes de l'interdiction de l'abus de droit », Thèse, Université de Neuchâtel, 2004.
- P. ESMEL-BERAUDY**, « De la spécificité de l'abus de droit en matière fiscale », Thèse, Nice-Sophia Antipolis, 2000.
- M. FATHY**, « La doctrine musulmane de l'abus des droits », Thèse, Lyon, 1913.
- M.-O. GAIN**, « Essai sur l'abus de droit », Thèse Lille II, 1991.
- A. GODFROY**, « Le commissaire aux comptes et la procédure d'alerte », Thèse, Paris II, 1999.
- J-R GOMEZ**, « Les Etats d'Afrique noire francophone à la recherche d'un droit des sociétés », Thèse, 1989.
- K. GREVAIN-LEMERCIER**, « Le devoir de loyauté en droit des sociétés », Thèse, Rennes 1, 2011.
- I. GROSSI**, « Les devoirs des dirigeants sociaux : bilan et perspectives », Thèse dact. Aix, 1998.
- Y. GUYON**, « Traité des contrats. Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés », LGDJ, 5^e éd., 2002.
- F. HAID**, « Les notions indéterminées dans la loi, Essai sur l'indétermination des notions légales en droit civil et pénal », Thèse, Aix-Marseille 3, 2005.
- D. HOUTCIEFF**, « Le principe de cohérence en matière contractuelle », Thèse dact., Paris XI, 2000.
- J. HURARD**, « Conciliation et médiation judiciaires », Thèse, Paris 2, 2003.
- C. KOERING**, « La règle : une action-une voix », Thèse Panthéon-Paris Sorbonne 1, 2000.
- M. KOM KAMSU**, « Le droit pénal des sociétés commerciales dans l'Acte uniforme Ohada », Mémoire de DEA, Université de Dschang, 1999.
- R. KPEOU-KONGOLI**, « La protection des actionnaires en cas d'augmentation du capital », Mémoire de DESS Droit des Affaires, Université de Lomé, 2001.
- E. LAPARRE**, « La théorie de l'abus du droit et la théorie du détournement de pouvoir », thèse, Paris, 1913.
- J. LEMEE**, « Essai sur la notion d'abus dans le droit positif français », Thèse, Paris 1977.
- F. LETELIER**, « Le droit de vote de l'actionnaire », Thèse, Paris, 1942.

C. LEROY, « Le pacte d'actionnaires dans l'environnement sociétaire », Thèse, Paris-Est, 2010.

M. MARKEVITCH, « La théorie de l'abus de droit en droit comparé », Thèse, Lyon, 1936.

P. MARTEAU, « La notion d'acte de gestion et le droit des sociétés », Thèse, Université Paris II, 1992.

F. MASQUELIER, « Le vote en droit privé », Thèse dact., Nice Sophia-Antipolis, 1999.

R. MOISE, « L'abus de droit en droit communautaire », Thèse, Toulouse I, 2009.

L. De MONTERA, « De l'abus des voies de droit », Thèse, Lyon, 1912.

J.-M. MOULIN, « Le principe d'égalité dans la société anonyme », thèse Paris V, 1999.

P. NGUIHE KANTE, « Les techniques de sauvetages des entreprises en difficulté en droit camerounais », Thèse, Université de Yaoundé II, 1999.

B. NJOYA NKAMGA, « Les dirigeants sociaux », Thèse, Université de Dschang, 2007.

J. NKOYOK, « La situation juridique des sociétés commerciales au Cameroun : adaptation ou inadaptation de la loi du 24 juillet 1867 », Thèse, Montpellier, 1985.

D. NZOUABETH, « Les litiges entre associés », Thèse d'Etat, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 2005.

J. PAILLUSSEAU, « La société anonyme : technique d'organisation de l'entreprise », Thèse, Sirey, 1967.

S. PECH LE GAC, « La proportionnalité en droit privé des contrats », Thèse dact., Paris XI, 1997.

M. PERRIN-NEUNREUTHER, « Permanence et renouvellement du principe d'égalité entre actionnaires. Vers des principes d'égalité ? », Thèse Aix en Provence, 1994.

E. PORCHEROT, « De l'abus de droit », Thèse, Dijon, 1902.

R. PRIEUR, « L'abus de droit dans la formation et la dissolution du contrat de travail », Thèse, Paris, 1942.

I. RENAUDIE, « La distinction des prérogatives financiers et de gouvernement des sociétés », Thèse, Paris X, 19880

L. REYNAUD, « L'abus de droit », Thèse, Paris, 1904.

M. ROTONDI, « L'abuso di diritto », thèse, Padova, 1923.

C. RUELLAN, « La loi de la majorité dans les sociétés commerciales », Thèse Paris II, 1997.

P. SANZ De ALBA, « Sur quelques aspects de l'équité », Thèse, Université Aix- Marseille, 1980.

C. E. SAWADOGO, « La prévention des difficultés des entreprises dans les États d'Afrique francophone », Thèse, Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2006.

D. SCHMIDT, « Les droits de la minorité dans la société anonyme », Sirey, 1970.

A. SENIADJA, « La protection des actionnaires minoritaires des sociétés anonymes dans l'espace Ohada », DEA, Université catholique de l'Afrique de l'Ouest, 2008.

G. SOUSI, « L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales », Thèse, Lyon 3, 1974.

L. SULTAN, « Contribution à l'étude de l'abus des droits », Thèse Alger, 1926.

H. TCHANTCHOU, « La supranationalité judiciaire dans le cadre de l'Ohada », Thèse, Poitiers, 2006.

M. TELLER, « L'information communiquée par les sociétés cotées : analyse juridique d'une mutation », Thèse Nice, 2007.

E. TENWE KAMENI, « L'actionnaire minoritaire dans les sociétés commerciales Ohada », DEA, Université de Dschang, 2009.

S. VAISSE, « La loi de la majorité dans la société anonyme, contribution à l'étude de la nature juridique de la société anonyme », Thèse, Paris, 1967.

D. VELARDOCCHIO, « Les accords extrastatutaires entre associés », Th. dact. Aix, 1991.

B. VIAL-PEDROLLETTI, « L'interposition de personnes dans les sociétés commerciales, Thèse dact. Aix, 1996.

II - OUVRAGES GENERAUX ET SPECIAUX, ENCYCLOPEDIE, DICTIONNAIRES

D. ABARCHI, « Droit nigérien des sociétés », in Common Law et droit des sociétés commerciales d'Afrique et d'Haïti, 1998.

A AKAM AKAM, « Les mutations juridiques dans le système Ohada », L'Harmattan, 2009.

C. AMBROISE-CASTEROT, « Droit pénal spécial et des affaires », Gualino, 2008.

P. ANCEL, C. DIDRY, « L'abus de droit, comparaisons franco-suisses », Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2001.

- F. ANOUKAHA, A. CISSE, N. DIOUF, J. NGUEBOU TOUKAM, P.-G. POUGOUE**, « Ohada, Sociétés commerciales et du Groupement d'intérêt Economique Ohada », Bruylant, coll. Droit uniforme africain, Bruxelles, 2002.
- A. AYAWA TSAKADI**, « Réflexion sur les pouvoirs de l'associé unique », in J. MESTRE (dir.), Recueil d'études sur le droit Ohada et Uemoa, vol. I, PUAM, 2010.
- B. Le BARS**, « Droit des sociétés et de l'arbitrage international, pratique en droit de l'Ohada », Lextenso, 2011.
- B. BASDEVANT-GAUDEMET**, « Contrat ou institution : un enjeu de société », LGDJ, 2004.
- P. BATHMANABANE**, « L'abus du droit syndical », LGDJ, 1993.
- C. BAILLY-MASSON**, « L'intérêt social : une notion fondamentale », Petites Affiches, 9 nov. 2000, n° 224, p. 11.
- A. BENABENT**, « Droit civil. Les obligations », Montchrestien, 13^e éd., 2012.
- J.-L. BERGEL**, « Théorie générale du droit », Dalloz, 2012.
- E. BLARY-CLEMENT**, « Dix ans de transparence en droit des sociétés : retour sur une évolution prévisible de l'information sociétaire, in « Dix ans de transparence en droit des sociétés », dir. E. BLARY-CLEMENT et J.-CH. DUHAMEL, 2000-2010, Droit et Sciences économiques, Artois Presses Université, 2011.
- M.-P. BLIN-FRANCHOMME, I. DESBARAT**, « Le droit des affaires saisi par le développement durable : de nouvelles obligations d'information pour les entreprises », in « La modernisation du droit des affaires », Litec, 2007.
- F. BONDIL**, « Permanence et évolution du concept de société : du contrat à l'institution », in L'entreprise face au bicentenaire du Code civil, C.R.J.D.A., l'Harmattan, 2005.
- J. BONNECASE**, « La notion de droit en France au XIXe siècle », Paris, 1919.
- J. BONNARD**, « Droit des sociétés », Hachette, 8^e éd., 2012.
- B. BOULOC**, « Droit pénal général », Dalloz, 22^e éd., 2011.
- J.-H. F. BOULOUIS**, « Droit institutionnel de l'Union européenne », Paris, Montchrestien, 6^e éd., 1997.
- J. D. BREDIN**, « Secret, transparence et démocratie », Seuil, 1997.
- L. CADIET, PH. Le TOURNEAU**, « La responsabilité civile », Dalloz, 1996.

L. CADIET, PH. Le TOURNEAU, « Droit de la responsabilité et des contrats », Dalloz, 2003.

G.-H. CAMERLYNCK, « Droit du travail », Précis Dalloz, 1976.

L. CAMPION, « De l'exercice antisocial des droits subjectifs : la théorie de l'abus des droits », Bruylant, 1925.

P. LE CANNU, « Droit des sociétés », Montchrestien, Paris, 4^e éd., 2011.

J. L. CAPDEVILLE, « Abus de biens sociaux et banqueroute », Lextenso, 2010.

O. CAPRASSE, R. AYDOGDU, « Les conflits entre actionnaires, prévention et résolution », Larcier, 2010.

J.-P. CASIMIR, M. GERMAIN, « Dirigeants de sociétés : Juridique, fiscal, social », Pratiques d'experts, 2010.

A. CESAIRE, « La tragédie du roi Christophe », Présence africaine, 1963.

C. CHAMPAUD, « Manifeste pour la doctrine de l'entreprise », Larcier, 2011.

A.-L. CHAMPETIER de RIBES-JUSTEAU, « Les abus de majorité et de minorité », Préface de J.-J. DAIGRE, Dalloz, 2010.

Y. CHAPUT, « Droit de la prévention et du règlement des difficultés des entreprises », PUF, 1986.

Y. CHARTIER, « Droit des affaires, 3/ Entreprises en difficulté, Prévention- Redressement-Liquidation », PUF, Paris, 1989.

D. COHEN, « Arbitrage et société », préf. B. OPPETIT, LGDJ, 1993.

P. CONTE et W. JEANDIDIER, « Droit pénal des sociétés commerciales », Litec, 2004.

I. CORBISIER, « La société : contrat ou institution, droits Etasunien, français, Belge, Neerlandais, Allemand et Lux », Larcier, 2011.

G. CORNU, « Etude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public », La Mémoire du droit, 2010.

G. CORNU, « Introduction, les personnes, les biens », Montchrestien, 12^e éd., 2005.

G. CORNU, « Vocabulaire juridique », Association Capitant, Paris, PUF, 9^e éd., 2011.

P.-M. Le CORRE, E. Le CORRE-BROLY, « Droit du commerce et des affaires, Droit des entreprises en difficulté », Sirey, 2^e éd., 2006.

A. COURET, « La société par actions simplifiées », éd. Joly, 1994.

A. CONSTANTIN, « Droit des sociétés », Dalloz, 5^e éd., 2012.

M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, « Droit des sociétés », Lexisnexis, 25^e éd., 2012.

J. DABIN, « Le droit subjectif », Dalloz, 2007.

J.-J. DAIGRE, « Le petit air anglais du devoir de loyauté des dirigeants, Mél. P. BEZARD, Montchrestien 2002.

M. DAVIS, « Conflict of interest in the professions », dir. M. DAVIS et A.STARCK, Oxford, 2001.

M. DELMAS-MARTY, « Droit pénal des affaires », PUF, 4^e éd., 2000.

R. DEMOGUE, « Traité des obligations en général », Paris, 1924.

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

DICO DROIT, Editions Juridiques Européennes, 2012.

J.-P. DOM, « Les montages en droit des sociétés », Joly éd. 1998.

A. DUBOY-DE LUZY, « L'interposition de personnes », LGDJ, 2010.

C. DUCOULOUX-FAVARD, « Lamy droit pénal des affaires », 2013.

B. FAGES, « Le comportement du contractant », PUAM, 1997.

A. FAYE, « L'égalité entre associés », Ohadata, D-04-10, juin 2003, p. 10.

R. E FREEMAN, « Strategic Management : A stakeholder approach », Boston, Pitman, 1984.

D. R. FOGNO, « Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'Ohada », Dir. P.-G. POUGOUE, L'Harmattan, 2010

E. GAILLARD, « Le pouvoir en droit privé », Economica, 1985.

F. GAUDU, R. VATINET, « Les contrats de travail », LGDJ, 2001.

T. GAUTHIER, « Les dirigeants et les groupes de sociétés », Litec 2000.

E. GEORGES, « Essai de généralisation d'un droit de retrait dans la société anonyme », préface de J.-J. DAIGRE, LGDJ, 2005.

M. GERMAIN, V. MAGNIER, « Traité de droit des affaires, Les sociétés commerciales », LGDJ, 20^e éd., 2011.

J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, « Traité de droit civil, Introduction générale », LGDJ, 4^e éd., 1994.

J. R. GOMEZ, « Ohada, entreprises en difficultés. Lecture de l'Acte uniforme de l'Ohada portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lumière du droit français », éd. BAJAG-MERI, Série droit des affaires, 2003.

R. GUILLIEN, J. VINCENT, « Lexiques des termes juridiques », Dalloz, 17 éd., 2010.

Y GUYON., « Droit des affaires, T.2, Entreprises en difficultés », Economica, 9^e éd., 2003.

Y. GUYON, « Droit des affaires, Tome 1, Droit commercial général et sociétés », Economica, 12^e éd., 2003.

CH. HANNOUN, « Le droit et les groupes de sociétés », Litec 1991.

F. HENRY, « Les procédures de récusation et de dessaisissement », Larcier, 2009.

M. HENRY, G. BOUILLET-CORDONNIER, « Pactes d'actionnaires et privilèges statutaires », éd. EFE, 2003.

M. HIRSCH, « Pour en finir avec les conflits d'intérêts, Stock, 2010.

L. HUSSON, « Etudes sur la pensée juridique. Les transformations de la responsabilité », PUF, Paris, 1947.

J. ISSA-SAYEGH, « Répertoire quinquennal Ohada 2006-2010 », UNIDA, 2011.

W. JEAN-DIDIER, « Droit pénal des affaires », Dalloz, 7 éd., 2012.

M. JEANTIN, P. Le CANNU, « Droit commercial, instrument de paiement et de crédit, entreprises en difficultés », Dalloz, 6^e éd., 2003.

L. JOSSERAND, « De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits », Préface de David DEROUSSIN, Dalloz, Paris, 2006.

L. JOSSERAND, « l'abus des droits », Paris, ROUSSEAU, 1905.

A. KARIMI, « Essai de systématisation sur l'application de la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle », Mélanges Litec, 2006.

G. KEUTGEN, Y. DECORDT, « La loyauté et la bonne foi dans le droit des sociétés », Mélanges E. CEREXHE, Larcier, 1997.

J. V. KODO, « L'application des Actes uniformes de l'Ohada », Bruylant, 2010, p. 75.

M. KONE, « Le nouveau droit commercial des pays de la zone Ohada, comparaisons avec le droit français », LGDJ, 2003.

E. LAJUS-THIZON, « L'abus en droit pénal », Dalloz, 2011.

J. LARGUIER, P. CONTE, « Droit pénal des affaires », Armand Colin, 11^e éd., 2004.

B. LAURET, « Droit pénal des affaires », Economica, 8e éd., 2012.

P. LEDOUX, « Le droit de vote des actionnaires », préf. P. MERLE, LGDJ, 2002.

P. LEMIEUX, « L'anarcho-capitalisme », Paris, PUF, 1988.

A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON, R. SALOMON, « Droit pénal des affaires », Litec, 2^e éd., 2010.

G. LEVASSEUR, « Cours de droit pénal spécial », Les cours de droit, Paris 1967-1968.

E. LEVY, « La vision socialiste du droit », collection internationale des juristes populaires, Paris, 1926.

E. LITTRE, A. BEAUJEAN, « Le nouveau petit Littré », POCHE, 2009.

E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, « Analyse économique du droit », Dalloz, 2^e éd., 2008.

V. MAGNIER, « Droit des sociétés », LGDJ, 2011.

V. MAGNIER, « La gouvernance des sociétés cotées face à la crise, pour une meilleure protection de l'intérêt social », LGDJ, 2010.

P. MAISTRE Du CHAMBON, A. LEPAGE, R. SALOMON, « Droit pénal des affaires », Lexisnexis, 2^e éd., 2010.

F. MARMOZ, « La délégation de pouvoir », Litec, 2000.

D. MARTIN, « la loyauté dans l'exécution d'un contrat », Gaz. Pal., 2012, n° 144.

B. MARTOR, N. PILKINGTON, D. SELLERS, S. THOUVENOT, « Le droit uniforme africains des affaires issus de l'Ohada », Litec, 2^e éd., 2009.

H. L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, « Leçons de droit civil, T.II, 1er vol. », Montchrestien, 12^e éd., 2000.

M. MENJUCQ, « Droit commercial et des affaires », Lextenso, 7^e éd., 2011.

P. MERLE, « Droit commercial, Sociétés commerciales », Dalloz, 15^e éd., 2011.

J. MESTRE, I GROSSI, « L'éthique du dirigeant d'entreprise », in Ethique en entreprise, Librairie de l'Université d'Aix en Provence, 2001.

J. MESTRE, « Recueil d'études sur les droits Ohada et Uemoa », PUAM, 2010, p. 209.

J. MESTRE, D. VELARDOCCHIO, « Lamy sociétés commerciales », éd. Lamy, 2012.

P. MEYER, « Ohana, Droit de l'arbitrage », Bruylant, 2002.

A. MIGNON-COLOMBET, « L'exécution forcée en droit des sociétés », Economica, 2004.

M.-C. MONSALLIER, « L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme », LGDJ, 1998.

MONTESQUIEU, « De l'esprit des lois », Le livre de Poche, 1997.

A. MOULOUL, « Le régime juridique des sociétés commerciales dans l'espace Ohada, l'exemple du Niger », LGDJ, 2005.

M. A. MOUTHIEU, « L'intérêt social en droit des sociétés », l'Harmattan, 2009.

L-D. MUKA-TSHIBENDE, « L'information des actionnaires : source de contre pouvoir dans les sociétés anonymes de droit français et du périmètre Ohada », PUAM, 2009.

H. Le NABASQUE, « Les droits financiers de l'associé », Mél. J. NORMAND, Litec, 2003.

B. N. NKAMGA, « L'administration provisoire des sociétés dans l'espace Ohada », Economica, 1^{ère} éd., 2012.

F. OST, « Droit et intérêt. Entre droit et non droit : l'intérêt », Publications des facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 1990.

F. PASQUALINI, « Principe de l'image fidèle en droit comptable », Litec, Paris, 1992.

C. PERELMAN, R. VANDER ELST, « Les notions à contenu variable en droit », Bruylant, Bruxelles, 1984.

F. PEROCHON, R. BONHOMME, « Entreprises en difficulté, instruments de crédit et de paiement », LGDJ, 8^e éd., 2009.

P. PORTIER, « Gouvernance d'entreprise et relations actionnaires-dirigeants : vers de nouveaux paradigmes ? », Lexisnexis, 2010.

P.-G. POUGOUE, Y. KALIEU ELONGO, « L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif Ohada », Coll. Droit uniforme, PUA, 1999.

P.-G. POUGOUE, Y.-R. KALIEU ELONGO, « Introduction critique à l'Ohada », PUA, 2008.

P.-G. POUGOUE, « Encyclopédie de droit Ohada », Lamy, 2011.

P.-G. POUGOUE, Y. KALIEU, « L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif Ohada », PUA, 1999.

P.-G. POUGOUE, J.-M. TCHAKOUA, A. FENEON, « Droit de l'arbitrage dans l'espace Ohada », PUA, 2000.

P.-G. POUGOUE, F. ANOUKAHA et J. NGUEBOU, « Le droit des sociétés commerciales et du G.I.E OHADA », PUA, 2002.

A. RABREAU, « L'usufruit de titres sociaux », Bibliothèque de droit de l'entreprise, Lexisnexis, 2006.

M.-L. RASSAT, « Droit pénal général », éd. Ellipse, 2006.

C. RENOUARD, « La responsabilité éthique des multinationales », PUF, 2007.

G. RIPERT, « La règle morale dans les obligations civiles », LGDJ, 1998.

G. RIPERT, « Aspects juridiques du capitalisme moderne », LGDJ, 2^e éd., Paris, 1951.

G. RIPERT, R. ROBLOT, « Traité de droit commercial - Les sociétés commerciales », LGDJ, 18^e éd., 2002.

H. ROLAND, L. BOYER, « Adages du droit français », Litec, 4^e éd., 1999.

J. ROCHFELD, « Cause et type de contrat », LGDJ, 1999.

J.-J. ROUSSEAU, « Emile ou de l'éducation : livre IV », 1962.

M. ROUSSELET, M. PATIN, « Précis de droit pénal spécial : étude des infractions punies par le Code pénal et par les lois les plus importantes », Sirey, 6^e éd., 1953.

C. SAINT-HALARY-HOUIN, « Droit des entreprises en difficulté », Montchrestien, 7^e éd., 2011.

O. SAMBE, M. I. DIALLO, « Guide pratique des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (GIE) Ohada, Schémas didactiques, modèles (statuts, procès verbaux et autres formulaires), Jurisprudence », Comptables et juridiques, 2^e éd., 2008.

R. SALEILLES, « De l'abus de droit », Paris, 1905.

R. SALEILLES, « Etudes d'une théorie générale de l'obligation, d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand », LGDJ, 3^e éd., 1914.

F. M. SAWADOGO, « Ohada : Droit des entreprises en difficulté », coll. Droit uniforme africain, Juriscope, Bruxelles, 2002.

A. SERIAUX, « Droit des obligations », PUF, 2006.

D. SCHMIDT, « Les conflits d'intérêts dans les sociétés anonymes », Joly, éd. Pratique des affaires, Version nouvelle, 2004.

E. SCHOLASTIQUE, « Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés (Droits français et anglais) », LGDJ, 1998.

F. STASIAK, « Droit pénal des affaires », LGDJ, 2009.

F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, « Droit civil, les obligations », Dalloz, 10^e éd., 2009.

F.G. TREBULLE, O. UZAN, « Responsabilité sociale des entreprises », Economica, 2011.

D. TRICOT, « Les critères de la gestion de fait », Dr. et Patrimoine 1/1996, p. 24.

- A. TUNC**, « Le droit américain des sociétés anonymes », Economica, Paris, 1985.
- G. VANNIER**, « Argumentation et droit, Introduction à la Nouvelle Rhétorique de Perelman », PUF, 2001.
- A. VIANDIER**, « La notion d'associé », LGDJ, 1978.
- A. VIANDIER**, « Gouvernance et communication financière », Eyrolles, 2008.
- D. VIDAL**, « Manuel droit des sociétés », LGDJ, Paris, 5^e éd, 2006.
- G. VEDEL, P. DELVOVE**, « Droit administratif », PUF, 1984.
- D. VERLADOCCHIO-FLORES**, « Les accords extrastatutaires entre associés », PUAM, 1993.
- J.-M. VERDIER**, « L'abus du mandat social, le droit pénal spécial des sociétés anonymes », Dalloz, 1955.
- N. VERHEYDEN-JEANMART**, « Le souci d'équité et le droit », cours de recyclage en droit dispensés aux Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1981.
- R. VOUIN**, « La bonne foi. Notion et rôle actuels en droit privé français », LGDJ, 1939.
- A. VOLANSKY**, « Essai d'une définition expressive du droit basée sur l'idée de bonne foi », Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1930.
- M. WELTER**, cité par L. DUBOUIS, « La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative », Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1962.

III - RAPPORTS, RECOMMANDATIONS, COLLOQUES ET FORUMS

- Actes du colloque de Deauville**, « Les conflits d'intérêts », Association Droit et Commerce, RJ com., avr. 2006.
- Acte de colloque-Lille**, « Transparence et gouvernance, une relecture », 10 déc. 2010, Dir. E. BARY-CLEMENT, p. 2.
- P. BISSARA**, « De diverses questions relatives à l'exercice du droit de vote de l'actionnaire en France », ANSA oct. 2002.
- F. PASQUALINI**, « Les conflits d'intérêts, fonction et maîtrise », Colloque, oct. 2012, Centre français de droit comparé.

Colloque annuel du Master Recherche de droit de l'entreprise, « La responsabilité sociale de l'entreprise en Afrique : au-delà de l'Ohada », 2^e édition, Institut Droit Dauphine, 8 juin 2010.

Colloque ESCP-EAP, CCIP et CREDA, « L'abus de biens sociaux, le particularisme français à l'épreuve de l'Europe », Gaz. Pal. 20 nov. 2004, n° 324 à 325, p. 5.

Compte rendu de la formation à la médiation commerciale des gestionnaires de Centres Africains d'Arbitrage et de Médiation du 27 au 31 octobre 2008. <http://www.ccia.bf/article>.

J.-M. COULON, « La dépénalisation du droit des affaires », Rapport aux gardes des sceaux, 2008.

Les Echos, « Renforcement du devoir de loyauté des dirigeants », n° 21182, 10 mai 2012, p. 12.

L. ECK, « Controverses constitutionnelles et abus de droit », Intervention au congrès de l'association française de droit constitutionnel (A.F.D.C), atelier sur « les controverses constitutionnelles », Montpellier, Juin 2005.

Étude juridique du CNCC français, « la responsabilité civile du commissaire aux comptes », mai 1995, p. 15.

Etude du parlement européen, « Relations entre l'organe de surveillance des entreprises et le management », 2012.

J. FOURCADE, M. PICARD, O. RATEAU, « Rapport sur la notion de groupe évoquée comme justifiant certains faits susceptibles d'une qualification pénale », Rev. Soc. 1980, p. 696, spécifiquement p. 705.

P. MARINI, « Rapport Marini sur la modernisation du droit des sociétés », Documentation française, 1996.

MEDEF, « Prévenir et gérer les conflits d'intérêts dans votre entreprise, 2011, www.medef.com.

J. MESTRE, « Synthèse des actes du colloque de Deauville », RJ com. 1991 p. 30.

J.-B. MEYRIER, « Regards croisés franco-américains sur le devoir de loyauté du dirigeant », Les Echos, 8 janv. 2013, Juridique, Etude.

Y. MULLER, « L'abus réprimé: la correction par le juge - Le délit d'abus de biens sociaux ou la symbolique de l'abus », Colloque : L'abus en droit des affaires et le pouvoir modérateur du juge », Gaz. Pal. 2009, n° 352, p. 130.

J. NGUEBOU TOUKAM, « Les contrats à vocation économique dans le droit africain des affaires », communication préparée pour le colloque NGANGO, 2001.

J. M. PEREZ, « Esquisse sur la responsabilité civile des dirigeants sociaux américains, in la responsabilité civile des dirigeants sociaux », Colloque du 16 décembre 2002 organisée par l'université René DESCARTES, Rev. Sociétés 2003, n° 2, p. 195.

Rapport annuel 2006 de la Cour de cassation.

8^e Rapport de la Commission européenne, mai 1974.

Rapport général de la réunion Ohada sur la redynamisation des Commissions Nationales, Dakar, 29-30 mai 2008.

Rapport 2011 de l'AMF sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants.

R. SALEILLES, « De l'abus des droits », Rapport présenté à la première sous-commission de la commission de révision du Code Civil », Bull. soc. Études et législ., 1905, p. 325.

Session de formation, « L'état de l'application du droit pénal des affaires Ohada dans les Etats parties », ERSUMA, juil. 2012.

J. VOYAME, B. COTTIER, B. ROCHA, « L'abus de droit en droit comparé, in « L'abus de droit et les concepts équivalents : principes et applications actuelles », Actes du 19^e colloque de droit européen, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1990.

P. WIDMER, « Bonne foi et abus de droit-Principe ? Portée ? Panacée? Une tentative de synthèse possible », Séminaire sur « l'abus de droit et le principe de la bonne foi », Suisse, septembre 1992.

IV - ARTICLES ET CHRONIQUES

D. ABARCHI, « Problématiques des réformes législatives en Afrique : le mimétisme juridique comme méthode de construction », Rev. nigérienne de droit, 1999, n° 20, p. 53.

R. ADAMOU, « Le droit pénal des sociétés commerciales. Droit pénal des affaires du Niger : une construction duale entre droit pénal uniforme et législation nationale », Ohadata D-05-30.

A. AKAM AKAM, « L'information dans le contrat de transport de marchandises par route, le droit commun des contrats à l'épreuve du droit Ohada », RRJ, 2006, p. 15.

A. AKAM AKAM, « La responsabilité civile des dirigeants sociaux en Ohada », RIDE 2007, n° 2, p. 212.

- B. ALDIGE**, « La licéité du dispositif d’alerte contenu dans un code de conduite des affaires », Semaine sociale Lamy 2009, n° 1426, p. 4.
- A. S. ALGADI**, « L’alerte de droit Ohada des entreprises en difficulté », Droit et patrimoine 2012, n° 211, p. 38.
- J. AMAR, S. SERROR**, « L’abus de droit ou la sanction des mauvais élèves en droit des sociétés », Petites affiches 2009, n° 169, doct., p. 6.
- R. AMOUSSOU-GUENOU**, « L’Acte uniforme et son environnement juridique », Rev. camerounaise de l’arbitrage, oct. 2011, p. 11.
- J.-J. ANSAULT**, « Le contrôle de l’intérêt à agir en nullité des délibérations », Rev. Sociétés 2012, n° 1, Etude, p. 7.
- F. ANOUKAHA**, « L’émergence d’un nouveau droit des procédures collectives d’apurement du passif dans les Etats africains membres de l’Ohada, Afrique juridique politique », Rev. CERDIP, 2002, p. 62.
- F. ANOUKAHA**, « Les grandes décisions de la jurisprudence civile camerounaise », Bamenda, 2008, p. 222 et s.
- K. ASSOGBAVI**, « Les procédures collectives d’apurement du passif dans l’espace Ohada », Penant Revue de droit des pays d’Afrique, 2002, n° 832, p. 55.
- E. A. ASSI**, « L’ordre public international dans l’Acte uniforme de l’Ohada relatif à l’arbitrage », Revue de l’arbitrage 2007, n°4, p. 753.
- J.-B. AUBY**, « Conflits d’intérêts et droit administratif », Dr. adm. 2010, étude n° 24.
- Y. AYAUD**, « Appel à la raison ou pour une approche cohérente de la prescription de l’abus des biens sociaux », D. 2004, p. 194.
- C. BAILLY-MASSON**, « L’intérêt social : une notion fondamentale », L.P.A., 2000, n° 224, p. 6.
- A. BALLOT-LENA**, « L’usufruitier des droits sociaux : un statut sui generis ? », Dr. Sociétés, 2010, n° 6, Etudes, 9, p. 5.
- M. BANDRAC, J.-P. DOM, B. Le BARS**, « Arbitrage et société », Actes pratiques et ingénierie sociétaire 2006, n° 90, p. 3.
- J.-F. BARBIERI**, « Retour sur les sanctions de l’abus de minorité », Mélanges en l’honneur de D. SCHMIDT, Joly, Paris, 2005, n° 6, p. 55.

B. Le BARS, « Arbitrer un litige de droit des sociétés en droit Ohada », Bull. Joly sociétés 2009, p. 267.

F. BASDEVANT, « Le recours à un expert indépendant en cas de conflits d'intérêts », RDBF, 2006, n° 3, p. 101.

P. BATIFOULIER, G. De LARQUIER, « De la convention et de ses usages », in « Théorie des conventions », Dir. P. BATIFOULIER, Economica, 2009, p. 9.

H. BARBIER, « Les conventions de vote entre une société et son dirigeant de fait sont ils des conventions réglementées ? », Bull. Joly sociétés 2012, n° 7.

B. BASUYAUX, « L'intérêt social, une notion aux contours aléatoires qui conduit à des situations paradoxales », LPA 6 janv. 2005, n° 4, p. 3.

P. BATHBANAMANE, « L'abus de droit », Petites Affiches, 3 juil. 1992, p. 15.

A. BEAUQUIER et R. GAUVAIN, « Le devoir de loyauté des dirigeants dans les opérations de restructuration », RLDA 2010/54, n° 3124.

A. BEBEEPALLE, « L'administrateur inerte », Petites affiches 2011, n° 196, p. 6.

J.-M. De BERMOND De VAULX, « Abus et abandon de majorité », Dr. soc. 1993.

J.-P. BERTREL, « Liberté contractuelle et sociétés, Essai d'une théorie du « juste milieu » en droit des sociétés », RTD com. 1996, p. 595.

J.-P. BERTREL, « La position de la doctrine sur l'intérêt social », Droit & patrimoine, avril 1997, p. 42, spéc., p. 46.

P. BEZARD, « La compétence et le devoir des dirigeants sociaux en droit français », Journée de la société de législation comparée, 1988, p. 529.

P. BEZARD, « L'intérêt social : il faut déterminer avec précision la portée de l'intérêt social », D.P., 1997, p. 53.

P. BISSARA, « L'intérêt social », Rev. Sociétés, 1999, p. 5.

M.M. BLAIR, « Ownership and control : Rethinking corporate governance for the twenty-first century », The Brookings Institution, Washington D.C., 1995, spéc., p. 231.

E. BLARY-CLEMENT, « Spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires dans le procès civil », JCP G 1991. I. 3534.

R BLAZY, « La pertinence économique de l'incrimination de l'abus des biens sociaux », LPA 2005, n° 99, p. 29.

C. BOILLOT, S. MESSAI-BAHRI, « Chronique de contentieux des affaires », Petites affiches, 2012, n° 127.

M. De BOISSESSON, P. DUPREY, « L'arbitrabilité subjective en matière de droit des sociétés », Gaz. Pal. 2002, n° 352, p. 18.

M. BOIZARD, « L'abus de minorité », Rev. soc. 1988, p. 367.

G. BOLARD, « L'administration provisoire et mandat *ad hoc* », JCP G 1995, I, 3882.

J. BONNARD, « L'influence des principes généraux du droit des contrats en matière de pactes d'associés », in « Prospectives du droit économique. Dialogues avec Michel JEANTIN », Dalloz, 1999, p. 139.

G. BORDIER., « Rémunérations des dirigeants », LPA 2005, n° 229, p. 55.

P. BOULANGER, « L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », Rev. arb. 1999, n° 3, p. 541.

B. BOULOC, « Droit pénal et groupes d'entreprises », Rev. Sociétés 1988, p. 181.

B. BOULOC, « Le dévoiement de l'abus de biens sociaux », RJ com. 1995, Docte., p.301.

J.-D. BREDIN, « Propriété et droits réels », RTD civ. 1964, p. 580.

J.-L. BRUGUIERE, « La contractualisation du droit de suite, entre droit d'auteur et droit du marché », Dalloz 2011, n° 40, p. 2740.

J.-F. BULLE, « Les délégations de pouvoirs », JCP E, 1999, I, 1136.

D. BUREAU, « La loi relative aux nouvelles régulations économiques, aspects de droit des sociétés », B.J.S., 2001, n° 6, p. 553.

S. O. CAMARA, « Des responsabilités encourues par les dirigeants de la société cotée dans l'espace Ohada », juil. 2012, p. 6, Ohadata D-12-66.

L. CADIET, « Brèves observation sur l'expertise préventive en droit des sociétés », Mél. JEANTIN, 1999, p. 151.

L. CADIET, PH. Le TOURNEAU, « Abus de droit », Rep. Civ. Dalloz, 2002, n° 26, p. 8.

L. CADIET, « Abus de droit », Répertoire civil Dalloz, 2008, n° 11.

P. CANIN, « La mésentente entre associés, cause de dissolution judiciaire anticipée des sociétés », Dr. sociétés 1998, chr., p. 4.

P. Le CANNU, « L'abus de minorité », Bull. Joly, 1986, 429.

P. Le CANNU, « Eléments de réflexion sur la nature de l'expertise de gestion », Bull. Joly 1988. 553.

P. Le CANNU, « Le minoritaire inerte, observations sous l'arrêt Flandin », Bull. Joly. 1993, p. 539.

P. Le CANNU., « Les conventions réglementées après la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 », Bull. Joly 2001, p. 720.

P. Le CANNU, « La clause de non-concurrence dans les pactes d'actionnaires », Bull. Joly sociétés 2011, 261, p. 524.

H. CAPITANT, « Sur l'abus des droits », RTD civ, 1928, p. 369.

A.-M. CARTRON, B. MARTOR, « L'associé minoritaire dans les sociétés régies par le droit Ohada », Cah. Dr. De l'entreprise, 2010, n° 1, Dossier, 2.

J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY, G. WICKER, « Droit des sociétés, dispositions communes », JCP E 2005, n° 50, 1834, p. 2157.

J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY, G. WICKER, « Chronique de droit des sociétés du premier trimestre 2006, droit des sociétés, dispositions communes », JCP G 2006, I, Chr. 168, p. 1701.

Centre de droit des affaires de l'Université de Toulouse, « Législation en droit des sociétés », Revue de jurisprudence commerciale 2009, n° 3, p. 208.

A. CERATI-GAUTHIER, « Reconstitution du capital social et abus de minorité », Rev. Lamy droit des affaires, 2007, n° 17.

J. CHARMONT, « L'abus de droit », RTD civ., 1902, p. 113.

H. CHASSERY, « Les attributions du conseil de surveillance », RTD com., 1976, n° 1, p. 452.

P. CHAUVEAU, « Des abus de la notion de la personnalité morale des sociétés », Rev. Gén. dr. com., 1938, 1, p.409.

E. CHEVALIER, « La loyauté contractuelle : portée d'une notion novatrice en droit des contrats administratifs », JCP A 2012, n° 50.

D. CHILSTEIN, « L'abus de biens sociaux », Petites affiches 18 juin 2008, n° 122, p. 25.

T. CLAY, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges : panorama 2005, arbitrage, convention d'arbitrage », Recueil Dalloz 2005, n° 44, p. 3050.

D. COHEN, « Le gouvernement d'entreprise : une nécessité en droit français ? », Mélanges P. Malaurie, Defrenois, 2005, p. 159.

D. COHEN, « Les conventions de vote » in « Liber Amicorum Christian Larroumet », *Economica*, 2010, n° 14.

A. CONSTANTIN, « Réflexions sur la validité des conventions de vote, in Mélanges J. GHESTIN. Le contrat au début du XXI^e siècle », LGDJ, 2001, p. 253.

A. CONSTANTIN, « La tyrannie des faibles. De l'abus de minorité en droit des sociétés », Mélanges Y. GUYON, Dalloz, 2003, p. 213.

A. CONSTANTIN, « Retour sur les causes et la procédure de désignation d'un administrateur provisoire - Amiens, 11 févr. 2003, n° 02-04.683, », *Bull. Joly* 2003, n° 4, 440.

R. CONTIN, « L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés », *D.* 1968, chron., pp. 8 et s.

R. CONTIN, « Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes », *Lib. Techniques* 1975, n° 368.

M. CORRADI, « Les opportunités d'affaires saisies par les administrateurs de la société en violation du devoir de loyauté », *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 157.

A. COURET, « L'intérêt social », *JCP E* 1996, II, suppl. CDE.

A. COURET, « Le harcèlement des majoritaires », *Bull. Joly* 1996, n° 36, p. 112.

A. COURET, « L'abus dans le droit des affaires, et plus spécifiquement l'abus et le droit des sociétés », *Droit et Patrimoine*, n° 83, juin 2000, p. 66.

A. COURET, « La prévention des conflits d'intérêts : nouveau régime des conventions », *RJDA* 2002, p. 290.

A. COURET, « A propos de l'ouvrage de Dominique Schmidt : les conflits d'intérêts dans les sociétés anonymes », *Bull. Joly sociétés* 2004, n° 5, p. 613.

G. COURTIEU, « Abus de droit, notion », Fascicule 131-10, *Jurisclasseur Civil Code*, juin 2005, p. 12.

P. F. CUIF, « Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », *RTD com.* 2005, p. 1.

J.-J. DAIGRE et M. SENTILLES-DUPONT, « Les pactes d'actionnaires », *GLN Joly*, Coll. Pratique des Affaires, 1995, n° 13.

J.-J. DAIGRE, « le droit de vote est-il encore un attribut essentiel de l'associé », *JCP E* 1996, I. 575.

J.-J. DAIGRE, « De l'exclusion d'un associé en réponse à une demande de dissolution », Bull. Joly 1996, p. 580.

B. DAILLE-DUCLOS, « Le devoir de loyauté du dirigeant », JCP E 1998. 1486.

E. DAOUD, C. FRANCESCHI, « Droit pénal et bonne gouvernance », AJP 2011, n° 11, p. 512.

D. DANET, « Misère de la corporate governance », Rev. internationale de droit économique 2008, n° 4, p. 407.

F. DEBOISSY, G. WICKER, « Le droit de vote est une prérogative de l'usufruitier des titres sociaux », JCP E 1994, I, 374.

F. DEBOISSY, « Montage sociétaire : attention au risque d'abus de droit », RTD com. 2003, p. 181.

F. DEBOISSY, G. WICKER, « Le droit de vote est une prérogative de l'usufruitier des titres sociaux », JCP E 2004, n° 37, 1290, p. 1378.

N. DECCOPMAN, « Droit et déontologie, contribution à l'étude des modes de régulations », in « Les usages sociaux du droit », PUF, 1989, p. 87.

D. DECHENAUD, « Nouvelles menaces sur le droit pénal des affaires », Dr. pén. 2010, étude, n° 13.

N. DEDESSUS-LE MOUSTIER, « La responsabilité du dirigeant de fait », Rev. Sociétés 1997, p. 499.

A. DEKEUWER, « Défense et illustration de l'incrimination d'abus de biens sociaux dans un système de corruption », JCP E 1998, n° 9, p. 310.

C. DELATTRE, « L'inlassable travail de la Cour de cassation quant à la détermination de la notion de dirigeant de fait », JCP E 2007, n° 27, 1872.

J. DELGA, « Prescription de l'abus de biens sociaux », D. aff. 1999, p. 1339.

M. DELMAS-MARTY et P. TRUCHE, « Uniformité ou conformité des systèmes juridiques nationaux : des règles identiques aux principes directeurs », in « Quelle politique pénale pour l'Europe », Economica 1993, p. 321.

J. DELSOULLER, J. BERTRAND, « Conventions réglementées : une synthèse au service des praticiens », JCP E 2010, n° 11, 1269.

A. DEKEUWER, « Les intérêts protégés en cas d'abus de biens sociaux », JCP E 1995, I, n° 500.

G. DEROUBAIX, Dr. et Patrimoine avril 1997, n° 48, p. 53.

M. DESSERTAUX, « Abus de droit ou conflits de droit », Rev. Trim. Dr. civ. 1906, p. 119.

S. DETRAZ, E. DREYER, « Doctrine », Gaz. Pal. 2012, n° 13, p. 35.

M. DIOUF, « Réflexions sur l'administration provisoire de société en droit sénégalais », Bull. d'information de la Cour Suprême, déc. 2010, p. 133.

N. DIOUF, « Infractions en relation avec les nouvelles technologies de l'information et procédure pénale : l'inadaptation des réponses nationales face à un phénomène de dimension internationale », RSDA, n° 2, 2004, p. 83.

N. DIOUF, « Actes uniformes et droit pénal des Etats signataires du Traité de l'Ohada : la difficile émergence d'un droit pénal communautaire dans l'espace Ohada », Revue burkinabé de droit, n° 39-40, n° spécial, p. 63, Ohadata D-05-41.

E. DOCKES, « Essai sur la notion d'usufruit », RTD civ. 1995. 479.

B. DONDERO, « La société, un terrain propice aux MARC ? », Petites affiches 2009, n° 241, p. 23.

B. DONDERO, « Evolution dans la théorie de l'abus de majorité ? », JCP E 2011, n° 19, 1367.

B. DONDERO, « Droit des marchés financiers », JCP E 2012, n° 6, 1111, p. 43.

B. DONDERO, « La notion de conflits d'intérêts et le devoir de loyauté », JCP E 2012, 1132.

B. DONDERO, « Sociétés, droit des sociétés, dispositions générales et communes, Gaz. Pal. 2012, n° 41, p. 31.

B. DONDERO, « Le traitement juridique des conflits d'intérêts, entre droit commun et dispositifs spéciaux », D. 2012. 1686.

B. DONDERO, « Conventions réglementées : réduire les incertitudes », Bull. Joly sociétés 2012, n° 3, p. 190.

B. DONDERO, A.-F. ZATTARA-GROS, « Droit des sociétés », Gaz. Pal. 2012, n° 130.

B. DONDERO, « La captation des opportunités d'affaires, regards vers l'étranger », Gaz. Pal., 2012, n° 41, p. 13.

B. DONDERO, « La valorisation des droits sociaux est une chose trop sérieuse pour la confier aux associés », JCP E 2013, n° 1, 1000.

J.-P. DOM, « L'existence du droit de vote de l'associé, principe fondamental du droit des sociétés », RJDA 2008, chr., p. 3.

J.-P. DOM, « Le gouvernement d'entreprise, technique d'anticipation », JCP E 2012, n° 24.

Dossier « Conflits d'intérêts et déontologie », AJDA 2012.865 s.

Dossier « Les conflits d'intérêts dans les opérations de marché », Bull. Joly Bourse, n° thématique, 2008.

S. DOUMBE-BILLE, « A propos de la nature de l'Ohada », Mélanges en l'honneur du Professeur Madjid BENCHIKH, éd. PEDONE, Paris, 2011, pp. 423 et s.

F. DRUMMOND, « L'information des actionnaires et des investisseurs », in *Entreprise : « l'information et la rumeur »*, RJ com. 2006, p. 15.

C. DUCOULOUX-FAVARD, « Les déviances de la gestion dans nos grandes entreprises », D. 1996, Chron., 191.

C. DUCOULOUX-FAVARD, « Abus de biens sociaux, une prescription butoire pour qui, pour quoi ? », LPA 1996, n° 20, p. 15.

C. DUCOULOUX-FAVARD, « Abus de biens sociaux, délit mécanique des abus de pouvoirs », Dr. sociétés, 2011, n° 160, p. 5.

C. DUCOULOUX-FAVARD, C. GARCIN, « Lamy Droit pénal des affaires », 2012, n° 644.

J. DUPICHOT, « La loi NRE et le droit des sociétés », Gaz. Pal. 2002, p. 149.

L. DUMOULIN, « Débat sur la personnalité morale et procédures collectives », Rev. juridique d'Auvergne, Presses universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, vol. 2007/01, p. 5.

P. DURAND, « Aux frontières du contrat et de l'institution. La relation de travail », JCP, 1944, I, 387.

P. DURAND, « L'abus de droit : bête du Gévaudan ou Frankenstein ? », Rev. Adm., 2003, n° 334, p. 378.

B. EDDING, « The Long Arm of the Law ou le risque hégémonique de la réglementation américaine sur les marchés internationaux - Colloque du 29 mars 2007 ? L'entreprise mondialisée face aux risques répressifs : de nouvelles exigences de prévention et de gouvernance », Revue de droit des affaires internationales 2007, n° 5, p. 659.

M. EMIEN MIESSAN, « L'administration et la direction de la société anonyme de type nouveau issue de la réforme du droit des sociétés commerciales applicable dans la zone Ohada », Ohadata D-07-06.

- A. ETIENNEY**, « La durée du contrat et la réforme du droit des obligations », Recueil Dalloz 2011, n° 39, p. 2672.
- M. FABRE-MAGNAN**, « De l'usage abusif de la notion d'abus de droit », JCP G 1995, doct. 3828.
- B. FASTERLING, J.-C. DUHAMEL**, « Le comply or explain : la transparence conformiste en droit des sociétés », Rev. internationale de droit économique, 2009, 2, p. 129.
- T. FAVARIO**, « Regards civilistes sur le contrat de société », Rev. Sociétés 2008, p. 53.
- T. FAVARIO**, « L'abus de majorité », in « L'abus en droit des sociétés », Journal des sociétés, 2011, n° 86, p. 24.
- L. FAVOREU**, « La constitutionnalisation du droit pénal, in Droit pénal contemporain », Mélanges VITU, 1989, p. 169.
- A. FENEON**, « Les droits des actionnaires minoritaires dans les sociétés commerciales de l'espace Ohada », Penant, n° 839, p. 153.
- A. FENEON**, « La mésentente entre associés dans les sociétés anonymes de l'Ohada », Rev. Penant 848, p. 272.
- F. Le FICHANT**, « Loyauté contractuelle et contraintes externes », Actes pratiques et ingénierie sociétaire mars 2011, n° 116, Dossier, 7, p. 25.
- D. FIORINA**, « La répartition entre l'usufruitier et le nu-proprétaire du droit de vote attaché aux titres démembrés », Rép. Notariat Defrénois, 2005, n° 22, p. 1792.
- A. FOKO**, « Radioscopie des organes de gestion des sociétés anonymes depuis l'acte uniforme de l'Ohada relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », Verfassung and Recht in Ubersee, Law and Politics in Africa, Asia, Latina and America, 1999, n° 3, p. 346.
- A. FOKO**, « Analyse critique de quelques aspects du droit pénal Ohada », Penant, 2007, n° 859, p. 195 et s.
- A. FOKO**, « Le droit Ohada et les droits nationaux des Etats Parties : une complémentarité vieille de plus d'une décennie », Rev. de droit international et de droit comparé, 2008, p. 446.
- A. FOKO**, « L'essor de l'expertise de gestion dans l'espace Ohada », Rev. de droit international et de droit comparé, 2009, p. 183.
- J.-J.FOMCHIGBOU MBANCHOUT**, « De quelques réflexions sur la codification pénale communautaire du législateur OHADA », in « L'effectivité du droit de l'Ohada », ouvrage collectif, Presses Universitaires d'Afrique, Yaoundé, 2006, p. 63.

J. FORMETEU, « Le juge de l'exécution au pluriel ou la parturition au Cameroun de l'article 49 de l'Acte uniforme Ohada portant voies d'exécution », *Juridis périodique*, 2007, n° 70, p. 97.

V. FORTIER, « La fonction normative des notions floues », *RRJ*, 1991, p.755.

E. FORTIS, « Droit pénal de l'entreprise », *JCP E* 2005, n° 20, 736.

L. FRANCOIS-XAVIER, « L'exécution forcée des conventions de vote », *Bull. Joly Sociétés* 2011, Dossier, 321, p. 625.

M.-A. FRISON-ROCHE, « L'hypothèse d'un droit général de sortie des minoritaires », in « La finalité du pouvoir dans les sociétés cotées », *Cahiers de l'entreprise* 4/1996, p. 19.

A. FROTTE, S. DE VENDEUIL, « Loi Warsmann II de simplification du droit », *JCP E* 2012, n° 19.

A.-V. Le FUR, « Concilier l'inconciliable, réflexions sur le droit de vote de l'actionnaire », *Rec. Dalloz* 2008, n° 29, p. 2015.

E. GAILLARD, « Le principe de confidentialité de l'arbitrage international », *D.* 1987 *Chr.* 153.

F. GARRON, « La rémunération excessive des dirigeants de sociétés commerciales », *Rev. Sociétés* 2004, p. 795.

J. GATSI, « La jurisprudence, source du droit Ohada », *Revue internationale de droit comparé* 2012, n° 2.

R. GENTILHOMME, « Vingt ans d'abus de droit : une réforme inachevée », *Droit et Patrimoine* 2011, n° 204, p. 65.

M. GERMAIN, « La société par actions simplifiées », *JCP E* 1994, I. 341.

J. GHESTIN, A.-S BARTHEZ, P. GROSSER, G. LOISEAU, M. MEKKI, N. SAUPHANOR-BROUILLARD, Y.-M. SERINET, « Droit des contrats », *JCP G* 2012, n° 3, 63, p. 112.

D. GIBIRILA, « Le refus d'un actionnaire minoritaire de voter une augmentation de capital », *Rev. Lamy Droit des affaires*, 2007, n° 17.

D. GIBIRILA, « Les enjeux du refus de voter une opération essentielle à la survie financière d'une société », *Journ. Sociétés* févr. 2010, p. 52.

D. GIBIRILA, « L'abus en droit des sociétés : Propos introductifs », *Journal des sociétés*, Avril 2011, n° 86, p. 9.

- A.-M. GILLES**, « Quelques observations sur la mauvaise foi en droit privé », Petites Affiches, juil. 2003, n° 135, p. 6.
- C. GINESTET**, « Pacte de préférence, liberté ou contrainte ? », Droit et patrimoine 2006, n° 144, p. 62.
- L. GODON**, « Abus de confiance et abus de biens sociaux », Rev. Sociétés 1997, Chroniques, p. 289.
- L. GODON**, « Un associé insolite : le nu-proprétaire de droits sociaux », Rev. Sociétés, 2010, n° 5, p. 143.
- G. GOFFAUX-CALLEBAUX**, « La définition de l'intérêt social. Retour sur la notion après les évolutions législatives récentes », RTD com., 2004, n° 1, p. 35.
- R. GOY**, « L'abus de droit en droit administratif français », R.D.P.1962, p. 5.
- K. GREVAIN-LEMERCIER**, « Le devoir de loyauté des dirigeants, le retour », Gaz. Pal., 2012, n° 41, p. 7.
- D. GUTMANN**, « L'abus de droit : perspective générale et encadrement procédural », Droit et patrimoine 2011, n° 205, p. 54.
- Y. GUYON**, « Les missions des administrateurs provisoires de sociétés », Mélanges Bastian, t. 1, 1974, n° 1, p. 103 et s.
- C. HANNOUN**, « Le droit des sociétés à l'épreuve de la modernité », in Etudes à la mémoire du Professeur Bruno OPPETIT, Litec, 2008, p. 309.
- C. HANNOUN**, « L'impact de la financiarisation de l'économie sur le droit du travail », Droit du travail 2008, n° 5, p. 288.
- B. HANOTIAU**, « L'arbitrabilité des litiges en matière de droit des sociétés », Etudes offertes à C. RAYMOND, Mélanges Litec 2004, p. 97.
- T. HASSLER**, « L'intérêt commun », RTD com. 1984, p. 581.
- G. HERMANN**, « La sanction de l'abus de droit après la réforme du droit des sociétés », Gaz. Pal. 1971, p. 76.
- W. J. HGOUE**, « La mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants des sociétés anonymes en droit Ohada », Ohadata D-05-52.
- HOMMAN-LUDIYE, P. DJEDJE**, « Le contrôle de la gestion des SA et des SARL », Cah. Juridiques et fiscaux de l'exportation, CFCE, 1998, n° 2, p. 317.

J.-C HOUNKPE, « Pactes d'actionnaires et préventions des conflits dans la société anonyme de l'espace Ohada », Ohadata D-11-100.

H. HOVASSE, A. GAUDEMET, « Incapacités et société », Actes pratiques et ingénierie sociétaire 2012, n° 123.

H. HOVASSE, N. MANFRED, « Indivision et droits sociaux », Actes prat. ing. sociétaire septembre 2010, n° 113, Dossier, 5, p. 3.

H. HOVASSE, R. MORTIER, « L'usufruit de droits sociaux », Actes prat. ing. sociétaire, 2009, p. 5.

INFOREG, « L'expertise de minorité et l'expertise judiciaire : deux armes à la disposition des associés minoritaires », Cah. Dr. de l'entreprise, 2011, n° 2, cah. prat., 8, p. 68.

INFOREG, « Le droit à l'information des associés dans une SARL », Cah. Dr de l'entreprise 2012, n° 3.

J. ISSA-SAYEGH, « L'intégration juridique des Etats africain de la Zone franc », Penant 1997, n° 823, p. 5.

G. JANSON, « De la SARL en droit français et droit Ohada », in « Revue congolaise de droit et des affaires », l'Harmattan, 2012, n° 8, p. 22.

C. JAUFFRET-SPINOSI, « Assemblée générale d'actionnaires dans les SA, réalité ou fiction? (Etudes comparatives) », Etudes offertes à René RODIERE, Dalloz 1981, p. 128.

J.-C. JAVILLIER, « Responsabilité sociétale des entreprises et Droit : des synergies indispensables pour un développement durable », in « Gouvernance, droit international et responsabilité sociétale des entreprises », Institut international d'études sociales, Genève, 2007, p. 24.

W. JEAN-DIDIER, « Sociétés-Abus des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix », Jurisclasseur pénal des affaires, avril 2011, p 11.

M. JEANTIN, « Les conventions de vote », in « La stabilité du pouvoir dans les sociétés », R.J. com. 1990, p. 124.

M. JEANTIN, « Le rôle du juge en droit des sociétés », Mélanges R. PERROT, D. 1996, 149.

F. K. A. JOHNSON, « Les conventions réglementées, une procédure à respecter », Rev. experts associés, 2005, n° 3, p. 1.

R. KADDOUCH, « La clause statutaire de plafonnement des voix », JCP E 2005, n° 620, p. 656.

- R. KADDOUCH**, « L'irréductible droit de vote de l'associé », JCP E 2008, 1549.
- Y. KALIEU**, note sous « CA Littoral, arrêt n° 38/REF, 10 févr. 1999, aff. Reemtsma c/ SITABAC », Juridis périodique, 2000, n° 42, p. 45.
- E. L. KANGAMBEGA**, « Observations sur les aspects pénaux de l'Ohada », Penant, n° 834, 2000, p. 304.
- G. KAUFMANN-KOHLER**, « Integrating Mediation into Arbitration : Why it Works in China », Journal of International Arbitration, 2008, n° 4, p. 490.
- G. KENFACK-DOUADJINI**, « Le cadre juridique de l'arbitrage au Cameroun », Rev. camerounaise de l'arbitrage, 1999, n° 4, p. 3.
- G. KENGNE**, « Le rôle du juge en matière d'abus de droit de vote », PA, 12 juin 2000, n°116, p.10.
- W. KODJOH-KPAKPASSOU**, « Les quelques innovations apportées par l'Ohada au fonctionnement des sociétés commerciales », Cour Suprême, n° 009/1999, p. 16.
- K. KOUASSI**, « Bilan et perspectives de l'Ohada », Écodroit, n° 11, mai 2002, p. 10.
- P. KOURALEVA**, « L'usufruit, démembrement du droit de propriété », LPA 2009, n° 122, p. 6.
- R. H. KREINDLER**, « Transaction et Arbitrage dans le cadre du Règlement d'Arbitrage de la CCI », Bulletin de la CCI Vol. 9, 1998, n° 2, p. 22.
- S. S. KUATE TAMEGHE**, « Interrogations sur l'abus de minorité dans l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commercial et du groupement d'intérêt économique », Revue de la recherche juridique, 2009, n° 2, p. 969.
- S. S. KUATE TAMEGHE**, « Quelques ambiguïtés de l'expertise de gestion dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. Horizons juridiques africains, 2010, p. 147.
- LACAN**, « L'action sociale exercée ut singuli », Rev. Sociétés, 1946, 223.
- M.-L. LANTHIEZ**, « Vers une dépenalisation du droit des sociétés », Dr. Sociétés 2008, n° 8, p. 7.
- M. LECERF**, « La procédure d'alerte-Un nouveau moyen de prévention des difficultés de l'entreprise », Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation, CFCE, 1998, n° 2, p. 325.
- J. LEDAN**, « Nouveau regard sur la notion d'associé », Dr. Sociétés, 2010, n° 10, Etude, 14, p. 7.

J.-P. LEGROS, « Faute de gestion - A propos de Com., 3 mai 2011, n° 09-13.975 », Dr. Sociétés, 2011, n° 11, comm., 200, p. 33.

E. LEPOUTRE, « Les sanctions d'abus de minorité et de majorité dans les sociétés commerciales », Droit et Patrimoine 1995, p. 68.

N. LESOURD, « L'annulation pour abus de droit des délibérations d'assemblées générales », RTD com. 1962 p. 1.

J. LESUEUR, « Les conflits d'intérêts dans les lois Hadopi I et II », CCE 2009, étude 25.

G.-A. LIKILLIMBA, « Préjudice individuel et préjudice collectif en droit des groupements », RTD com., 2009, n° 2, p. 1.

A. LIEHNARD, « Les particularités de la prescription de l'abus de biens sociaux », AJ pénal 2006, p. 295.

A. LIENHARD, « Démembrement de droits sociaux : vote de l'usufruitier », Rec. Dalloz, 2009, n° 1, p. 12.

P. LINGIBE, « Le point sur les conflits d'intérêts : prise illégale d'intérêt, octroi d'avantage injustifié et notion de conseiller intéressé », AJCT 2012, n° 269.

D. LOUKAKOU, « Les conventions réglementées dans les sociétés commerciales de l'espace Ohada », Penant, 2004, n° 848, p. 280.

Y. LOUSSOUARN, « La bonne foi, Rapport de synthèse », in « La bonne foi », Travaux Association H. CAPITANT, Litec, 1992, p. 16.

M. LOY, « Le régime des conventions réglementées et ses dernières évolutions », Actes pratiques et ingénierie sociétaire sept. 2011, n° 119, p. 27.

F.-X. LUCAS, « L'exécution forcée des conventions de vote », Bull. Joly Sociétés 2011, p. 625.

G. LYON-CAEN, « De l'évolution de la notion de bonne foi », RTD civ., 1946, p. 83.

E. MACKAAY, « L'analyse économique du droit comme outil de la doctrine juridique : la bonne foi et la justice contractuelle », Rev. de la recherche juridique - Droit prospectif 2011, n° 4, p. 1605.

V. MAGNIER, « La règle de conformité ou l'illustration d'une acculturation complexe », in V. MAGNIER, « La gouvernance des sociétés cotées face à la crise », Joly éd., 2010, p. 249.

V. MAGNIER, « Mouvements et inerties en matière de conflits d'intérêts dans le cadre du droit des sociétés », JCP G 2011, suppl. au n° 52, p. 34.

- M. MAHOUE**, « le système pénal Ohada ou l'uniformisation à mi-chemin », *Penant*, n° 846, 2004, p. 87.
- D. MAINGUY**, « Premier regard sur l'abus dans le droit des contrats », *Cah. Dr. De l'entreprise*, 1998, n° 6, p. 1.
- D. MALKA**, « La loyauté dans la négociation du contrat », *Gaz. Pal.*, 2012, n° 144.
- L. MARGUERY**, « Mutations et permanence du contentieux des contrats publics - Mutations - La « loyauté des relations contractuelles » en droit administratif : d'un principe procédural à un principe substantiel », *Rev. française de droit administratif* 2012, n° 4.
- R. MARTIN**, « De l'usage des droits et particulièrement du droit de propriété », *Rev. trimestrielle de droit civil* 1975, p. 52.
- A. MARTIN-SERF**, « L'évolution législative et les conflits », in « Les entreprises en difficulté : terre de conflits. Synthèse nécessaire des intérêts contraires », *G. P.*, 2008, n° 177, p. 9.
- R. MASAMBA**, « Avantages comparatifs des Actes uniformes de l'Ohada », *Rev. Penant*, 2009, n° 869, p. 489.
- C. MASCALA**, « Droit pénal des affaires 2007 », *Recueil Dalloz* 2007, n° 23, p. 1624.
- H. MATSOPOULOU**, « La dissolution pour mésentente entre associés », *R.S.* 1998, n° 1, p. 21.
- H. MATSOPOULOU**, « Le retour en grâce de l'intérêt personnel dans l'abus de biens sociaux », *D.* 2005, p. 2075.
- F. MAURY**, « En société, abuse qui peut...même les faibles et les égalitaires (A propos de l'abus de minorité ou d'égalité en droit des sociétés) », *Journal des sociétés*, n° 86, avril 2011, p. 29.
- A. MAYMONT, H. CAUSSE**, « L'abus de la personnalité morale », *Journal des sociétés*, Avril 2011, n° 86, p. 42.
- W. H. MECKLING**, « Theory of the firm : managerial behavior, agency costs, and ownership structure », *Journal of financial economics*, 1976, Vol. 3, p. 305.
- A. MEDINA**, « L'utilité de l'abus de biens sociaux », *D.* 2000, *Cah. Dr. Aff.*, n°16, p. 3.
- A. MEDINA**, « Abus de biens sociaux », *Dalloz*, 2001, n° 0-29.
- E. MEILLER**, « La distinction du formalisme et de la formalité », *Recueil Dalloz* 2012, n° 3, p. 160.

G MEISSONNIER, « Analyse de la législation africaine en matière de droit des sociétés », Revue Juridique et Politique, Indépendance et Coopération, 1976, p. 331.

M. MENJUCQ, T. BELLOT, J.-B. DRUMMEN, D. ZWERGER, « La détection précoce des difficultés des entreprises », Rev. procédures collectives 2010, n° 1, p. 49.

B. MERCADAL, « Pour la validité des conventions de vote entre actionnaires », RJDA 1992 p. 727.

P. MERLE, « La notion d'abus de minorité et sa sanction », P.A., 24 mars 1993, n° 36, p. 13.

R. MERLE, A. VITU, « Traité de droit criminel », Cujas, 5^e éd., 2001.

J. MESTRE, « Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés », RJ com. 1985. 81.

J. MESTRE, « L'égalité en droit des sociétés », Rev. Sociétés, 1989, p. 408.

J. MESTRE, « L'abus de droit dans la vie des affaires : propos introductifs », Droit et Patrimoine, Juin 2000, n° 83, p. 38.

J. MESTRE, « Le droit français des sociétés devant l'exigence de justice », Les Cahiers de droit, vol. 41, n° 1, 2000, p. 188.

J. MESTRE, « Quelques éclairages récents sur le rôle du juge dans la vie de la société », Revue Lamy Droit des affaires 2009, n° 40, p. 14.

Y. B. MEUKE, « De l'intérêt social dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », Penant, 2007, p. 401.

Y.-B. MEUKE, « L'information des actionnaires minoritaires dans l'Ohada, réflexion sur l'expertise de gestion », Rev. juridique tchadienne, 2007, n° 13, p. 5.

Y.-B. MEUKE, « L'information des actionnaires dans l'Ohada : Réflexion sur l'expertise de gestion », RTDJA 2008, n° 001, p. 29.

Y. B. MEUKE, « L'abus de biens sociaux dans l'espace Ohada, ce que les patrons ne pourront plus faire », Rev. Jurifis Info., n° 2, mars/avril 2009, p. 32.

Y. B. MEUKE, « Observations sur le démembrement de droits sociaux dans l'espace Ohada », Pratique et actualités du droit Ohada, 2009, p. 57.

P. MEYER, « Le droit de l'arbitrage dans l'espace Ohada dix ans après l'Acte Uniforme », Rev. Arb. 2010, n° 3, p. 467.

E. MILLARD, « L'aveu théorique comme préalable au travail juridique savant », AFDC, Montpellier, 10 juin 2005.

H.-D. MODI KOKO BEBEY, « La réforme du droit des sociétés commerciales de l'Ohada », Rev. Sociétés, 2002, p. 236.

N. MOLFESSIS, « Conflits d'intérêts, vers un changement de culture », JCP G 2011, n° 52, p. 1.

M.-C. MONSALLIER, « Abus d'égalité : définition et encadrement de la mission du juge au regard des sanctions », JCP G 2010, 726.

J. MORET-BAILLY, « Définir les conflits d'intérêts », D. 2011. 1100.

G. MORIN, « L'abus des droits », Rev. de métaphysique et de morale, 1929, p. 267.

R. MORTIER, « L'augmentation du capital d'une société déficitaire peut-elle être abusive ? », Dr. Sociétés 2011, n° 8, comm., 146, p. 13.

L. MOSSER, « L'abus toléré: à la recherche d'une autorégulation - Abus de majorité, abus de minorité: le choc des cultures - Colloque: l'abus en droit des affaires et le pouvoir modérateur du juge- A propos de Com., 20 mars 2007, n° 05-19.225, société Hexagone hospitalisation Ile-de-France, société anonyme c/ société La Roseraie clinique hôpital et autres », Gaz. Pal. 2009, n° 352, p. 13.

D. MOTTE-SURANITI, « L'exécution en France des sentences arbitrales CCJA », Penant, 2009, n° 866, p. 58.

Y. MULLER, « Abus de biens sociaux et action civile, » Journ. Sociétés, mars 2007, p. 46.

H. LE NABASQUE, « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », RTD com. 1999. 273.

M. NANZIR, « Le délit d'abus de biens ou de crédit de la société commerciale en droit positif nigérien », Rev. nigérienne de droit, 1999, n° 2, p. 49.

D. NDI AW, « Actes uniformes et Droit pénal des Etats signataires du Traité de l'Ohada : La difficile émergence d'un droit pénal Communautaire des Affaires dans l'espace Ohada », Revue Burkinabé de Droit, 2001, p. 73.

R. NDJEUFACK TEMGWA, « La règle de la majorité dans les sociétés commerciales Ohada », Rev. droit Africain, Bruxelles, 2006, n° 37, p. 5.

R. NDJEUFACK TEMGWA, « Les titres sociaux assortis de droits particuliers en droit Ohada », Juridis périodique, 2009, n° 77, p. 83.

R. NEMEDEU, obs. sous Abidjan, 7 avril 2000, Juridis Périodique, 2004, n° 60, p. 112.

J. NGUEBOU TOUKAM, « Environnement juridique et développement du secteur privé : l'exemple de l'Ohada », Rev. africaine des sciences juridiques, 2001, n° 1, p. 42.

P. NGUIHE KANTE, « Réflexions sur la notion d'entreprise en difficulté dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif » in « Les annales de la faculté des sciences juridiques et politique de l'Université de Dschang », PUA, 2001, p. 97.

A. NGWANZA, « Les MARC en Ohada », Journal africain du droit des affaires, 2011, p. 13.

S. NICINSKI, « Abus de position dominante - A propos de CA Paris, arrêt, 9 mars 2010, n° 09/07930, SNCM », AJDA, 2010, n° 22, Etude, p. 1246.

M. NOUAROS, « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », RTD. Civ. 1966, p. 216.

C. NOUEL, « La nouvelle définition de l'abus de droit », Bull. Joly sociétés, 2011, n° 5, Doctrine, p. 444.

R. M. NSANA, « La problématique d'un droit pénal des affaires Ohada », in « L'état de l'application du Droit pénal des affaires OHADA dans les Etats-Parties », Rev. de l'ERSUMA, 2012, p. 17.

L. NURIT PONTIER, « Des pactes d'actionnaires au service de la RSE ? », Recueil Dalloz 2010, n° 32, p. 2081.

L. NURIT-PONTIER, « La loyauté en droit des sociétés », Actes pratiques et ingénierie sociétaire, Doctrine, mars 2011, n° 116, p. 6.

A. ORLEAN, « L'économie de conventions, définition et résultats », in « Analyse économique des conventions », PUF, 2004, p. 9.

R. OLLARD, « L'abus de biens sociaux est-il un contrôle de gestion des entreprises ? », Dr. Pén., 2009, étude 19, n° 9, p. 24.

R. OLLARD, « Du sens de l'évolution de l'abus de confiance : la propriété, toutes les propriétés mais rien que la propriété », Droit pénal 2012, n° 4, Etude, p. 7.

M. OUDIN, « Les conflits de droits subjectifs », Revue de la recherche juridique - Droit prospectif 2007, n° 1, p. 67.

Y. PACLOT, « Le nouveau régime des rémunérations, indemnités et avantages des dirigeants des sociétés cotées », D. 2007, p. 2481.

Y. PACLOT, « La juridicité du code AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées » ; Rev. Sociétés 2011. 395.

- J. PAILLUSSEAU**, « Les fondements du droit moderne des sociétés », JCP E 1995, I, 488.
- J. PAILLUSSEAU**, « La modernisation du droit des sociétés commerciales », D. 1996, chr., p. 288.
- J. PAILLUSSEAU**, « L'efficacité des entreprises et la légitimité du pouvoir », Petites Affiches, 19 juin 1996, n° 74, pp. 157 et ss.
- J. PAILLUSSEAU**, « Le nouveau droit des affaires en Afrique », Price Waterhouse-Fidafica, 1997, p. 5.
- G. PARLEANI**, « Les pactes d'actionnaires », Rev. Sociétés, 1991, p. 1, n° 44.
- F. PELTIER**, « La convergence du droit français avec les principes de la corporate governance américaine », JCP E 1997, n° 660, p. 245.
- C. PERELMAN**, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », Archives de philosophie du droit, t. 23, 1978, p. 35.
- E. H. PERREAU**, « Origine et développement de la théorie de l'abus de droit », Revue générale du droit, 1913, p. 481.
- F. PERROTIN**, « Abus de droit et fait générateur », Petites Affiches 2012, n° 115, p. 2.
- F. PERROTIN**, « Abus de droit, le juge réduit encore la frontière entre optimisation fiscale et abus de droit », Petites Affiches 2007, n° 56, p. 3.
- J. PHILIPPE, M. TRABUCCHI**, « Droit de la concurrence », Gaz. Pal., 2011, n° 42, p. 18.
- A. PIETRANCOSTA, J.-B. POULLE**, « Le principe appliquer ou expliquer », RTDF 2009/4, p. 19.
- A. PIROVANO**, « La concurrence déloyale en droit français », Rev. int. de droit comparé, 1974, pp. 346.
- A. PIROVANO**, « La boussole de la société, intérêt social, intérêt commun, intérêt de l'entreprise ? », citant D. SCHMIDT et M. GERMAIN, D. 1977, p. 194.
- F. POLLAUD-DULIAN**, « Abus de droit et droit moral », D. 1993. I .97.
- Y. PONS, N. PONS**, « Le conflit d'intérêts, le symbole de la dérive de l'éthique », Audit et contrôle interne, 2011, Dossier, n° 204, p. 24.
- D. PORACCHIA**, « Le rôle de l'intérêt social dans la SAS », R.S., 2000, p. 223 et s.
- D. PORACCHIA**, « A propos d'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 12 mai 2004, devoir de loyauté du dirigeant », Dr. et Patrimoine, 2004, n° 131, p. 90.

- D. PORACCHIA**, « Droit des sociétés 2007, une année très dense », Dr. et patr. 2008, n° 171, p. 98.
- D. PORACCHIA, D. MARTIN**, « Regard sur l'intérêt social », Rev. Sociétés, 2012, Etude, p. 475.
- P.-G. POUGOUE**, « L'impact de l'acte uniforme de l'Ohada relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE sur le contrôle et le développement des entreprises locales », Juridis périodique, 2006, n° 66, p. 107.
- P.-G. POUGOUE, J. NGUEBOU TOUKAM, F. ANOUHAKA**, « Commentaire de l'Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », in « Ohada, Traité et actes uniformes commentés et annotés », 3^e éd., 2008, p. 413.
- P.-G. POUGOUE**, « Doctrine Ohada et Théorie juridique », Revue de l'ERSUMA, Numéro spécial, nov.-déc. 2011, p. 6.
- C. PRIETO**, « Loyauté du commerce et droit européen de la concurrence », Rev. aff. Européennes, 2011, n° 2, p. 299.
- J. PRIEUR**, « Le salarié, sujet de droit des sociétés, rapport de synthèse », Bull. Joly sociétés 2005, n° 7, p. 109.
- J. PRIEUR, S. SCHILLER, T. REVET, R. MORTIER**, « L'usufruit de droits sociaux, quelle place pour la liberté contractuelle ? », JCP N 2010, n° 23, Etude, 1221, p. 32.
- U. QUENTIN**, « De la difficulté pour le juge de caractériser l'abus de biens sociaux », JCP G 2005, I, 165.
- J.-F. QUIEVY**, « La double physionomie de l'affectio societatis », Rev. de la recherche juridique - Droit prospectif 2010, n° 2010, p. 1369.
- B. RAYNAUD**, « La prévention des conflits d'intérêts dans les sociétés par actions », JCP E 2003, 354.
- D. REBUT**, « l'intérêt personnel devient une clause de style qui est toujours caractérisée », Revue de sciences criminelles 2003, p. 797.
- D. REBUT**, « L'abus de biens sociaux par abstention », D. 2005, p. 1290.
- D. REBUT**, « Abus de biens sociaux », Rec. pénal Dalloz, 2010, n° 207, p. 27.
- Y. REINHARD**, « Arbitrage et sociétés », LPA, 15 mai 1996, n° 59, p. 10.
- Y. REINHARD**, « L'abus de droit dans le contrat de société », JCP E 1998, n° 6, p. 8.

J.-F. RENUCCI, « Infractions d'affaires et prescription de l'action publique », D. 1997, Chron. 23.

G. RIPERT, « Abus ou relativité des droits », à propos de l'ouvrage de Louis JOSSERAND, Rev. Crit., 1929, p. 33.

G. RIPERT, « L'exercice des droits et de la responsabilité civile », Rev. crit. lég. et jur., 1906, p. 366.

G. RIPERT, « l'exercice des droits et la responsabilité civile », Rev. crit. 1905, p. 352.

J.-H. ROBERT, « L'incrimination par renvoi du législateur national à des règlements communautaires futurs », Mél. LEVASSEUR, 1992, p. 169.

J.-H. ROBERT, « L'indolence équipollente à l'abstention, Action ut singuli », Droit pénal 2010, n° 3, comm. 37, p. 55.

K. RODIGUEZ, « Réflexion sur la société anonyme unipersonnelle », Bull. Joly sociétés 2006, n° 1, p. 10.

S. ROGER, « Le visage inconstitutionnel du code pénal camerounais », Revue Lex Lata, 1996, n° 26, p. 2.

E. ROSENFELD, « L'abus de biens sociaux », Droit et Patrimoine, oct. 1995, p. 29.

A. ROUAST, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », RTD. civ. 1944, spéc. n°11, p. 7.

A. C. ROUAUD, BJB 2011, n° 50, p. 94.

S. ROUSSEAU, I. TCHOTOURIAN, « L'intérêt social en droit des sociétés, regards canadiens », Rev. Sociétés 2009, p. 735.

M. ROUSILLE, « De la réticence dolosive du dirigeant en matière de cession de droits sociaux ; quand déloyauté rime avec sévérité », JCP E 2009, 1631.

M. ROUSILLE, « Responsabilité du dirigeant pour manquement à l'obligation de loyauté », JCP E 2013, n° 6, 1083.

G. ROYER, « Caractérisation et sanction d'un abus d'égalité en droit des sociétés », JCP E 2009, 1844.

G. ROYER, « Caractérisation et sanction d'un abus d'égalité en droit des sociétés », JCP E 2009, 1844.

L. SAENKO, « La notion de dissimulation en matière d'abus de biens sociaux : évolution ou dérive ? », RTD com. 2005, p. 671.

R. SALOMON, « Le particularisme de l'action civile en droit pénal des affaires », Petites Affiches 2008, n° 8, p. 9.

R. SALOMON, « L'intérêt de groupe, fait justificatif de l'abus de biens sociaux », Dr. Sociétés 2010, n° 5, comm., 103, p. 40.

T. SAMIN, S. TORK, « Retour sur le délit d'abus de confiance et le dépôt de fonds en banque », JCP G 2011, n° 45, Etude, 1226, p. 1999.

R. SAVATIER, « La théorie des obligations », Dalloz, 1974, n° 226, p. 290.

F. SAWADOGO, « Les actes uniformes de l'Ohada : aspects techniques généraux », Rev. burkinabè de droit, 2001, n° 39-40, p. 37.

F. M. SAWADOGO, « Le droit Ohada de l'arbitrage. Principes essentiels et perspectives d'application in Aspects actuels du droit des affaires ». Mélanges en l'honneur d'Y. GUYON, Paris, Dalloz, 2003, p. 963.

E. SCHAEFFER, « L'abus dans le droit de la concurrence », Gaz. Pal. 1981, doctrine 401.

J. SCHAPIRA, « L'intérêt social », RTD com. 1971. 970.

D. SCHMIDT, Rev. Sociétés, 1976, p. 483.

D. SCHMIDT, « De l'intérêt commun des associés », JCP E 1994, n° 404.

D. SCHMIDT, « Rapport de synthèse », JCP E 1996/4, Cahiers droits de l'entreprise, p. 26.

D. SCHMIDT, « Considérations des intérêts des actionnaires dans la prise de décision et le contrôle du juge », R.J. com., 1997, p. 257.

D. SCHMIDT, « Abus de majorité et de minorité, évolution ? », Bull. Joly sociétés 2007, n° 6, p. 745.

D. SCHMIDT, « Essai de systématisation des conflits d'intérêts », Recueil Dalloz 2013, n° 7, p. 446.

E. SCHOLASTIQUE, « A propos de la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, loi NRE, Arbitrage et droit des sociétés », Droit et patrimoine 2002, n° 105, p. 52.

J.-C. SCIBERRAS, « L'irrigation de l'entreprise par les nouvelles technologies de l'information et de la communication : le point de vue d'un praticien », Droit social, 2002, p. 93.

De SENTENAC, « Le praticien et les conventions de vote dans les sociétés », Petites affiches 24 oct. 1990, p. 4.

J.-B. SEUBE, « Technique contractuelle », JCP E 2012, n° 2, 1027, p. 3.

A. SOTIROPOULO, « les obligations d'information des sociétés cotées en droit communautaire », Bull. Joly bourse 2012, n° 1.

G. SOUSI, « Intérêt du groupe et intérêt social », JCP E 1975.11, p. 381.

B STARCK, « Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui », JCP. 1954, I, 1180.

G. STEFANI, G. LEVASSEUR et B. BOULOC, « Procédure pénale », Précis Dalloz 1996, n° 147.

P. STOFFEL-MUNCK, « A propos de l'arrêt de la Cour de cassation chambre commerciale du 26 nov. 2003, responsabilité précontractuelle, heureuses précisions sur la nature et la sanction de l'abus dans la rupture des pourparlers », Comm.-Com. Electronique 2004, n° 3, commentaire, 31, p. 34.

J.-P. STORCK, « La continuation d'une société par l'élimination d'un associé », Revue sociétés, 1982, p. 233.

D. SULEZ-LARTVJERE, « Droit pénal international des affaires, Mythe ou réalité », Dalloz Affaires 1998, 272.

S. SYLVESTRE, « La rémunération d'activité des dirigeants : brèves observations en faveur d'une réforme », Bull. Joly Sociétés 2008, n° 6, p. 532.

A. TADROS, « L'usufruit des droits sociaux, de la propriété démembrée à la propriété ébranlée », Petites affiches, 2009, n° 51, p. 8.

D. TAPIN, H. EPESSE, « Un nouveau droit des affaires en Afrique noire francophone », Dalloz affaire, 1998, n° 107, p. 361.

J.-M. TCHAKOUA, « L'arbitrabilité des différends dans l'espace Ohada », Penant, 2001, n° 835, p. 5.

H. TCHANTCHOU, M. AKOUETE AKUE, « L'état du droit pénal dans l'espace Ohada », Revue de l'ERSUMA, n° spécial, nov.-déc. 2011, p. 28.

I TCHOTOURIAN, « Gouvernance d'entreprise en Belgique, la nouvelle donne », Rev. internationale de droit comparé 2011, n° 2, Étude, p. 403.

- M. TELLER**, « L'information des sociétés cotées et non cotées : une évolution certaine, de nouveaux risques probables », RTD com. 2007, p. 17.
- F. TERRE**, « 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 ? », PUF, 2006, p. 191.
- F. THIERO**, « La société unipersonnelle dans le droit des sociétés de l'Ohada, une œuvre à parfaire », Ohadata, D-07-18, p. 34.
- N. THOMASSIN**, « Le bien susceptible d'abus de confiance », Dalloz, 2012, n° 15.
- P. TIGER**, « Les procédures collectives après cessation des paiements en droit harmonisé de l'Ohada », Petites affiches, 13 oct. 2004, n° 205, p. 35.
- D. TONGA**, « L'avis de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'Ohada du 30 avril, aspects généraux et fiscaux », Juridis périodique, 2005, p. 81.
- F. G. TREBULLE**, « Statut du dirigeant social, devoir de loyauté du dirigeant », Dr. sociétés 2004, p. 10.
- F. G. TREBULLE**, « Stakeholders Theory et droit des sociétés », Bull. Joly Sociétés 2006, p. 1337.
- F. G. TREBULLE**, « Entreprise et développement durable », JCP E 2007, n° 31, p. 1989.
- D. TRICOT**, « Abus de droit dans les sociétés, abus de majorité et abus de minorité », RTD com. 1994, p. 617.
- K. TSAKADI**, « Communication : Quelle place pour les MARC dans l'harmonisation du droit Ohada des contrats ? » Revue de Droit Uniforme, 2008, p. 669.
- C. TUAILLON**, « L'abus en droit des sociétés, vague concept ou vaste concept de protection », LPA, 10 mars 2004, n° 50, p. 4.
- A. TUNC**, « Les conventions relatives au droit de vote et l'organisation des sociétés anonymes », Rev. Gén. Dr. Comm. 1942, p. 97.
- A. TUNC**, « L'effacement des organes légaux de la société », D. 1952, n° 4, p. 74.
- I. URBAIN-PARLEANI**, « Les nouvelles obligations d'informations des dirigeants envers les actionnaires », Rev. Sociétés 2003, n° 2, p. 315.
- Q. URBAN**, « De la difficulté pour le juge de caractériser l'abus de biens sociaux », JCP G 2005, I, 165.
- J. VANDERLENDEN**, « Les systèmes juridiques africains », PUF, 1983.

- A. VEZINET**, « La position des juges sur l'intérêt social », Dr. et Patrimoine, avr. 1997, p. 50.
- A. VIANDIER**, « Les opérations financières au sein des groupes de sociétés », JCP E 1985, II, n°14447, p. 177.
- A. VIANDIER**, « Observations sur les conventions de vote », JCP E 1986.15405.
- G. J. VIRASSAMY**, « Les limites à l'information sur les affaires d'une entreprise », RTD com., 1988, n° 12, p. 189.
- G. WICKER**, « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno OPPETIT », Mél. Oppetit, Litec, 2009.
- D. WILLERMAIN**, « Les pactes d'actionnaires : principes fondamentaux-clauses relatives à l'exercice du pouvoir », DAOR, 1995, n° 53, p. 22.
- P. DE WOLF**, « Conventions de vote et fonctionnement de la société », Journal des tribunaux, Larcier, sept. 2003.
- S. XERRI-HANOTE**, « Du devoir des administrateurs de société anonyme », La Tribune de l'assurance 2012, n° 165, cah. jurispr., p. 36.
- E. K. YAO**, « Uniformisation et droit pénal : esquisse d'un droit des affaires pénales en droit Ohada », Rev. Penant 2011, n° 876, p. 301.

V - NOTES, AVIS, DECISIONS ET COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE

- Cass. com., 18 avril 1961, JCP G 1961, II, 12164, note D. BASTIAN.
- CA Douai, 24 mai 1962, JCP 1962, II, 12871, D. BASTIAN.
- Cass. 1^{ère} civ., 20 janv. 1964.
- Cass. com., 11 février 1964, Bull. civ. III, n° 67.
- CA Paris, 22 mai 1965, JCP 1965, II, 14274, note NEPVEU.
- Cass. crim., 8 mars 1967, n° 93-757.65.
- Cass. com., 11 oct. 1967, D. 1968, p. 136.
- Cass. crim., 24 mars 1969, n° 67-12.976, Bull. crim., n° 130.
- Cass. crim., 16 mars 1970, JCP 1971, I, n°16813, note B. BOULOC.
- Cass. crim., 8 déc. 1971, Bull. crim., n° 346.

Cass. com., 10 janv. 1972, JCP 1972, II, 17134.

CA Rennes, 22 mai 1973, Gaz. Pal. 1973, 2, 700, note PEISSE.

Cass. crim., 14 nov. 1973, n° 72-93.925, Bull. crim., n° 415.

Cass. crim., 14 févr. 1974, D. 1974 somm. 2.

Cass. com., 25 févr. 1974, n° 73-10.103; Bull. civ. IV, n° 69.

CA Paris, 1^{er} août 1974, Rev. sociétés 1974, p. 685, note B. OPPETIT.

Cass. 2^e civ., 12 juill. 1976, Bull. civ. II, n° 251.

TGI Paris, 11^e ch., 6 déc. 1977.

Cass. crim., 28 nov. 1977, Bull. crim. n° 372.

Cass. 3^e civ., 17 janv. 1978, Bull. civ. III 1978, n° 41.

Cass. crim., 3 nov. 1980, n° 80-90.362.

Cass. com., 30 mai 1980, n° 78-13.836, Bull. civ. IV, n° 223.

TGI Mulhouse, 25 mars 1983, D. 1984, jur., p. 285, note C. DUCOULOUX -FAVARD.

Cass. crim., 3 nov. 1983, n° 82-92.735.

CA Lyon, 20 déc., 1984, D. 1986, p. 506, note Y. REINHARD.

Cass. crim., 4 févr. 1985, n° 84-91.581, Bull. crim., n° 54.

Cass. com., 23 juillet 1985, Bull. Joly 1985.

Cass. crim., 1^{er} févr. 1988, n° 86-95.678, Bull. crim., n°47, p. 120.

T. Com Créteil, 13 avr. 1988, Bull. Joly 1988. 592.

Cass. com., 4 oct. 1988, Rev. sociétés 1989, p. 216, note Y. CHAPUT.

Cass. com., 14 févr. 1989, n° 84-13.719, Bull. civ. IV, n° 66.

CA Versailles 19 déc. 1989, Bull. Joly 1990. 183, note P. Le CANNU.

Cass. com., 15 mai 1990, n° 88-19.232, Bull. civ. IV, n° 148.

CA Paris, 1^{ère} ch. civ., 7 juin 1990, Bull. Joly Sociétés 1990, p. 760, note P. Le CANNU.

CA Paris, 26 juin 1990, JCP E1990, II, n°15915, note M. GERMAIN.

T. com., Paris, 12 février 1991, Bull. Joly 1991, n° 209, p. 592, note M. JEANTIN.

CA Paris, 12 févr. 1991, Bull. Joly 1991, p. 410, note P. Le CANNU.

Cass. com., 14 janv. 1992, n° 90-13.055, Bull. civ. IV, n° 19, Rev. sociétés 1992, p. 44, note P. MERLE.

Cass. crim., 3 févr. 1992, Bull. Joly 1992. 745.

Cass. com., 15 juil. 1992, n° 90-21.161, Bull. Joly Sociétés 1992, p. 1096, note A. COURET.

Cass. 1^{ère} civ., 17 mars 1992, D. 1992, somm., p. 401, obs. PH. DELEBECQUE.

Cass. com., 9 mars 1993, JCP. E 1993, II, 448, note A. VIANDIER.

Cass. crim., 11 mars 1993, n° 90-84.931, Bull. crim. 1993, n° 112, p. 270.

CA Paris, 25 mai 1993, Bull. Joly Sociétés 1993, p. 852, note P. Le CANNU.

Cass. crim. 14 juin 1993, Bull. crim. n° 208, note B. SAINTOURENS.

Cass. com., 4 janv. 1994, JCP E 1994, I, 363, n° 4, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN.

Cass. 1^{ère} civ., 18 mai 1994, no 93-15.771, Bull. Joly Sociétés 1994, p. 841, note PRIETO.

Cass. com., 24 janv. 1995, n° 93-13.273, Bull. civ. IV, n° 27.

CA Toulouse, 13 mars 1995, Bull. Joly Sociétés 1995, p. 401, note P. Le CANNU.

Cass. crim., 27 juin 1995, Rev. Sociale 1995. p. 746, note B. BOULOC.

CA Paris, 30 juin 1995, JCP E 1996, II, n° 795, note J.-J. DAIGRE.

Cass crim., 11 janvier 1996, Bull. crim., n° 21.

Cass com., 9 avr. 1996, Bull. Joly 1996, n° 240, p. 674, D. VIDAL.

Cass. com., 27 févr. 1996, Bull. Joly 1996, note A. COURET.

Cass. com., 4 juin 1996, Bull. Joly 1996, note A. COURET.

T.R.H.C Dakar, ord. réf. n° 939 du 16 septembre 1996, Aduo KOUAME c / Sadibou NDIAYE es qualité et sté Abdoulatat shiping company.

Cass. com., 21 janvier 1997, n° 94-18883, Bull. IV 1997, n° 26, p. 24.

CA Paris, 24 janv.1997, RJDA 1997, somm., n° 517.

Cass. crim., 6 févr. 1997, n° 96-80.615, Bull. crim., n° 48.

Cass. crim., 20 mars 1997, n° 96-81.361, JCP E 1997, II, n° 1033, note J.H. ROBERT.

Tribunal régional de Thiès, Ordonnance de référé, 28 mars 1998, Aff. Saliou MANGANE c/ Oumou KANTOM et Idrissa DOUCOURE.

Cass. com., 27 mai 1997, Bull. civ. 1997, IV, n° 159.

TRHC Dakar, 30 oct. 1997, Maymouna Fall et Ahmet BA c/ François LISSOUK.

Cass. com., 24 févr. 1998, Bull. Joly 1998. 813, note B. PETIT.

Cass. crim. 26 févr. 1998, Rev. sociétés 1998. 604, note B. BOULOC.

CA Paris, 1^{ère} ch., 28 sept. 1998, n° 01/950.

Cass. com., 9 février 1999, arrêt Château d'Yquem, JCP E 1999, 724, note Y. GUYON.

CA Littoral, Arrêt n° 38/Réf. du 10 févr. 1999, note Y. KALIEU.

TGI Ouagadougou, n° 192, 24 févr.1999, Ohadata J-04-178.

TGI Ouagadougou, n° 303, 14 avril 1999, Ohadata J-02-47, obs. J. ISSA SAYEGH.

CA Toulouse, 10 juin 1999, JCP E 2000, II, 10372, note J.-J. DAIGRE.

Tribunal hors classe de Dakar, ordonnance de référé, n° 901 du 9 août 1999, aff. Hassane Yacine c/ Société Nattes Industries, Ibrahima Yazback et autres, Ohadata J-02-198.

Cass. crim., 15 sept. 1999, n° 5178, RJDA 1/00, n° 35.

Cass. crim. 13 oct. 1999, Bull. Joly 2000, p. 182, n° 34, J.-F. BARBIERI.

Cass. com., 20 oct. 1999, JCP E 1999, p. 30, note A. VIANDIER.

Arrêt n 178/99 de la Cour d'Appel de Cotonou rendu le 30/09/1999, Ohadata J-06-93.

CA Paris, 14^e ch. A, 27 oct. 1999, SARL Ateliers techniques graphiques c/Marin, Bull. Joly Sociétés 2000, p. 336, note B. SAINTOURENS.

Cass. crim., 27 oct. 1999, n° 98-85.651, JCP E 2000, p. 1045, note J.-H. ROBERT.

TC Bamako, n° 281, 3 nov. 1999, Ohadata J-02-41.

TGI de Ouagadougou, jugement du 10 janvier 2000, Revue burkinabé de droit, n° 42, 2^e semestre 2002, Ohadata J-05-225.

CA Abidjan, n° 258, 25 févr. 2000, Affaire Société Négoce Afrique Côte d'Ivoire dite NACI - SA c/ Sté WIN SARL, Ohadata J-02-132.

Cass. crim., 1er mars 2000, D. aff. 2000, p. 214.

Avis CCJA n° 02/2000/EP, 26 avr. 2000, « Recueil de jurisprudence de la CCJA », janv. 2003, p. 73, Ohadata J-02-03.

Cass. com., 7 juin 2000, n° 99-84.487.

Arrêt n° 256/2000 de la Cour d'Appel de Cotonou rendu le 17/08/2000, Ohadata J-06-101.

Cass crim., 6 sept. 2000, n° 00-80.989, Bull. Joly Sociétés 2001, p. 17, note C. ROCA.

Cass. crim., 4 oct. 2000, n° 99-87.250.

Cass. crim. 13 déc. 2000, n° 99-82.875, Bull. Joly 2001. 386, note J.-F. BARBIERI.

Cass. crim., 14 déc. 2000, Bull. Joly 2001, p. 488, note P. Le CANNU.

CA Abidjan, chambre civile et commerciale, 5^{ème} Chambre A, arrêt n°10 du 02 janv. 2001, Aff. Polyclinique Avicenne c/ Bassit Assad.

TGI Ouagadougou n° 215, 21 février 2001, Ohadata J-04-01.

CA Abidjan, n° 80, 10 avril 2001, Ohadata J-02-96.

Ordonnance de référé n° 70 du 23 avril 2001, Ohadata J-02-35.

C. Sup., Ch. Jud., Côte d'Ivoire, arrêt n°230 du 12 avril 2001, Aff. MACACI c/ May J.-P., Ecodroit n° 12, juin 2002, p. 58.

CA Versailles 7 juin 2001, Bull. Joly sociétés 2002, n° 21, p. 115, A. CONSTANTIN.

Cass. crim., 27 juin 2001, n°00-87.414, Bull. crim. n° 164 p. 541.

CA Abidjan, n° 1048, 10 juil. 2001, Ohadata J-02-173.

Cour Suprême du Niger, arrêt n° 04-158/C du 16 août 2001, Snar Leyma c/ Groupe Hima Souley, Ohadata J-02-28.

TRHC Dakar, 27 août 2001 : Ministère public et Sté TOUTELECTRIC c/ Pape Aly GUEYE, Ohadata-J-03-101.

Cass. crim., 12 sept. 2001, Bull. Joly 2002, n° 3, p. 35.

Cass. com., 12 févr. 2002, n° 00-11.602, Dr. et patr. 2002, n 104, p. 94.

Cour suprême de Côte d'Ivoire, Chambre Judiciaire, arrêt n°228/02 du 14 mars 2002, Aff. Société des conserves de Côte d'Ivoire c/ SOGEF.

Cass. crim., 27 mars 2002, n° 1869 : RJDA 10/02, n° 1037.

Cass. crim. 10 avr. 2002, Bull. crim. 2002, n° 85, Rev. sociétés 2002, p. 566, B. BOULOC.

CA Paris, 14^e ch. A, 20 mars 2002, Camet c/Sté Marché Biron, RJDA 2002, n° 769.

Cass. com., 18 juin 2002, Bull. IV 2002, n° 108.

TRHC de Dakar, jugement n° 3199 du 09 juillet 2002.

CA Abidjan, arrêt n°1032 du 30 juillet 2002, Aff. SCI Les tisserins contre Dame COSTE, Ohadata J-03-28.

Tribunal Régional de Niamey, ordonnance de référé n° 245 du 22 oct. 2002, Aff. A. HAMMOUD c/ J. C. Lacour et E. Dorothée.

TRHC de Dakar, ordonnance de référé, n°1671 du 23 déc. 2002, Aff. A. NDIAYE c/ N. LO, Ohadata J-03-186.

TRHC Dakar, ord. n° 1729, 31 déc. 2002, Ohadata J-03-18.

TR Niamey, ord. n° 296, 31 déc. 2002, Ohadata J-04-79.

Cass. crim., 22 jan. 2003, n° 02-82.152.

TGI Banfora, 31 janv. 2003, n° 2, Ohadata J-04-51.

Tribunal Régional de Niamey, Jugement civil n° 96 du 26 mars 2003, Ohadata, J-04-78.

TRHC Dakar, n° 583, 28 avril 2003, Ohadata J-05-124.

Cass. crim., 14 mai 2003, n° 2610, RJDA 3/04, n° 322.

Cass. com., 3 juin 2003, n° 99-18.707, Bull. civ. IV, n° 92.

Arrêt n° 010/2003, 19 juin 2003, Monsieur D. G. et Madame D. J. c/ société SOTACS.

Cass. com., 1^{er} juil. 2003, n° 99-19.328, Bull. Joly Sociétés 2003, p. 1137, note A. CONSTANTIN.

Cass. 3^e civ., 9 juill. 2003, JCP E 2003, 1371.

TGI Ouagadougou, n° 389, 17 sept. 2003 : Requête de la Société sahel compagnie (SOSACO) aux fins de liquidation des biens, Ohadata J-05-218.

Cass. com., 14^e ch., 12 nov. 2003, « Dumeylet c/ SA Sté Dallages Industriels Brunet », note sous Paris, 14^e ch. A, 26 mars 2003, RTD com 2004, n° 6, p. 314, C. CHAMPAUD et D. DANET

Cass. crim., 3 déc. 2003, n° 02-84.003.

CA Aix-en-Provence 5 déc. 2003, Bull. Joly, 2004, p. 1077, note A. CERATI-GAUTHIER.

CA Abidjan, 5^e ch., n° 28, 13 janv. 2004, Ohadata, J-06-24.

Cass. crim., 28 janv. 2004, n° 02-88.094, Bull. Joly 2004, p. 861, note J.-F. BARBIERI.

TGI Ouagadougou, n° 45, 18 févr. 2004 : KABORE Henriette (BTM), BATEC-SARL & Entreprise DAR-ES-Salam c/ SOSACO.

Arrêt n° 376 de la Cour d'appel d'Abidjan rendu le 02/03/2004, Ohadata J-04-489.

Cass. crim., 10 mars 2004, n° 1445, RJDA 7/04, n° 841.

Cass. com., 12 mars 2004, Rev. sociétés 2005, p. 140, note L. GODON.

Cass. crim., 31 mars 2004, n° 03-16.694, Bull. civ. IV, n° 70.

TRHC Dakar, n° 85, 9 avril 2004, Ohadata J-06-167.

Cass. crim., 30 juin 2004, n° 03-87.427, Dr. pén. 2004, comm. 147, note J.-H. ROBERT.

Cass. crim., 22 septembre 2004, n° 03-82.266, Rev. sociétés 2005, p. 200, note B. BOULOC.

Cass. crim., 4 nov. 2004, n° 6236, RJDA 5/05, n° 577.

Cass. 1^{ère} civ., 25 janv. 2005, n° 01-10.395, Bull. civ. I, n° 49.

Cass. crim., 9 févr. 2005, n° 04-81.776, Bull. crim., n° 47.

CA Versailles, 12^e ch., 24 févr. 2005, SAS Cril Technology c/Boudineau, RJDA 2005, n 719.

Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement n° 142 du 27 mai 2005, Ohadata J-06-174.

CA Nîmes, 7 juin 2005, n° 04/01734.

Cass. com., 12 juillet 2005, n° 03-14.045, Bull. 2005 IV, n° 174.

Cass. crim., 21 sept. 2005, n° 5028, RJDA 12/05, n° 1358.

Cass. com. 27 sept. 2005, n° 04-12168, n° 1138, RJDA, 12/05, n° 1359.

Cass. com., 11 oct. 2005, 6 déc. 2005, 17 janv. 2006 et 14 févr. 2006, RTD com., 2006, p. 570, note sous A. CERATI-GAUTHIER.

Cass. crim., 16 nov. 2005, JCP E 2006, 2161, P. CONTE.

Cass. com., 8 nov. 2005, n° 03-19.679, Bull. Joly Sociétés 2006, p 502, note J.-J. DAIGRE.

Cass. 1^{ère} civ., 4 févr. 2006, JCP E 2006, n° 2441, p. 1694, note F.-X. LUCAS.

Cass. crim., 8 févr. 2006, n° 05-80.702.

Cass. com., 28 févr. 2006, n° 04-17566, Dr. sociétés 2006, comm., 75, H. HOVASSE.

Cass. crim., 8 mars 2006, n° 05-82.865, Bull. Joly Sociétés 2006, p. 1048, note P. SCHOLER.

CA Paris, 3^e ch., 28 avr. 2006, Nieto c/ LMN, RJDA 2006, n 1030.

CA Nîmes, 29 juin 2006, n° 04/01861.

Cass. civ., 25 oct. 2006, n° 05-15.393, D. 2007, p. 2792, obs. A. LIENHARD.

Cass. crim., 31 janv. 2007, n° 02-85.089, Bull. crim., n° 28.

Cass. com., 6 févr. 2007, n° 05-19.008, Bull. Joly Sociétés 2007, n° 187, note P. SCHOLER.

Cass. 3^e civ., 14 févr. 2007, n° 06-10.318, JCP E 2007, n° 1662.

Cass. com., 20 févr. 2007, n° 05-19.465, Bull. Joly Sociétés 2007, p. 749, note J.-C. HALLOUIN.

Cass. com, 20 mars 2007, n° 05-19.225, Bull. civ. IV, n° 97.

CA Aix en Provence, 23 mars 2007, RLDA juin 2007, n° 980, p. 14, note A. CERATI-GAUTHIER.

Cass. crim. 27 avr. 2007, Bull. Joly sociétés 2000, p. 1062.

Cass. com. 3 mai 2007, n° 05-18.486, Bull. civ. III, n° 70.

Cass. crim., 10 mai 2007, n° 06-86.173.

Cass. com., 15 mai 2007, n° 06-14262, Bull. Joly sociétés 2007, 298, p. 1093, note N. MATHEY.

CA Montpellier, 22 mai 2007, n° 06/03771.

Cass. crim., 23 mai 2007, n° 06-84.113.

CA Pau, 1^{ère} ch., 9 juil. 2007, n° 07-02.638.

Arrêt n° 028/2007, 19 juil. 2007, société Sahel Nestlé c/ société commerciale d'importation Azarer Salamé dite SCIMAS.

Cass. com., 25 sept. 2007, n° 06-20.320, RLDA 2007/21, n° 1261.

Cass. crim., 17 oct. 2007, n° 07-81.038.

Cass. com., 23 oct. 2007, n° 06-16.537, Bull. civ. IV, n° 225.

Cass. 1^{ère} civ., 14 nov. 2007, n° 06-21.629.

CA Paris, 3^e ch. A, 4 déc. 2007, SA Mongoual c/SAS Montaigne Jean Goujon, RJDA 2008, n° 422.

CA Rennes, 11 déc. 2007, n° 06-04.140.

Cass. crim., 6 févr. 2008, n° 07-83.740.

Cass. com., 11 mars 2008, Rev. Sociétés, 2008, p. 355, note J.-F. BARBIERI.

Cass. crim., 2 avr. 2008, n° 07-85.065.

Cass. com. 6 mai 2008, D. 2008. 2113, B. DONDERO.

Cass. com., 17 juin 2008, n° 06-15.545, Bull. civ. IV, n° 125.

CCJA, arrêt n° 034/2008/PC, 03 juillet 2008.

Arrêt 044/2008, 17 juil. 2008, société africaine de relations commerciales et industrielles dite SARCI sarl c/ Atlantique Telecom SA et Telecel SA.

CA Angers, 11 septembre 2008, n° 07-01.956.

CA Colmar, civ. 1^{ère}, 16 sept. 2008, n° 04-05.395.

Cass. crim., 24 sept. 2008, n° 08-80.113, Dr. pén. 2008, comm. 139, obs. M. VERON.

Cass. com., 2 déc. 2008, n° 08-13.185, Bull. Joly sociétés 2009, 26, p. 1116.

CJCE, 22 déc. 2008, aff. C-48/07, Dr. Fiscal 2009, n° 12-13, comm. 254.

Cass. civ., 14 janv. 2009, n° 07-20.813, Bull. Joly Sociétés 2009, p. 560, note D. GALLOIS-COCHET.

Cass. crim., 14 janv. 2009, n° 08-80.584, Bull. Joly Sociétés 2009, p. 504, note H. MATSOPOULO.

CA Orléans, 19 févr. 2009, n° RG : 08/02457.

Cass. crim., 25 févr. 2009, n° 08-80.314, Bull. Joly Sociétés 2009, p. 792, note E. DEZEUZE.

Cass. com., 17 mars 2009, n° 08-11.268, Bull. Joly Sociétés 2009, p. 847, note B. SAINTOURENS.

Cass. crim., 25 mars 2009, n° 08-84.847, Dr. Sociétés 2009, comm. 147, note R. SALOMON.

Cass. com., 31 mars 2009, n° 08-11.860, Bull. Joly Sociétés 2009, p. 660, note P. Le CANNU.

CA Lyon 2 avr. 2009, JCP E 2010, 1122, R. BESNARD-GOUDET.

CA Versailles, 12^e chr., 30 avr. 2009, n° 07/07092.

Cass. com., 5 mai 2009, n° 08-17.831, Bull. civ. IV, n° 65.

CA Pau, 26 mai 2009, n° 07/04252.

Cass. soc. 8 juill. 2009, n° 08-41.589, JCP E 2009, 2034, Y. PACLOT.

Cass. com., 15 sept. 2009, n° 08- 11.627, Bull. Joly Sociétés 2009, p. 1017.

CA Lyon, civ. 3^{ème}, 17 sept. 2009, n° 08-03.948.

Cass. com., 29 sept. 2009, n° 08-19.937, Bull. civ. IV, n° 18.

Cass. crim., 4 novembre 2009, n° 09-80.818, Bull. Joly Sociétés 2010, p. 498, note F.-X. LUCAS.

Cass. com., 10 nov. 2009, n° 05-15.809, Bull. Joly Sociétés 2010, p. 124, note D. SCHMIDT.

Cass. com. 10 nov. 2009, n° 08-19.356, Dr. sociétés janv. 2010, comm. 8, obs. H. HOVASSE.

Cass. ch. sociale, 8 déc 2009, affaire Société Dassault systèmes.

Cass. civ., 16 déc. 2009, n° 09-10.209, Bull. civ. III, 2009, n° 287.

Cass. crim., 27 janv. 2010, n° 09-80.760.

Cass. crim. 10 févr. 2010, JCP E 2010, n° 1392, note R. SALOMON.

Cass. com., 18 mai. 2010, n° 09-14.838, RTD com. 2010, n° 7, p. 738.

Cass. crim., 19 mai 2010, n° 09-83.685.

Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-21.547, Bull. civ. IV, n° 48.

CA Bordeaux, 30 mars 2010, n° 08-01.381.

Cass. crim. 8 avril 2010, n° 11-2010, BRDA, p. 4.

Cass. crim., 8 avril 2010, n° 09-85.520, Bull. crim., n° 62.

CA Douai, 1^{re} ch., 24 avr. 2010, Dubly c/SCA Valma, Dr. sociétés 2011, comm. 10, obs. M. ROUSSILLE.

Cass. com., 4 mai 2010, n 09-13.205, Bull. civ. IV, n 84.

Cass. com. 18 mai 2010, n° 09-14.838, RTD com. 2010, p. 738, n° 7.

CA Douai, 27 mai 2010, n° 09-04.730.

Cass. 1^{ère} civ., 3 juin 2010, n° 09-65.995, Bull. civ. IV, n° 125.

Cass. com., 15 juin 2010, n° 09-10.961.

CA Nancy, 2^e ch., 23 juin 2010, n° 10-01.330.

Cass. crim., 4 nov. 2010, n° 09-87.902.

Cass. com. 7 déc. 2010, n° 09-17.351, Bull. 2010, IV, n° 194.

CA Montpellier, 2e ch., 4 janv. 2011, n° 10-3348.

CA Orléans, 20 janv. 2011, n° 10-01.481.

Cass. com., 8 févr. 2011, n° 10-11.788, Bull. Joly sociétés 2011. 288, note F.-X. LUCAS.

Cass. 3^e civ., 16 mars 2011, n° 10-15.459, Bull. civ. III, n° 42, Bull. Joly Sociétés 2011, p. 471, note F.-X. LUCAS.

CA Nîmes, 2^e ch., 17 mars 2011, n° 09-05.010.

CA Toulouse, 2^{ème} ch., 6 avr. 2011, n° 09-01.095.

Cass. crim., 6 avril 2011, n° 10-85.457.

Cass. com., 27 avril 2011, n° 10-17.778, JCP E 2011, n° 1384.

Cass. com., 10 mai 2011, n° 10-16.323, Rev. sociétés 2011, p. 566, note B. SAINTOURENS.

CA Versailles, 9^e ch., 19 mai 2011, n° 10/01523, Rev. sociétés 2012. 99, note P. Le CANNU.

CA Paris, pôle 5, ch. 8, 24 mai 2011, n° 10-09.266.

Cass. com., 31 mai 2011, n° 09-13.975, 09-16.522 et 09-67661, A. COURET et B. DONDERO.

CA Agen, 4 juill. 2011, n° 10/00713, Bull. Joly Sociétés 2012, p. 43, note F.-X. LUCAS.

Cass. com., 4 oct. 2011, n° 10-23.398, Bull. civ. IV, n° 150, Bull. Joly Sociétés 2011, p. 968, note B. DONDERO.

CA Pau, Ch. 1^{ère}, 4 oct. 2011, n° 10/04758.

CA Paris, 18 octobre 2011, n° 10-25.083.

CA Aix-en-Provence, 8^{ème} ch. A, 20 oct. 2011, n° 09-08.665.

CA Pau, 2^e ch., 27 oct. 2011, n° 10-02.276.

Cass. com., 15 nov. 2011, n° 10-15.049, D. 2011, p. 2865, JCP E 2011, n° 1893, note A. COURET et B. DONDERO.

CA Aix-en Provence, 24 nov. 2011, n° 11/00728
Cass. com., 10 janv. 2012, n° 10-28.067.
CA Aix-en Provence, 8ème ch., 26 janv. 2012, n° 11-04.959.
Cass. crim., 8 févr. 2012, n° 11-81.922.
CA Caen, 20 fevr. 2012, n° 10/01024.
Cass. com., 21 févr. 2012, n° 11-18.608.
Cass. crim., 7 mars 2012, n° 11-82.877.
Cass. crim., 21 mars 2012, n° 11-82.378.
CA Versailles, 26 mars 2012, n° 10-04.959.
CA Basse-Terre, Civ. 1^{ère}, 26 mars 2012, n° 09/01.835.
Cass. crim., 4 avr. 2012, n° 11-83.402.
CA Paris, 5^e ch., 11 avr. 2012, n° 11-12.550.
Cass. crim., 3 mai 2012, n° 11-81.175.
CA Aix-en-Provence, 10 mai 2012, n° 10-20.257.
Cass. crim., 16 mai 2012, n° 11-83.299.
Cass. crim., 16 mai 2012, n° 11-85.150, AJ pénal 2012, sept.-oct., note B. BOULOC.
Cass. com., 12 juin 2012, n° 11-14.724.
CA Paris, 6^e ch., 21 juin 2012, n° 08-00.715.
CA Paris, 28 juin 2012, n° 11-03.933.
CA Nîmes, ch soc., 10 juillet 2012, n° RG: 10/05595.
CA Grenoble, ch. Sociale, 11 juil. 2012, n° 11-03151.
Cass. 3^e civ., 19 sept. 2012, n° 11-21.631 ; Rev. sociétés 2008, p. 826, note J.-F. BARBIERI.
CA Versailles, 1^{ère} ch., 22 sept. 2011, n° 09-08.248.
Cass. crim. 21 nov. 2012, n° 11-85.867.
Cass. com., 16 mai 2012, n° 11-83.299.
Cass. soc., 23 octobre 2012, n° 11-24.609.
Cass. com., 18 déc. 2012, n° 11-24.305, D. 2013. 288, note T. FAVARIO.

VI - SITES INTERNET

F. HAYEK, « L'utilisation de l'information dans les sociétés », www.liberpedia.org.

Y. B. MEUKE, « De l'intérêt social dans l'AUSC de l'Ohada », www.juriscope.org.

A. B. MAMATA TOURE, « La fonction normative de l'ordre public au péril de la responsabilité sociale du chef d'entreprise Malien », www.rirsa.org.

F. SERRES, « Responsabilité sociale des entreprises : l'entreprise entre développement durable et droit au développement ou comment sortir de l'éthique en toc », juil. 2011, in [www. Droits-libertes.org](http://www.Droits-libertes.org).

INDEX ALPHABETIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

-A-

Abus,

De biens sociaux : 12, 14, 51, 107, 184, **189 et s.**, 195, 198, **201 et s.**, 221, 225, 232, 235, 237, 294, 311, 359, 406, 408, 409, **411 et s.**, 430, 432 et s., 442, 444, 447, 451, 480, 485, **488 et s.**, 499, **501 et s.**, 505, 529, 534.

De majorité : 14, 51, 94, 98, 101, 107, 123, 136, 138, 139, **144 et s.**, 149, 152, 156, 158, 159, **162 et s.**, 167, 178, 185, 186, 239, 291, 331, 336, 353, 361, **380 et s.**, 386, 389, 390, 391, 398, 400, 403.

De minorité : 14, 91, 101, 144, 146, **165 et s.**, 185, 239, 291, 361, 391, 392, 398, 402, 403, 404.

D'égalité : 174, 175, 176, 404.

Action,

Individuelle : 442, 446.

Sociale *ut singuli* : 441, 442.

Sociale *ut universi* : 441, 445, 446.

Actionnaires,

Dividendes : 78, 86, 152, 156, 160, 161, 162, 189, 224, 361, 387, 477.

Information : 173, 241, 274, 300, 306, **317 et s.**, 325, 456, 458, 460, 463, 471, 472, 473.

Administration provisoire : 297, 338, **341 et s.**, 352, 353.

Affectio societatis : 20, 49, 75, **88 et s.**, 92, 145, 153, 345, 390, 398, 403, 403, 449.

Alerte,

Actionnaires : 303, 304, 369, 480, 485.

Commissaires aux comptes : 302, 305, 309, 313, 315, 315, 480, 485.

Dans la SA : 304, 314.

Dans la SARL : 304, 314.

Arbitrage,

Acte uniforme : 354, 358, 364, 508, 509, 533.

Arbitrabilité : 357, 360.

Convention d'arbitrage : 355, 357, 358, 359, 362, 363, 365, 366.

Associés,

Alerte : (Voir alerte).

Droits politiques : 76, 123, 170, 172, 300.

Droits financiers : 79, 80, 85, 123.

Epoux mariés : 79, 162, 425.

Expertise de gestion : (Voir expertise de gestion).

Indivision : 76, 77, 138.

Nu-proprétaire : 78, 81, 84.

Usufruitier : 78, 81, 82.

Augmentation de capital : 144, 146, 152, 167, 170, 173, 179, 182, 402.

-B-

Bénéfice : 78, 81, 83, 85, 86, 112, 152, 156, 160, 162, 163, 233, 269, 387, 400.

-C-

Commissaire aux comptes,

Alerte : (Voir alerte).

Conventions réglementées : 256, 259, 263, 267.

Responsabilité : 315.

Coup d'accordéon : 152.

-D-

Devoir de loyauté : 60, 67, 69, 70, 71, 73, 88, 145, 377, 406.

Dirigeant,

Définition : 62, 63.

Responsabilité : 315, 395, 405, 421, 422.

Civile : 441, 442, 445, 446.

Pénale : 431, 435, 436.

Dissolution,

Anticipée : 385.

Judiciaire : 398, 401, 403.

-E-

Expertise de gestion,

Actes de gestion (Opérations) : 324, 326, 327, 331, 337, 484.

Associés : **321 et s.**, 480, 481.

Conditions de mise en œuvre : 482.

Expert,

Procédure de nomination : 333.

Missions : 335, 433.

Expertise in futurum : 336.

-F-

Fusion : 82, 170, 253, 361.

-G-

Groupe de sociétés : 142, 227, 368.

-I-

Indivision : (Voir associés)

Intérêt,

Intérêt commun : 10, 42, 43, 75, 89, 90, 105, 106, 109, 114, 116, 131, 141, 148, 151, 152, 153, 160, 182, 186, 387, 391, 527.

Intérêt de l'entreprise : 103, 105, 108, 109, 115, 116, 166, 170, 194, 347, 387, 421.

Intérêt social : 11, 43, 49, 51, 55, 59, 69, 75, 82, 90, 101, 103, **105 et s.**, 114, 115, 116, **118 et s.**, 131, 146.

-J-

Justes motifs : 385, 389.

-L-

Liberté contractuelle : 273, 275, 356.

Loyauté : (Voir devoir de loyauté)

-M-

Mandataire *ad hoc* : 176, 350, 397.

Minorité de blocage : 170, 174, 179, 345, 395.

-N-

Nullités : 261, 262, 263, 290, 364, 382, 383, 403.

Nu-propriétaire : (Voir associés)

-P-

Principe d'égalité : 156, 371.

-Q-

Qualité d'associé : 75 et s., 159, 185, 227, 366, 387, 442.

-R-

Rapport de gestion : 189.

Retrait de l'associé : 389, 390, 401.

-T-

Transparence : 105, 112, 244, 250, 298, 317, 320, 321, 325, 336, 453 et s., 458, 468, 470, 478, 480, 488, 534.

-U-

Usufruitier : (Voir associés)

TABLE ANALYTIQUE

(Les nombres renvoient aux pages)

INTRODUCTION GENERALE	12
TITRE I.....	30
DETERMINATION DE L'ABUS DANS L'ACTE UNIFORME RELATIF AU DROIT DES SOCIETES COMMERCIALES ET DU GROUPEMENT D'INTERET ECONOMIQUE	30
<i>Chapitre I</i>	<i>32</i>
<i>Le concept d'abus dans l'acte uniforme.....</i>	<i>32</i>
<i>Section I.....</i>	<i>34</i>
<i>Les fondements de la constatation de l'abus de droit : les critères d'identification classiques de l'abus dans l'AUSCGIE</i>	<i>34</i>
§ 1. LES CRITERES FONDAMENTAUX DE L'ABUS DE DROIT	35
A. L'intention de nuire	36
B. Le motif légitime, le détournement de la finalité du droit	38
§ 2. LES CRITERES COMPLEMENTAIRES	40
A. La faute génératrice de responsabilité civile	40
1. LA REPARATION DU DOMMAGE CAUSE	40
2. LES AUTRES SANCTIONS RELATIVES	43
B. L'immoralité du droit	44
C. La résolution du but économique et social	45
<i>Section 2.....</i>	<i>46</i>
<i>Le conflit d'intérêt ou le critère d'identification le plus approprié de l'abus de droit dans l'AUSCGIE</i>	<i>46</i>
§ 1. LA NOTION DE CONFLIT D'INTERETS	47
A. La stigmatisation de l'intérêt personnel au regard de l'intérêt supérieur	47
B. La contrariété entre les deux types d'intérêts	50
§ 2. L'APPROCHE DU DROIT DES SOCIETES OHADA SUR LES CONFLITS D'INTERETS	51
A. Construction de la notion de conflit d'intérêts.....	52
B. Du conflit d'intérêts aux abus dans la société Ohada	54
Conclusion chapitre I	57
<i>Chapitre II.....</i>	<i>60</i>
<i>L'abus : un concept à préciser dans l'acte uniforme</i>	<i>60</i>
<i>Section I.....</i>	<i>62</i>
<i>L'encadrement juridique de l'abus dans l'AUSCGIE</i>	<i>62</i>
§ 1. LE MANQUEMENT AU DEVOIR DE LOYAUTE DES DIRIGEANTS SOCIAUX	63
A. La notion de dirigeant.....	64
1. LA QUALITE DE DIRIGEANT.....	65
2. LE CAS DE L'ASSOCIE UNIQUE.....	67
B. L'obligation de loyauté envers la société et les associés.....	69
1. LA GESTION DANS L'INTERET DE LA SOCIETE.....	71
2. L'OBLIGATION DE NON-CONCURRENCE DES DIRIGEANTS	72
3. L'OBLIGATION D'INFORMATION ET DE TRANSPARENCE.....	74
§ 2. LA FAUTE DE L'ASSOCIE DANS L'EXERCICE DE SON RÔLE (D'ASSOCIE).....	76
A. Le non-respect par l'associé de ses obligations gouvernant son statut	80
1. LES PREROGATIVES POLITIQUES.....	80
1.1. LE DROIT D'INFORMATION DE L'ASSOCIE.....	81
1.2. LE DROIT DE PARTICIPER AUX DECISIONS STRATEGIQUES	83
1.2.1. Le droit de participer aux assemblées.....	83
1.2.2. Le droit de vote de l'associé.....	84
2. LES PREROGATIVES FINANCIERES	86
3. LES PREROGATIVES PATRIMONIALES.....	88
B. Le non-respect par l'associé de son obligation de bonne foi	88

1.	L’AFFECTIO SOCIETATIS, FONDEMENT DES OBLIGATIONS DE L’ASSOCIE	89
2.	L’AFFECTIO SOCIETATIS ET L’OBLIGATION DE NON-CONCURRENCE DE L’ASSOCIE..	92
	<i>Section II</i>	94
	<i>Les caractéristiques communes à l’abus dans l’AUSCGIE</i>	94
	§ 1. L’ACTE D’USAGE	94
	A. La notion d’« usage »	94
1.	L’USAGE, ACTE CONTESTE EN MATIERE PENALE	95
2.	L’USAGE, ACTE CONTESTE EN MATIERE CIVILE	96
	B. L’usage : acte nuisible et égoïste	97
1.	LE CARACTERE NUISIBLE DE L’ACTE	97
2.	LA NATURE EGOÏSTE DE L’ACTE	98
	§ 2. LA MECONNAISSANCE DE L’INTERET SOCIAL	99
	A. L’absence de consécration d’une vision « large » de l’intérêt social en droit Ohada	102
1.	L’INTERET SOCIAL, UNE NOTION « <i>PEU DECRITE</i> » PAR LE LEGISLATEUR OHADA ...	103
	1.1 DEBATS JURISPRUDENTIELS.....	104
	1.2 DISCUSSIONS DOCTRINALES	105
2.	L’INTERET SOCIAL : UNE NOTION TOUJOURS AUSSI CONTROVERSEE	107
	2.1. ESSENCE DE L’INTERET SOCIAL AU REGARD DU FONCTIONNEMENT DE LA SOCIETE DANS L’ESPACE OHADA	107
	2.2. QUEL « <i>INTERET SOCIAL</i> » DANS L’ESPACE OHADA ?.....	109
	B. L’évolution de l’intérêt social	112
1.	L’IDIOSYNCRASIE EVOLUTIVE DE L’INTERET SOCIAL.....	112
	1.1 LE CARACTERE STANDARD DE L’INTERET SOCIAL : LE ROLE DU JUGE.....	112
	1.2 LA NATURE PROCEDURALE DE L’INTERET SOCIAL : LA DEMARCHE DU LEGISLATEUR.....	114
2.	L’INTERET SOCIAL, GARANT DE LA BONNE MARCHE DE LA SOCIETE OHADA	115
	2.1 L’INTERET SOCIAL DOIT AFFERMIR LES PARTIES PRENANTES DE L’ENTREPRISE OHADA	116
	2.2 L’ENTREPRISE OHADA DOIT TROUVER SES FONDEMENTS DANS LA CORPORATE GOVERNANCE	117
	Conclusion chapitre II	120
	TITRE II.....	123
	LES MANIFESTATIONS DE L’ABUS DANS L’ACTE UNIFORME RELATIF AU DROIT DES SOCIETES COMMERCIALES ET DU GROUPEMENT D’INTERET ECONOMIQUE	123
	<i>Chapitre I</i>	126
	<i>Les abus de droit de vote dans l’espace Ohada</i>	126
	<i>Section I</i>	129
	<i>L’abus de majorité</i>	129
	§ 1. LA NOTION D’ABUS DE MAJORITE.....	129
	A. Construction de l’abus de majorité.....	129
1.	LE PRINCIPE DE MAJORITE	130
2.	LA TRANSPOSITION DE LA THEORIE CIVILISTE DE L’ABUS DE DROIT DANS L’AUSCGIE	132
	B. Evolution de la notion d’abus de majorité.....	133
1.	LA REDUCTION DE LA CARACTERISATION DE L’ABUS DE MAJORITE ?	134
2.	LE DROIT OHADA AMENAGE SES TEXTES EN CODIFIANT L’ABUS DE MAJORITE.....	135
	§ 2. LES CRITERES DE L’ABUS DE MAJORITE AU REGARD DE L’ARTICLE 130 DE L’AUSCGIE ..	136
	A. Condition préalable : l’intérêt général de la société	137
1.	LA QUETE D’UN INTERET PERSONNEL LORS DU VOTE.....	137
2.	L’ATTEINTE A L’INTERET SOCIAL	138
	B. Condition distinctive : une décision votée au détriment des intérêts des associés minoritaires	139
1.	L’EGALITE « <i>AFFAIBLIE</i> »	139

2.	LA RUPTURE D'EGALITE ENTRE ASSOCIES.....	141
	<i>Section II</i>	147
	<i>L'abus de minorité ou d'égalité</i>	147
	§ 1. L'ABUS TYPIQUE DU DROIT DE LA MINORITE.....	148
	A. Identification de l'abus de minorité.....	149
1.	FIGURE HABITUELLE DE LA DEFINITION RETENUE : L'ABUS NEGATIF	150
2.	FIGURE EXCEPTIONNELLE DE L'ABUS DE MINORITE : L'ABUS POSITIF	153
	B. Interprétation singulièrement stricte de l'abus de minorité	155
1.	L'APPROXIMATION DE LA NOTION D'ABUS DE MINORITE A L'ABUS D'EGALITE	155
2.	L'EQUILIBRE A TROUVER ENTRE LES DEUX TERMES.....	156
	§ 2. LA LIGNE DIRECTRICE DES CONDITIONS ESSENTIELLES DE L'ABUS DE MINORITE OU D'EGALITE.....	157
	A. La rupture d'égalité : condition suffisante ou nécessaire ?.....	158
1.	FONDEMENT SUFFISANT ?	159
2.	PRINCIPE NECESSAIRE ?	159
	B. Les indices traditionnels de qualification	160
1.	LA VIOLATION DE L'INTERET COMMUN DES ASSOCIES, UNE ATTEINTE INJUSTIFIEE A L'INTERET SOCIAL	160
2.	LA DECISION REFUSEE : « NECESSAIRE POUR LA SOCIETE ».....	162
	Conclusion chapitre I	164
	Chapitre II.....	166
	<i>L'abus de biens et de crédit sociaux</i>	166
	Section I	173
	<i>La problématique du délit d'abus de biens sociaux dans l'espace Ohada</i>	173
	§ 1. LA CONSTRUCTION D'UN DROIT PENAL DES AFFAIRES DANS L'ESPACE OHADA.....	174
	A. Un vif élan prôné par les Etats-parties	174
1.	L'ASSENTIMENT DES ETATS-PARTIES A LA CREATION D'UN DROIT PENAL DES AFFAIRES.....	174
2.	LE DROIT PENAL « DOMESTIQUE » A LA DISPOSITION DE L'OHADA	175
	B. L'introduction dans l'AUSCGIE des textes prévoyant l'incrimination d'abus de biens sociaux ...	176
1.	LA DEFINITION PAR LES LEGISLATEURS NATIONAUX DE L'INCRIMINATION D'ABUS DE BIENS SOCIAUX.....	176
2.	L'EXTENSION DU CHAMP D'APPLICATION DE L'ABUS DE BIENS SOCIAUX DANS L'ESPACE OHADA	177
	§ 2. LA SITUATION ACTUELLE DU DROIT PENAL DES AFFAIRES DANS LES ETATS-PARTIES ...	178
	A. Les barrières dans l'émergence d'un droit pénal des affaires dans l'espace Ohada, le cas de l'abus de biens sociaux	179
1.	LA DIFFICULTE DE DETERMINATION DE L'ABUS DE BIENS SOCIAUX.....	179
2.	UNE PROTECTION PENALE INACHEVEE.....	180
	B. L'évaluation de la politique législative pénale Ohada	182
1.	LE CARACTERE EQUIVOQUE DES SOURCES DU DROIT PENAL UNIFORME.....	182
2.	LES OBSTACLES RELEVES	183
	Section II	185
	<i>Les éléments constitutifs de l'abus de biens et de crédit sociaux</i>	185
	§ 1. LA CARACTERISATION DU PREJUDICE EPROUVE PAR LA SOCIETE.....	185
	A. L'usage des biens et du crédit	186
1.	USAGE DES BIENS.....	187
2.	USAGE DU CREDIT	188

B. Un usage contraire à l'intérêt de la société.....	189
1. CAS D'UNE SOCIETE INDEPENDANTE.....	190
2. CAS D'UN GROUPE DE SOCIETE.....	193
§ 2. LA DETERMINATION DE LA FAUTE ACCOMPLIE PAR LE DIRIGEANT.....	195
A. L'usage de mauvaise foi.....	196
1. EVALUATION DE LA MAUVAISE FOI.....	196
2. LA PREUVE DE LA MAUVAISE FOI.....	197
B. L'usage à des fins personnelles.....	198
1. L'INTERET PERSONNEL DIRECT.....	199
2. L'INTERET PERSONNEL INDIRECT.....	199
Conclusion chapitre II.....	201
TITRE I.....	205
L'ABUS EN DROIT DES SOCIETES, UN INSTRUMENT DE PREVENTION DANS L'ACTE UNIFORME RELATIF AU DROIT DES SOCIETES COMMERCIALES ET DU GROUPEMENT D'INTERET ECONOMIQUE.....	205
Chapitre I.....	206
Les mécanismes conventionnels de prévention des abus dans l'Acte uniforme.....	206
Section I.....	207
Les conventions réglementées, une dissuasion de l'abus de biens sociaux.....	207
§ 1. PRESENTATION DU MECANISME ET APERCU GENERAL EN DROIT OHADA.....	207
A. Le champ d'application des conventions réglementées au regard de l'AUSCGIE.....	208
1. LES ACTEURS VISES.....	208
2. LES OPERATIONS CONCERNEES.....	211
B. La procédure d'autorisation et de contrôle des conventions réglementées - Mise en œuvre du mécanisme.....	212
1. AUTORISATION PREALABLE DU CONSEIL D'ADMINISTRATION.....	213
2. VOTE DE L'ASSEMBLEE GENERALE DES ACTIONNAIRES.....	214
2.1 APPROBATION DES CONVENTIONS PAR L'ASSEMBLEE GENERALE.....	214
2.2. DESAPPROBATION DES CONVENTIONS PAR L'ASSEMBLEE GENERALE.....	215
§ 2. APPRECIATION DE L'EFFICACITE DE LA PROCEDURE DES CONVENTIONS REGLEMENTEES.....	215
A. Les conséquences du manquement à la procédure de contrôle.....	216
1. CONVENTIONS NON AUTORISEES PAR LE CONSEIL D'ADMINISTRATION.....	216
2. DEFAUT D'EXECUTION DES AUTRES FORMALITES.....	217
B. Les conventions réglementées : un mécanisme à améliorer.....	218
Section II.....	221
Les conventions de vote : une atténuation des abus de droit de vote.....	221
§ 1. L'INTERROGATION SUR LA VALIDITE DES CONVENTIONS SUR L'EXERCICE DE DROIT DE VOTE.....	222
A. La souplesse d'un droit aménageable pour une plus grande liberté d'exercice de vote.....	223
1. LA LIBERTE D'EXERCICE DE DROIT DE VOTE ET LA LIBERTE CONTRACTUELLE.....	224
2. L'AMENAGEMENT DE L'EXERCICE DU DROIT DE VOTE (EN DROIT OHADA ?).....	225
B. La validité du fondement des conventions sur l'exercice du droit de vote.....	226
1. LIMITATION DANS LE TEMPS ET SUR L'OBJET.....	227
2. AFFIRMATION CONTINUELLE POUR L'INTERET SOCIAL.....	229
3. ÊTRE DEPOURVUE DE TOUTE FRAUDE ET NE PAS TRANSGRESSER L'ORDRE PUBLIC	231
§ 2. Les répercussions contrastées des conventions sur l'exercice du droit de vote.....	232
A. L'efficacité relative des conventions de vote - Classification des pouvoirs au sein des organes sociaux.....	232

1. CONVENTIONS DE VOTE ET FONCTIONNEMENT DES ORGANES DE LA SOCIETE.....	232
2. CONVENTIONS DE VOTE ET STATUT DES DIRIGEANTS	233
B. Conséquences de la violation des conventions de vote et regard sur la théorie de l'abus de droit..	235
1. LES SANCTIONS D'UNE ENTORSE AUX CONVENTIONS DE VOTE.....	235
2. LA COMPENSATION DE L'ABUS DE DROIT SUR LES CONVENTIONS DE VOTE	236
Conclusion Chapitre I	239
<i>Chapitre II.....</i>	<i>241</i>
<i>Les mécanismes alternatifs de prévention des abus dans l'Acte uniforme</i>	<i>241</i>
<i>Section I.....</i>	<i>242</i>
<i>Les moyens de contrôle renforcés de l'information ou les mécanismes garantissant le bon fonctionnement de la société.....</i>	<i>242</i>
§ 1. LA PROCEDURE D'ALERTE : MODE D'EMPLOI.....	242
A. L'efficacité de l'alerte évaluée dans la perspective de son déclenchement	243
1. LA LEGITIMITE DES ORGANES CHARGES DE LA PROCEDURE D'ALERTE	244
1.1. LES TITULAIRES DE L'EXERCICE D'ALERTE	244
1.2. LA PROCEDURE D'ALERTE OU L'INGERENCE DANS LES POUVOIRS DES DIRIGEANTS SOCIAUX.....	246
2. LE CRITERE DE DECLENCHEMENT OU LA DIFFICULTE A DEFINIR LES « FAITS DE NATURE A COMPROMETTRE LA CONTINUTE DE L'EXPLOITATION »	247
B. L'efficacité de l'alerte évaluée dans son processus	249
1. LA CONDUITE PROGRESSIVE DE LA PROCEDURE D'ALERTE.....	250
2. LA RESPONSABILITE DU COMMISSAIRE AUX COMPTES OU DES DIRIGEANTS	251
§ 2. L'EXPERTISE DE GESTION, LA TRANSPARENCE SUR LA GESTION SOCIALE	252
A. Une source d'informations sur la gestion sociale : du statut de l'expertise de gestion	253
1. UNE NECESSAIRE VOLONTE DE TRANSPARENCE.....	254
1.1. UNE DEMARCHE DESTINEE AUX SEULS ASSOCIES MINORITAIRES	255
1.2. UNE DEMARCHE OUVERTE AU GROUPEMENT D'ASSOCIES.....	257
2. LA NATURE DE L'OPERATION DE GESTION.....	258
2.1 L'ENCADREMENT DE L'EXPRESSION « OPERATION DE GESTION »	259
2.2. LE CONSTAT DE L'OPERATION SUSCEPTIBLE DE DONNER LIEU A EXPERTISE	261
B. Un procédé de vérification de la gestion sociale, de l'utilisation de l'expertise de gestion	262
1. NOMINATION DE L'EXPERT	262
2. PORTEE DE LA MISSION DE L'EXPERT.....	264
<i>Section II</i>	<i>268</i>
<i>Les moyens de résolution préventifs des abus ou les mécanismes garantissant la continuité de la société</i>	<i>268</i>
§ 1. L'ADMINISTRATION PROVISOIRE, UNE MESURE EXCEPTIONNELLE DE GESTION DES ABUS	269
A. Le mode de désignation de l'administration provisoire, des conditions de la désignation	270
1. L'EXIGENCE D'UN FONCTIONNEMENT ANORMAL DE LA SOCIETE OU LA REVELATION D'UNE CRISE SOCIALE GRAVE.....	271
1.1. LE DEFAILLANCE OU LE DEFAUT DES ORGANES SOCIAUX	272
1.2. L'EXISTENCE D'UN CONFLIT OU LA CARACTERISATION D'UNE MESENTENTE AU SEIN DE LA SOCIETE.....	273
2. L'EXISTENCE D'UN PERIL IMMINENT	275
B. Le fonctionnement de l'administration provisoire	276
1. LA DIMENSION DES POUVOIRS DE L'ADMINISTRATEUR PROVISOIRE.....	276
2. LA LIMITE DES POUVOIRS DE L'ADMINISTRATEUR PROVISOIRE DANS CERTAINS ACTES FAISANT DIFFICULTE	278
§ 2. LA PLACE DE L'ARBITRAGE DANS LA GESTION DES ABUS SOCIETAIRES	280
A. De l'arbitrabilité à la constatation d'abus sociétaire.....	282

1.	NOTION D'ARBITRABILITE EN DROIT OHADA	282
2.	L'APPLICATION DU CARACTERE D'ARBITRABILITE AUX ABUS SOCIETAIRES	284
	B. De la constatation d'abus au litige sociétaire arbitral	286
1.	LA VALIDITE DE LA CONVENTION, DU FORMALISME LEGAL DE L'ARBITRAGE EN DROIT OHADA.....	286
2.	L'ETENDUE DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE, VOLONTE D'UN REGLEMENT A L'AMIABLE	288
	Conclusion chapitre II.....	291
	TITRE II.....	293
	L'ABUS EN DROIT DES SOCIETES, UN INSTRUMENT DE SANCTION DANS L'ACTE UNIFORME RELATIF AU DROIT DES SOCIETES COMMERCIALES ET DU GROUPEMENT D'INTERET ECONOMIQUE.....	293
	Chapitre I.....	295
	La responsabilité des acteurs sociétaires en matière d'abus dans l'acte uniforme.....	295
	Section I.....	297
	La responsabilité des associés pour abus dans l'exercice du droit de vote	297
	§ 1. LES SANCTIONS EN CAS D'ABUS DE MAJORITE	297
	A. Le caractère spécifique des sanctions d'abus de majorité	298
1.	L'ANNULATION DE LA DELIBERATION VOTEE	298
2.	LA CONDAMNATION A DES DOMMAGES-INTERETS	300
3.	LA DISSOLUTION DE LA SOCIETE POUR JUSTE MOTIF	301
	B. La nature exceptionnelle des sanctions d'abus de majorité	302
1.	L'EXCLUSION DU MAJORITAIRE FAUTIF	302
2.	LE RETRAIT DE L'ASSOCIE VICTIME.....	303
	§ 2. LES SANCTIONS EN CAS D'ABUS DE MINORITE OU D'EGALITE.....	305
	A. Les sanctions de principe (ou habituellement validées dans l'AUSCGIE)	306
1.	LA CONDAMNATION A DES DOMMAGES-INTERETS SUR LA BASE DE L'ACTION EN RESPONSABILITE.....	307
2.	LE RECOURS AU MANDATAIRE AD HOC.....	309
3.	LA DISSOLUTION JUDICIAIRE EN CAS DE PARALYSIE DE LA SOCIETE.....	310
	B. Les sanctions d'exception.....	311
1.	L'EXCLUSION DES MINORITAIRES CONTESTATAIRES.....	311
2.	LA SUBSTITUTION DU JUGE AUX ORGANES SOCIAUX.....	313
3.	LA NULLITE DE LA DECISION ABUSIVE	314
	Section II	316
	La répression de l'abus de biens sociaux à travers la responsabilité des dirigeants sociaux	316
	§ 1. LE CHAMP D'APPLICATION DE L'INCRIMINATION	317
1.	LE CHOIX DE LA QUALIFICATION, AUX LIMITES DE L'ABUS DE BIENS SOCIAUX, L'ABUS DE CONFIANCE	318
	1.1. CONDITIONS REQUISES POUR QU'IL Y AIT ABUS DE CONFIANCE	318
	1.2. CHAMP D'APPLICATION DU DELIT	319
2.	LE CONFLIT DE QUALIFICATION, LA SEPARATION DU DELIT D'ABUS DE BIENS SOCIAUX DE L'INFRACTION DE BANQUEROUTE	320
	2.1. INDEPENDANCE DE LA BANQUEROUTE PAR RAPPORT AU DELIT D'ABUS DE BIENS SOCIAUX.....	321
	2.2. DESACCORDS ENTRE LES DEUX INFRACTIONS.....	324
3.	ABUS DE BIENS SOCIAUX ET CORRUPTION	325
	B. Les limites « ratione personae », l'imputabilité de l'infraction	326
1.	LES PERSONNES RESPONSABLES	326

1.1.	LES AUTEURS PRINCIPAUX	327
1.2.	LES COMPLICES.....	329
1.3.	LES RECELEURS	330
2.	LES VICTIMES	331
2.1.	LA SOCIETE TOUCHEE	332
2.2.	LES ASSOCIES OU ACTIONNAIRES	332
	§ 2. LE REGIME DE POURSUITE DE L'INFRACTION.....	333
	A. La mise en mouvement de l'action publique.....	334
1.	LA REVELATION DES COMPORTEMENTS DELICTUEUX.....	334
2.	LA LEGALITE DE LA POURSUITE	335
2.1.	LES PEINES ENCOURUES.....	336
2.2.	LA PRESCRIPTION DE L'ACTION PUBLIQUE	338
1.	L'ACTION MENEES PAR LES ASSOCIES	343
2.	L'ACTION MENEES PAR LA SOCIETE	345
	Conclusion chapitre I	348
	<i>Chapitre II.....</i>	<i>350</i>
	<i>Observations sur une construction adaptée et cohérente en matière d'abus dans l'acte uniforme.....</i>	<i>350</i>
	<i>Section I.....</i>	<i>352</i>
	<i>L'information sociétairé, un gage renouvelé de transparence</i>	<i>352</i>
	§ 1. LE RENFORCEMENT DE L'EXIGENCE DE TRANSPARENCE.....	352
	A. L'information, source de complexité de transmission dans l'espace Ohada	353
1.	LA DIFFICULTE DU DROIT A L'INFORMATION PAR LES ASSOCIES.....	353
1.1.	LA QUERABILITE DE L'INFORMATION DANS L'ESPACE OHADA	354
1.2.	LA PORTABILITE OCCASIONNELLE DE L'INFORMATION DANS L'ESPACE OHADA.....	355
2.	LE DEFAUT D'ELABORATION D'UN CONTROLE INTERNE EFFICACE	355
2.1.	L'IGNORANCE DES ASSOCIES, UNE ENTRAVE PARTICULIERE A LA VERIFICATION INTERNE.....	356
2.2.	LA DEFECTION DE CERTAINS ASSOCIES LORS DES REUNIONS.....	357
	B. L'information, source de valeur substantielle dans l'espace Ohada	359
1.	LA COMMUNICATION D'INFORMATION ET DE TRANSPARENCE.....	360
2.	DEVELOPPER L'INFORMATION DES ASSOCIES.....	362
3.	FACILITER L'ACCES A UN CERTAIN GROUPE D'ACTIONNAIRES	364
	§ 2. LA TRANSPARENCE DANS LA GOUVERNANCE	366
	A. La transparence, vecteur des exigences informatives.....	366
1.	LA CONFUSION SUR L'ELEMENT MOTEUR DE LA PROCEDURE D'ALERTE ET LES CARENANCES OBSERVEES.....	367
2.	LE DENOUEMENT EDULCORE DE L'EXPERTISE DE GESTION.....	370
	B. La transparence, condition de fonctionnement de la clarté de l'information.....	371
1.	PERMETTRE UNE VISION GLOBALE CONDUISANT A UNE PREVISION REALISTE.....	372
2.	LEGITIMER UN POUVOIR DE DETECTION AUX SALARIES	373
	<i>Section II</i>	<i>375</i>
	<i>La (re) construction d'un appareil cohérent et adapté de régulation</i>	<i>375</i>
	§ 1. ASSURER L'UNITE REPRESSIVE EN MATIERE D'ABUS DE BIENS SOCIAUX	375
	A. L'abus de biens sociaux, une incrimination au délinéament vague à l'origine des incertitudes ? ..	376
1.	L'IMPRECISION SUR L'INCRIMINATION D'ABUS DE BIENS SOCIAUX	376
2.	REFORMULER LES DISPOSITIONS DE L'ARTICLE 891 DE L'AUSCGIE	379
	B. L'inévitable aménagement de la sanction pénale nationale	381
1.	LA RENAISSANCE DE L'INCRIMINATION D'ABUS DE BIENS SOCIAUX, UNE EXPRESSION DE L'UNIFORMISATION A LA DISPOSITION DU DROIT PENAL NATIONAL	381

2. DEVELOPPER LE CHAMP D'APPLICATION DE L'INCRIMINATION D'ABUS DE BIENS SOCIAUX AUX AUTRES ETATS-PARTIES	384
§ 2. APPORTER UNE COHESION SOUHAITABLE DANS L'ORDRE JURIDIQUE OHADA	387
A. Favoriser d'autres modes alternatifs de résolution des litiges entre associés	387
1. QUELLE PLACE POUR LA MEDIATION ET LA CONCILIATION DANS LE REGLEMENT DES LITIGES ENTRE ASSOCIES DANS L'ESPACE OHADA ?	388
2. POURQUOI DOIT-ON ENCOURAGER LA MEDIATION OU LA CONCILIATION DANS LE REGLEMENT DES LITIGES ENTRE ASSOCIES ?	391
B. Accroître une effectivité des réponses dans l'espace Ohada	394
1. LE RENFORCEMENT DE L'EFFICACITE DE LA JUSTICE.....	394
2. PROMOUVOIR L'ATTRACTIVITE DE LA JUSTICE OHADA POUR LA REGULATION ECONOMIQUE	396
Conclusion chapitre II.....	399
CONCLUSION GENERALE	403

RESUME DE LA THESE : Depuis des lustres, les sociétés commerciales n'ont cessé d'être l'accessoire juridique favori des entrepreneurs dans l'exercice de leur activité. La société commerciale est créée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat, d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Cette définition découle de l'article 4 de l'AUSCGIE qui constitue une transposition de l'article 1832 du Code civil. L'AUSCGIE rassemble toutes les normes juridiques qui ont pour objectif de gouverner la constitution, l'activité et la fin de la société. Une des prérogatives les plus importantes des associés est de prendre part à la vie sociale, ils peuvent participer à cette vie sociale en dirigeant la société ou de façon plus réservée, en votant dans les différentes assemblées. Toutefois ce droit, comme tout droit est susceptible d'abus ; l'abus étant un usage injustifié ou excessif de quelque chose ou d'un pouvoir par son titulaire. D'un point de vue impartial avec les autres associés, l'AUSCGIE a codifié dans ses dispositions des sanctions contre les abus commis à l'occasion de l'exercice du droit de vote. Toutefois, l'abus ne se révèle pas uniquement lors de l'exercice du droit de vote. De multiples abus se révèlent aussi dans la direction et la gestion d'une société. Là encore, l'AUSCGIE a prévu des dispositions et laissé le soin aux Etats-parties d'instaurer dans leur législation des lois pour sanctionner ces abus. Le concept d'abus nous pousse donc à étudier les sources de sanction de ce dernier dans l'espace Ohada.

SUMMARY OF THE ARGUMENT : For decades, corporations have ceased to be legal accessory favorite of contractors in the exercise of their activity. The corporation is created by two or more persons who agree, by contract, to assign an activity assets in cash or in kind, to share in the profit or advantage of the savings that may result. This definition follows from Article 4 of the AUSCGIE which is transposition of Article 1832 of the Civil Code. AUSCGIE gathers all the legal standards that are intended to govern the establishment, activity and the end of the company. One of the most important partners prerogatives is to take part in social life, they can participate in the social life by directing the company or more reserved, by voting in the various assemblies. However, this law, like any law is open to abuse; abuse is unjustified or excessive use of something or power by its owner. From an impartial point of view with the other partners AUSCGIE codified in his texts sanctions against abuses in connection with the exercise of voting rights. However, abuse is not revealed only when the right to vote. Many abuses also reveal the direction and management

of a company. Again, AUSCGIE provided texts and left it to the States Parties to introduce in their legislation laws against such abuses. The concept of abuse leads us to study the sources of sanction it in OHADA space.

DISCIPLINE: Droit privé / MOTS CLES: Abus de biens sociaux - abus de majorité - abus de minorité ou d'égalité - administration provisoire - alerte - arbitrage - conflits d'intérêts - conventions réglementées - conventions de vote - expertise de gestion - intérêt social - prévention des abus - sanctions des abus - transparence.