THÈSE

Pour obtenir le grade de

Docteur

Délivré par

L'UNIVERSITE DE PERPIGNAN VIA DOMITIA

Préparée au sein de l'école doctorale **ED 544**
Et de l'unité de recherche **CRESEM EA 7397**
Axe Normes et Droit comparé

Spécialité : Droit privé

Présentée par : M. Florent OUEINA

LA PROTECTION DES ACTIONNAIRES MINORITAIRES DES SOCIETES ANONYMES DANS L'ESPACE JURIDIQUE OHADA

Soutenue le 29 juin 2023 devant le jury composé de :

M. André CABANIS, Professeur, Université de Toulouse 1 Capitole	Rapporteur
M. Salah-Eddine MAATOUK, Professeur, Université Sidi Ben Abdallah de Fès (Maroc)	Rapporteur
Mme Evelyne MICOU, Maître de conférences HDR, Université de Perpignan Via Domitia	Membre
M. Romain BOUNIOL, Maître de conférences, Université de Perpignan Via Domitia	Membre
M. Christophe JUHEL, Professeur, Université de Perpignan Via Domitia	Directeur
M. Souleymane TOE, Professeur, Université Thomas Sankara (Burkina Faso)	Codirecteur

Avertissement

« L'université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans la thèse, celles-ci devant être considérées comme propres à leur auteur ».

Dédicace

A mon père

KERIANG OUEINA TABAH

REMERCIEMENTS

Je tiens à adresser mes plus vifs remerciements à mon directeur de thèse, le Professeur Christophe JUHEL. Par-delà ses qualités scientifiques, j'aimerais souligner aussi ses qualités humaines. Sa disponibilité et ses remarques constructives se sont révélées déterminantes. Cher Professeur, je vous prie de trouver ici l'expression de ma profonde gratitude.

J'adresse également ma profonde reconnaissance au Professeur Souleymane TOE pour avoir accepté de codiriger ma thèse. Ses conseils m'ont beaucoup inspiré et sa disponibilité a été un réel motif d'encouragement.

Je n'oublie pas ma famille pour son soutien précieux dans les moments de doute. Je lui dois ce parcours universitaire qui ne fait que commencer. Comme je ne peux pas citer tout le monde, je terminerai simplement mes propos en adressant un grand merci à mes proches et mes amis qui m'ont encouragé au long de ces années.

LISTE DES ABRÉVIATIONS ET SIGLES

ADAM	Association de Défense des Actionnaires Minoritaires
AFDI	Annuaire Français de Droit International
AGE	Assemblée générale extraordinaire
AGO	Assemblée générale ordinaire
Al.	Alinéa
AMF	Autorité de marché financier
Art.	Article
AU	Acte uniforme
AUA	Acte uniforme relatif au droit de l'Arbitrage
AUM	Acte uniforme relatif à la Médiation
AUPCAP	Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif
AUSCGIE	Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique
BDE	Bulletin de Droit Économique
BRVM	Bourse régionale des valeurs mobilières (Afrique de l'Ouest)
BUPED	Bulletin de Politique Économique et Développement
C. civ	Code civil
C/	Contre
CA	Cour d'appel

CACI	Centre d'Arbitrage de Côte d'Ivoire
CAMC-CA	Centre d'Arbitrage, de Médiation et de Conciliation du Bénin
CAMC-D	Centre d'Arbitrage, de Médiation et de Conciliation de Dakar
CAMC-N	Centre d'Arbitrage de et de Conciliation de N'Djaména
CAMC-O	Centre d'Arbitrage, de Médiation et de Conciliation de Ouagadougou
Cass.	Cassation
Cass. Civ. 1er	Cour de cassation française 1re chambre civile
Cass. Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation française
Cc	Code civil
CCADEV	Centre africain pour le développement
CCI/ITC	Centre de Commerce International/International Trade Center
CCJA	Cour Commune de Justice
CECAM	Centre de Conciliation et d'Arbitrage du Mali
CEDEAO	Commission économique des états de l'Afrique de l'Ouest
CEMAC	Communauté économique et monétaire de l'Afrique Centrale
CERCRID	Centre de Recherche Critiques sur le Droit
CIB	Conférence Internationale de Barreaux
CILSS	Comités inter-états de lutte contre la sécheresse au Sahel
CJC.	Cour de justice de la CEMAC
CMAN	Centre de Médiation et d'Arbitrage de Niamey
CMF	Commission de marché financiers

CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le Droit commercial International
COSUMAF	Commission de surveillance du marché financier de l'Afrique centrale
CPC	Code de procédure civile
CRDVM	Caisse régionale des dépôts de valeurs mobiliers
CREPMF	Conseil régional de l'épargne publique et du marché financier
Crim.	Criminelle
D.	Dalloz
Dir.	Sous la direction
Ed.	Édition
ERSUMA	École Régionale Supérieure de Magistrature
Etc.	Etcetera
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibidem (ibid)	Cité au même endroit
In fine	À la fin
IRJS	Institut de Recherches Juridiques de Sorbonne
JCP	Juris-Classeur-Périodique
JORCI	Journal officiel de la République de Côte d'Ivoire
JORF	Journal officiel de la République de France
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
MARD	Mode Alternatif de Règlement de Différends

N°	Numéro
Obs.	Observation
OHADA	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des Affaires
Op. cit.	*Opus citatum* (cité précédemment)
Ord.	Ordonnance
p.	Page
PUF	Presse universitaire française
Réf.	Référé
Rev.	Revue
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RJDA	Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires
RSDA	Revue sénégalaise de droit des affaires
RTA	Revue Trimestrielle de Droit
RTD. Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTDC	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTDcom	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Suivant
SA	Société anonyme
SARL	Société à responsabilité limitée
SGI.	Société de gestion d'intermédiation
TGI	Tribunal de grande instance

TGI	Tribunal de grande instance
TPI	Tribunal de première instance
Trib. Com.	Tribunal de commerce
Trib. Corr.	Tribunal correctionnel
UEAC	Union économique de l'Afrique centrale
UEMOA	Union économique et monétaire de l'Afrique de l'Ouest
UMAC	Union monétaire de l'Afrique centrale
V.	Voir
Vol.	Volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE 10
PREMIÈRE PARTIE : LA RELATIVE EFFICACITÉ DU RÉGIME DE PROTECTION DES ACTIONNAIRES MINORITAIRES 29
TITRE 1. LA PROTECTION DES ACTIONNAIRES MINORITAIRES SUR LE PLAN POSITIF 30
Chapitre 1 : La nature des droits des actionnaires minoritaires 31
Chapitre 2. La protection des actionnaires lors des assemblées 68
CONCLUSION DU TITRE 1 90
TITRE 2. LES INSUFFISANCES DE LA MISE EN ŒUVRE DES MOYENS DE PROTECTIONS 91
Chapitre 1. La mise en œuvre difficile des droits des actionnaires minoritaires lors des assemblées 92
Chapitre 2. La relativité des droits d'expressions aux assemblées 112
CONCLUSION DU TITRE 2 154
DEUXIÈME PARTIE : L'AFFINEMENT DU SYSTÈME DE PROTECTION DES ACTIONNAIRES MINORITAIRES POUR UNE PLUS GRANDE EFFICACITÉ 155
TITRE 1. LA PROTECTION CONTRE DES ACTES COMPROMETTANT LA GESTION DE LA SOCIÉTÉ 157
Chapitre 1 : La mise en place de procédures spécifiques permettant d'identifier les actes opposant les intérêts des actionnaires minoritaires 158
Chapitre 2 : L'application rigoureuse des sanctions consécutives aux investigations 197
CONCLUSION DU TITRE 1 231
TITRE 2. LA FAIBLESSE DES MOYENS EN PLACE ET LES IMPÉRATIFS DE RÉFORMES 232
Chapitre 1 : La garantie des actionnaires minoritaires aux institutions financières intermédiaires 233
Chapitre 2. Les défaillances du dispositif de protection et les axes de réflexion 265
CONCLUSION DU TITRE 2 299
CONCLUSION GÉNÉRALE 301

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« La démocratie, ce n'est pas la loi de la majorité, mais la protection de la minorité »[1]. Cet aphorisme d'Albert CAMUS est aussi valable en matière commerciale. Dans une société marquée par des principes démocratiques, les décisions sont prises à la majorité. Les actionnaires minoritaires disposent toutefois de prérogatives ou de pouvoirs d'action leur permettant, lors des assemblées générales, de faire entendre leur point de vue dans le sens de leur intérêt et de l'intérêt social.

Le droit OHADA l'a bien compris, lui qui attache de l'importance à la revendication des sociétés commerciales pour promouvoir le développement économique. En effet, ces dernières années, la mondialisation économique a suscité l'adoption d'une multitude de textes sur le plan national dans le but de rechercher une grande compétitivité. A l'instar des pays européens intégrés dans une Union européenne encore forte, certains pays africains ont adopté une législation similaire pour consolider leur intégration économique. Cette évolution implique nécessairement une véritable intégration juridique[2] qui constitue un vecteur important de sécurisation des entités économiques et de création d'emplois.

En outre, les pays sont conscients de l'importance de l'intégration régionale pour le développement économique dans un monde globalisé. En conséquence, nous avons vu l'émergence d'institutions d'intégration économique et juridique dans un objectif de

[1] CAMUS Albert, *Carnets III,* mars. 1951 - décembre 1959, p. 244. CAMUS définit la démocratie en deux temps, par la négative d'abord, la démocratie n'est pas le triomphe d'une majorité en mesure d'imposer sa loi, puis de façon positive, la protection de la minorité devenant l'essence même de ce régime. Le paradoxe séduit, car il repose sur une éthique humaniste : la démocratie garantirait des droits aux faibles. Mais le corpus rend cette thèse problématique, car la majorité peut voter des lois discriminantes ou liberticides pour une minorité. Par définition, en effet, l'ensemble des membres les moins nombreux d'une assemblée n'est pas en mesure de se protéger dans une démocratie. Pour jouir des mêmes droits, la minorité doit donc s'en remettre à la majorité dont CAMUS présuppose qu'elle est juste. Albert CAMUS défend une vision humaniste de la démocratie en faisant de la protection de la minorité son principal critère de reconnaissance. Il sait que la loi de la majorité ne suffit pas à assurer son bon fonctionnement. Voir CELOTTO Emanuela « Albert Camus et la démocratie comme alternative aux totalitarismes du XX^{e} siècle », *Carnets* II, mis en ligne le 30 mai 2015. URL : http://journals.openedition.org/carnets/1536 ; DOI : https://doi.org/10.4000/carnets.1536.

[2] ISSA-SAYEGH Joseph, « L'intégration juridique des États africains dans la zone franc », *Penant,* 1997, p. 5-824, p. 125.

modernisation et de normalisation pour assurer la sécurité des investissements. Dans une annexe au Traité CEMAC instituant l'UEAC, l'article 2 (a) précise que celle-ci vise à « renforcer la compétitivité des activités économiques et financières en harmonisant les règles régissant son fonctionnement »[3]. Cependant, les réformes les plus importantes portées par l'OHADA vont dans le sens de la diversification des fonds propres[4], de la protection de l'épargne et de l'ouverture de « nouveaux horizons à l'investissement privé »[5].

L'OHADA, Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires[6], constitue sans aucun doute, de nos jours, le meilleur outil d'expression des entreprises africaines[7].

Depuis l'accord de Port Louis du 17 octobre 1993[8], les entrepreneurs exerçant des activités dans les pays membres se voient offrir des conditions favorables au développement des affaires grâce à la sécurité juridique et judiciaire[9]. Les accords OHADA permettent de créer des règles communes simples, modernes et adaptées aux conditions économiques des pays membres[10]. C'est ainsi que les actes uniformes à l'instar de celui régissant les sociétés commerciales ont été élaborés.

Ces sociétés commerciales sont de plusieurs ordres. En effet, l'on distingue les sociétés de personne (SNC, SCS) et les sociétés de capitaux (SA, SARL, SAS). La SA se distingue par sa singularité en raison de la réglementation plus détaillée qui lui est imposée par le législateur. Mais également en raison du fait qu'elle intéresse davantage les sociétés de grande taille. Elle joue un rôle économiquement dominant dans la zone OHADA.

---

[3] Article 2 (a) de l'additif du traité CEMAC instituant l'UEAC. Voir MEMPHIL NDI Evelyne Patience, *Attractivité économique des investissements directs étrangers en zone CEMAC, harmonisation des instruments juridiques aux règles internationales,* thèse, droit, Nice Sophia Antipolis, 2015. Disponible sur le site : https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01591770/document.

[4] Voir KEGNI MBOM Bertholus, *L'avenir des sociétés cotées en bourse au Cameroun*, mémoire DEA, Université de Dschang, Cameroun, nov. 2004. Voir également MERLE Philippe, *Droit commercial : sociétés commerciales,* Paris, Dalloz, 7e éd., 2000, p. 16. Cet auteur fait mention de la privatisation de France Télécom qui a généré 3,8 millions d'actionnaires.

[5] LE BARS Bruno et MARTOR Boris, « *Management et financement de la société anonyme de droit OHADA* », JCP-cahier de droit de l'Entreprise, 2004, p. 12.

[6] Pour une présentation générale de l'OHADA, v. POUGOUE Paul-Gérard, « Présentation générale et procédure en OHADA », *PUA,* 1998.

[7] ANOUKAHA François *et alii,* « Sociétés commerciales et GIE », *Juriscope,* 2002, avant-propos de Jacques DAVID.

[8] L'OHADA, l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du Droit des Affaires est en effet née le 17 octobre 1993 à Port-Louis en île Maurice.

[9] ISSA-SAYEGH Joseph, « L'OHADA, instrument d'intégration juridique en Afrique », www.ohada.com.

[10] Article 1er du Traité OHADA.

Les anciennes lois héritées de la colonisation se sont révélées inadaptées à la situation économique actuelle du continent[11]. À certains égards, cela a entravé le développement de l'entreprise. Il était donc nécessaire de simplifier, d'aménager et de sécuriser le droit des sociétés, car l'existence de règles populaires et compréhensibles pour la constitution et le fonctionnement des sociétés est une condition nécessaire au développement économique[12]. Pour répondre aux besoins de l'économie d'aujourd'hui, les réformes opérées au sein de l'OHADA ont pour but de relever le défi de la modernisation du droit des entreprises à but lucratif et protéger avant tout les actionnaires.

Il faut le dire, le fondement des droits individuels des actionnaires n'a jamais fait l'unanimité. On s'est demandé si le contrat social fonde ces droits ou s'il découle directement de la loi. L'intérêt est certain. S'il est admis que les statuts confèrent des droits, ils pourraient les modifier, voire les annuler. Si, en revanche, il est reconnu que ces droits ont une origine légale, les statuts ne peuvent limiter les droits des actionnaires sans violer la loi. Ce débat est une conséquence de celui de la nature contractuelle ou institutionnelle des institutions sociales. Aujourd'hui, le design institutionnel tend à s'imposer, compte tenu de l'intervention abondante du législateur dans la régulation des entreprises[13].

La loi à travers certaines de ses dispositions impératives et la jurisprudence ont reconnu à l'actionnaire des droits irréductibles qui ne sont pas influencés[14] par les statuts ou par la décision d'un organe social. L'Acte uniforme abandonne la position fondée sur le contrat social préservée par l'article 1832 du Code civil français de 1804[15], toujours en vigueur dans certains pays signataires du traité[16], pour suivre l'exemple du droit français où la loi du 4 janvier 1978 a modifié l'article 1832 du Code civil. L'article 4 alinéa 1er de l'AUSCGIE dispose désormais que « la société commerciale est créée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat, d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature, ou de l'industrie, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui peut en résulter. Les associés

[11] PAILLUSSEAU Jean, « L'Acte uniforme sur le droit des sociétés, La base Lextenso », p. 19, consulté le 28 mars 2020. https://www.labase-lextenso.fr › petites-affiche.
[12] LE BARS Benoît et MARTOR Boris, *« Management et financement de la société anonyme de droit OHADA »*, La semaine juridique n° 5, 28 octobre 2004, p. 12.
[13] Cependant en France, on assiste aussi à la contractualisation progressive des sociétés, au point où il est impossible de donner une nature unique à des sociétés aussi diverses.
[14] MERLE Philippe, *op. cit*., n° 293, p. 331.
[15] PAILLUSSEAU Jean, *op. cit*., p. 20.
[16] Le Tchad, le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire et le Cameroun.

s'engagent à contribuer aux pertes dans les conditions prévues par le présent acte uniforme »[17]. L'alinéa 2 du même article précise que « la société commerciale doit être créée dans l'intérêt commun des associés » et enfin l'article 5 énonce les principes de la constitution de la société commerciale par un seul sujet « un associé unique »[18] comme en droit français depuis le 11 juillet 1985.

Cependant, les rédacteurs de l'AUSCGIE ont maintenu le principe de la règle de la majorité dans les sociétés par actions[19] comme essentiel au bon fonctionnement et à la stabilité des entreprises commerciales.

La société anonyme, domaine par excellence des innovations les plus importantes et les plus pointues de l'AUSCGIE, en droit OHADA, est donc dominée par la « loi de la majorité » dans les instances dirigeantes et les organes consultatifs. Selon cette loi, toutes les décisions sont prises à la majorité simple ou qualifiée[20]. Les innovations introduites par la loi en matière d'expertise en gestion (articles 159[21] et 160[22] de l'AUSCGIE) et le grief d'abus de majorité (article 130[23]) montrent bien le souci des rédacteurs de cette loi d'introduire des dispositions en faveur des minoritaires en droit OHADA. En effet, les statuts cités ci-dessus représentent un organe législatif dynamique qui doit permettre, tout en maintenant la règle de la majorité dans les statuts, d'en atténuer les effets lorsque les actionnaires majoritaires n'agissent plus dans l'intérêt social.

La protection des actionnaires minoritaires apparaît sous différente forme en droit OHADA même si les textes n'en font pas explicitement mention. On s'aperçoit que les mesures

[17] C'est une convention qui doit remplir toutes les conditions de validité prévues par les dispositions relatives au droit commun des contrats. Mais, en raison de son caractère particulier, cette convention nécessite l'intervention d'éléments spécifiques également exigés à peine de nullité.
[18] PAILLUSSEAU Jean, *op. cit*., p. 23.
[19] Dans le cadre de l'OHADA, la société anonyme joue un rôle économique de premier plan, elle apparaît comme la forme sociétaire la plus importante. Aussi est-elle la seule forme de société de capitaux.
[20] Le principe de la majorité se manifeste à travers plusieurs articles de l'AUSCGIE. Son article 454 dispose que « les décisions du conseil d'administration sont prises à la majorité des membres présents ou représentés, à moins que les statuts ne prévoient une majorité plus forte […] ».
[21] L'article 159 énonce que : « Un ou plusieurs associés représentant au moins le dixième du capital social peuvent, soit individuellement, soit en se groupant sous quelque forme que ce soit, demander à la juridiction compétente du siège social, statuant à bref délai, la désignation d'un ou de plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion ».
[22] L'article 160 dispose que « s'il est fait droit à la demande, la juridiction compétente détermine l'étendue de la mission et les pouvoirs des experts. Les honoraires des experts sont supportés par la société. Le rapport est adressé au demandeur et aux organes de gestion, de direction ou d'administration ainsi qu'aux commissaires aux comptes ».
[23] Selon l'article 30, « les décisions collectives constitutives d'un abus de majorité sont nulles […] ».

prises par le législateur des Actes uniformes[24] pour la gestion ou la protection des entreprises et de leurs investissements constituent une réalité à prendre nécessairement en compte dans la recherche constante des solutions utiles au traitement de la recherche.

La protection implique de protéger, réglementer et traiter les intérêts prioritaires ou non, propriétaires des partenaires et des actionnaires. Dans la terminologie juridique[25], elle signifie une mesure de précaution, fondée sur les besoins de l'individu ou de l'assuré, généralement en conformité avec les obligations de l'assureur, notamment la protection des personnes ou des biens contre les dangers, leur sécurité et l'intégrité des moyens juridiques ou matériels. Par « protection », nous entendons donc la protection de tout recours permettant la reconnaissance, la défense ou la garantie des droits individuels ou collectifs. Par exemple, dans le cadre d'une procédure collective, on peut sans doute assimiler cette idée de protection à l'idée d'éviter les difficultés des entreprises[26]. Autrement, cette protection dans la procédure collective renvoie à la procédure préventive. Selon le professeur Yves Chaput, « prévenir, c'est avant tout amener les dirigeants à prendre conscience de la situation actuelle et de l'évolution de l'entreprise. C'est ensuite mettre en place des possibilités d'alerte, voire de règlement amiable des difficultés naissantes lorsque l'évolution défavorable se confirme »[27].

Fondamentalement, cette prévention exige que les associés[28], et les dirigeants de l'entreprise[29] aient un droit d'information et de mise en garde. Les tactiques du législateur en la matière visent sans aucun doute à promouvoir une bonne gouvernance d'entreprise, tout en accordant une attention particulière aux actionnaires minoritaires. De ce qui précède, protéger les actionnaires minoritaires revient impérativement à éviter un fait[30] pouvant compromettre la continuité de l'exploitation.

---

[24] ISSA-SAYEGH Joseph, POUGOUÉ Paul Gérard et SAWADOGO Filiga Michel, *Traité et actes uniformes*, Juriscope, 2016.
[25] CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, 2018, p. 215.
[26] TOH Aymar, *La prévention des difficultés des entreprises : étude comparée de droit français et droit OHADA*. thèse, droit, Bordeaux, 2015.
[27] CHAPUT Yves, *Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises*, PUF, 1986, n° 2, cité par SAWADOGO Michel Filiga, *Le droit OHADA des entreprises en difficulté : prévention, procédure collective, sanction*, Ouagadougou, Temple du Savoir, 2016, p. 24.
[28] Art. 157 de l'AUSC GIE.
[29] Art. 150 de l'AUSC GIE.
[30] Un fait quelconque de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Le fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation est celui qui peut conduire à la cessation des paiements si une solution n'est pas trouvée dans un délai raisonnable. Il n'est donc pas nécessaire qu'il y en ait plusieurs comme en France où la loi emploie le pluriel (des faits). Michel Filiga SAWADOGO, *« Le droit Ohada des entreprises en difficulté : prévention, procédure collective, sanction », op. cit.*, p. 29.

Protéger les actionnaires minoritaires revient à promouvoir la bonne gouvernance des sociétés anonymes et des sociétés en général. Selon certains auteurs, la gouvernance d'entreprise est définie comme un ensemble de réglementations, d'institutions et de règles juridiques conçues pour empêcher les dirigeants, les conseils d'administration et les principaux[31] actionnaires d'expulser les investisseurs minoritaires. Cette approche semble générale et met en évidence l'objectif principal du gouvernement d'entreprise qui consiste à protéger les intérêts des actionnaires minoritaires dans les sociétés anonymes[32].

Un autre auteur définit la gouvernance au sens large comme l'ensemble des questions d'organisation directement ou indirectement liées à la protection des actionnaires[33], et au sens étroit comme l'ensemble des questions d'organisation, de contrôle et de transparence[34] de l'organe directeur principal. Cette deuxième définition souligne également le rôle central de l'actionnaire et son besoin de protection. Dans cette définition, deux éléments retiennent l'attention, notamment le rapport de force entre les différentes parties prenantes de l'entreprise et de la transparence[35].

Du reste, une approche purement comportementale des personnes impliquées dans l'application de la gouvernance d'entreprise a été proposée. Selon le professeur Roland PEREZ, « la gouvernance d'entreprise se réfère aux dispositifs institutionnel[36] et comportemental régissant les relations entre les dirigeants d'une entreprise et ses stakeholders[37] »[38]. Il définit

[31] LA PORTA Rafael, LOPEZ-DE-SILANES Florencio, SHLEIFER Andrei *et alii.*, « Investor protection and corporate governance », *in Journal of Financial Economics*, 2000, p. 2. Disponible sur le site : https://scholar.harvard.edu/files/shleifer/files/ip_corpgov.pdf consulté le 19/04/2020.
[32] LEDENTU Florent, *Système de gouvernance d'entreprise et présence d'actionnaires de contrôle le cas suisse,* thèse, droit, Fribourg (Suisse), 2008, p. 11.
[33] HOFSTETTER Karl, *« Le gouvernement d'entreprise en suisse : Rapport final du groupe d'experts sur le gouvernement d'entreprise »*, économie suisse, Zurich, 1er juillet 2002, p. 7. Disponible sur le site : https://www.economiesuisse.ch/sites/default/files/publications/Broch_GouvEntr_20020701.pdf consulté le 19/04/2020.
[34] *Ibidem.*
[35] LEDENTU Florent, *op. cit*., p. 11.
[36] Le dispositif institutionnel correspond d'une part aux structures telles que l'assemblée générale ou le conseil d'administration et d'autre part aux procédures qu'elle doit suivre en fonction de son environnement légal.
[37] « Les stakeholders peuvent être définis comme les parties prenantes dans l'entreprise, tels que les actionnaires, les employés, les créanciers, les fournisseurs ». Pour plus de détail, voir : PEREZ Roland, *« La gouvernance de l'entreprise. »* Paris, La Découverte, Collection REPERES, juillet 2009, p. 128.
[38] PÉREZ Roland, *La gouvernance de l'entreprise*, Paris, La Découverte, 2009. Voir également : PÉREZ Roland, Gouvernance d'entreprise, Presses Universitaire du Septentrion, juin 2016, p. 226-236. Disponible sur le site : https://books.openedition.org/septentrion/6681?lang=fr. Voir SAUSSOIS Jean-Michel, « Les organisations, État de savoir, Synthèse », édition Sciences Humaines, 2016, p. 215-222. Disponible sur : https://www.cairn.info/les-organisations--9782361063665-page-215.htm

donc la gouvernance en distinguant deux composantes : le contenu institutionnel et le comportement des consommateurs responsables de son application[39].

Ces définitions nous permettent d'indiquer que l'objectif de la gouvernance d'entreprise est de protéger les intérêts des actionnaires minoritaires, en minimisant et contrôlant les conflits d'intérêts provenant de la délégation du pouvoir des actionnaires aux gestionnaires d'entreprise[40], et en minimisant les coûts globaux découlant de la séparation des propriétés (les actionnaires) et de la gestion dans la société anonyme. Ces mécanismes peuvent soit permettre de concilier les intérêts des différents intervenants, tels que l'application d'une politique de rémunération des dirigeants basée sur la performance boursière de la société cotée, soit de contrôler et de sanctionner un comportement déviant du conseil d'administration représentant les intérêts de l'ensemble des actionnaires.

Cependant, dans la continuité de Michael JENSEN et William MECKELIN qui rappellent combien il est essentiel de comprendre la nature humaine pour saisir le fonctionnement des organisations[41], la définition du Professeur PEREZ met en évidence que dans tout système humain, « l'efficacité du système de gouvernance dépend fortement du comportement des personnes impliquées dans sa mise en œuvre et son fonctionnement ».

Ainsi, pour apprécier la qualité de la protection des intérêts des actionnaires minoritaires dans une société, « non seulement l'ensemble des mécanismes de gouvernance doit être considéré, mais aussi le pouvoir des différentes parties prenantes au sein de la société de constituer un système de gouvernance propre aux sociétés anonymes »[42] ne doit pas être négligé.

Une société anonyme est un moyen de lever des capitaux et d'associer les épargnants à la réalisation d'activités industrielles et commerciales sans les exposer à un risque illimité[43]. Les actionnaires apporteront des capitaux à l'entreprise, ils auront donc tous la priorité. Ils espèrent que l'argent leur rapportera plus, grâce aux bénéfices que l'entreprise réalisera. Or,

---

[39] LEDENTU Florent, *op. cit.*, p. 12.
[40] ISSA-SAYEGH Joseph, POUGOUÉ Paul Gérard et SAWADOGO Filiga Michel, *Traité et actes uniformes*, Juriscope, 2016, p. 531 ; 560. Voir également art. 415 et s ; art. 494 et s de l'AUSCGIE.
[41] JENSEN Michael et MECKLIN William, *"The nature of man"*, Journal of Applied Corporate Finance, Summer 1994, v. 7, n° 2, p. 4–19. in also published. Disponible sur le site : http://arikamayanti.lecture.ub.ac.id/files/2014/04/Nature-of-Man_jensen_meckling.pdf Consulté le 19/04/2020.
[42] LEDENTU Florent, *op. cit.*, p. 12.
[43] BRUNOUW Laure, *L'exercice du contrôle dans les sociétés anonymes,* mém. DEA Droit des contrats, Lille II, 2003, p. 1.

l'actionnaire ne souhaite pas gérer lui-même l'entreprise[44], pourquoi confierait-il la gestion au dirigeant de son choix ? Par conséquent, une société anonyme est une société par actions sous forme d'entreprise, et ses associés ont le droit d'être représentés par la propriété transmissible, les actions, d'où leur nom « actionnaires ».

Cette forme sociale, qui représente une minorité des formes sociales en Afrique subsaharienne et la plupart des formes sociales en France, apparaît comme une technique d'organisation assez souple pour les entreprises, car elle semble adaptable à une variété d'entreprises. De plus, elle est largement régie par la loi, et certaines dispositions la concernant sont même impératives. Pourtant, c'est bien un contrat qui l'a fait naître. Toutefois, les fondateurs de la société doivent adopter le statut de la société anonyme dans son ensemble lors de la constitution conformément au règlement de l'AUSCGIE[45]. Par conséquent, l'organisation de cette société anonyme doit inclure l'Assemblée générale des actionnaires, organe souverain qui peut se réunir sur une base ordinaire ou *ad hoc*. L'Assemblée générale nommera les organes d'administration et de gestion. L'entreprise doit également disposer d'un organe représentatif qui applique les décisions prises par l'organe directeur à l'encontre des tiers. La participation à ces assemblées est un droit inaliénable des actionnaires[46] et une garantie de transparence dans la gestion d'une société anonyme. Mais force est de constater qu'en pratique les actionnaires assistent rarement aux assemblées par manque de temps ou du fait de l'impossibilité de vérifier quoi que ce soit. Et quand les actionnaires s'y rendent, ils approuvent aveuglément toutes les résolutions préparées par le conseil d'administration[47]. Ce phénomène s'est accentué depuis la dématérialisation des titres. Du coup, on a vu émerger des investisseurs cupides qui cherchent à en tirer et souvent totalement désintéressés de la gestion sociale. Le plus souvent, ils confient la gestion de leurs droits sociaux à des intermédiaires financiers.

Le droit des sociétés ne peut prétendre protéger ces actionnaires paresseux qui ne prennent pas les précautions nécessaires pour assurer leur protection[48]. Ainsi, afin de professionnaliser et de renforcer la participation des actionnaires aux assemblées, un représentant des actionnaires a été institué en France. En effet, très peu d'actionnaires sont en

---

[44] *Ibidem.*

[45] Voir Art. 385 et s. de l'AUSCGIE. Voir également l'article L 225-1 à 270 du Code de commerce français.

[46] MERCADAL Barthelemy et JANIN Philippe, *Mémento Pratique Francis Lefebvre : Sociétés Commerciales,* 1995, Francis Lefebvre, 1994, p. 134.

[47] RIPERT Georges *et alii, Traité de droit commercial*, LGDJ, 18e éd., 2002, p. 155.

[48] V. PERROUD Jean**,** « *La condition de l'actionnaire* »*Mélanges Georges Ripert*, t. 2, p. 326. « L'actionnaire qui ne veut prendre aucune peine, qui ne s'astreint pas à surveiller ses intérêts, parce qu'il est toujours prêt à vendre ses titres ne peut prétendre participer à toutes les chances de bénéfices, sans courir le risque que la gestion de l'affaire dont il se désintéresse ne devienne défectueuse ».

mesure de comprendre la marche de l'entreprise pour exercer effectivement leurs droits, et très peu d'actionnaires minoritaires sont en mesure d'assister aux assemblées. Cela a pour effet de fausser le jeu majoritaire qui régit les assemblées d'actionnaires. Par conséquent, la décision de l'assemblée générale des actionnaires n'est que l'avis d'un groupe plus ou moins restreint d'actionnaires qui contrôlent la société[49]. Ce dernier s'est comporté comme un véritable dictateur, surtout avec un mandat en blanc[50] en France. Des scandales financiers ont éclaté à cause de la mauvaise gestion et de la malhonnêteté managériale, et les législateurs ont réagi en renforçant l'information des actionnaires[51], mais surtout en modernisant la représentation des actionnaires. En effet, la représentation est une panacée pour les actionnaires qui souhaitent poursuivre leur participation hors du lieu de l'assemblée et peuvent même maximiser leur participation en faisant appel à un professionnel.

La représentation est un mécanisme juridique par lequel une personne (représentant) agit au nom et pour le compte d'une autre personne (représentée). L'acte de représentation ainsi accompli « crée des droits et des obligations non pour l'acteur, mais pour la personne représentée, de sorte que celle-ci devient directement créancier ou débiteur du tiers traitant avec le représentant »[52]. L'importance politique des représentants des actionnaires gérant la société par l'intermédiaire de leurs représentants n'est pas considérée ici. Car les gérants sont des « mandataires d'autres associés »[53], mais à proprement parler, ils ne peuvent pas être des représentants, car ils sont au nom de l'entreprise et agissent pour le compte de l'entreprise. Par ailleurs, les intérêts sociaux analysés dans la recherche de la pérennité de l'entreprise et la rigueur de la gestion sont très différents et supérieurs à ceux des actionnaires. Ainsi, les actionnaires désignent des mandataires sociaux, mais ces mandataires agissent au nom et pour le compte de la personne morale. De plus, cette représentation est caractéristique de la société avant sa naissance juridique. Le premier administrateur agit sous l'autorité des actionnaires, mais ne peut être qualifié de représentant des actionnaires.

[49] MERCADAL Barthelemy et JANIN Philippe, *op. cit*., n° 1710, p. 520.
[50] Ainsi, dans une espèce, quatre administrateurs qui possédaient en propre 1,5 % des voix disposaient en fait plus de 89,5 % des voix. Voir DIDIER Paul, *Droit Commercial, Tome 3 : les marchés financiers*, PUF, 1995, p. 122.
[51] En effet, les réformes françaises de 1666-1967 ont renforcé l'information des actionnaires dans l'espoir d'obtenir une participation plus active à la vie sociale.
[52] CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2e éd., 2001, p. 759.
[53] POUGOUE Paul-Gérard, ANOUKAHA François et NGUEBOU TOUKAM Jean, *Le droit des sociétés commerciales et du groupement économique OHADA*, PUA, 1998, n° 166, p. 72.

Il s'agira donc d'exercer des droits au nom de l'actionnaire qu'il reconnaît personnellement et qu'en raison d'une incapacité, il décide de désigner quelqu'un pour agir à sa place.

L'actionnaire est détenteur des parts de capital de la société de capitaux[54], mais sa finalité est discutée. La doctrine est partagée. Pour les Professeurs RIPERT et ROBLOT, ce mot associé n'est jamais utilisé pour désigner des actionnaires, car ce n'est pas le contrat social qui les lie à la société, mais la détention de valeurs mobilières[55]. Pour Monsieur MERLE, « un actionnaire est en effet un associé ». « Les droits d'un actionnaire sont […] multiples et sont liés à la qualité de son associé »[56]. Cette définition est conforme aux critères classiques de la notion de société, à savoir la diversification, le profit et la perte d'un associé[57]. Nous pensons qu'il faut tenir compte des nouveaux critères établis par Monsieur Alain VIANDIER[58] qui sont entre autres le fait d'assumer ses obligations dans la vie sociale.

La législation antérieure à l'OHADA reconnaissait la représentation actionnariale. Ainsi, la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés prévoit dans son article 27 que les statuts de la société déterminent le nombre d'actions qui doivent être détenues, soit comme propriétaire, soit comme représentant à l'assemblée générale des actionnaires. Toutefois, le texte ne mentionnait pas la manière dont cette représentation serait exercée. Il est revenu donc à la pratique française et aux textes ultérieurs pour apporter des éclaircissements. L'Acte uniforme a repris certaines de ces dispositions, mais une question s'est posée, celle de savoir si les lois issues de cet Acte uniforme protègent les droits des actionnaires, surtout compte tenu du contexte dans lequel ces mesures sont prises et doivent être appliquées. Il s'agit bien d'apprécier la portée novatrice de la législation OHADA, concernant la volonté des actionnaires, mais aussi le droit étranger en général et le droit européen en particulier. Certes, la loi uniforme, tirant les conséquences des lois précédentes, l'inadéquation de l'évolution de la situation économique et des besoins des entreprises, occupe la principale avancée en la matière en droit français, créant ainsi un fonds documentaire commun entre la France et l'Afrique. Mais a-t-elle été à la hauteur des attentes des acteurs économiques ? En effet, les actionnaires ont besoin de savoir s'ils peuvent déléguer leurs droits à des mandataires qui peuvent effectivement les représenter aux assemblées

[54] Depuis l'Acte Uniforme, les sociétés anonymes sont les seules sociétés de capitaux susceptibles d'être constituées dans l'espace OHADA.
[55] RIPERT Georges et ROBLOT René, *Traité de droit commercial*, 16e éd. par GERMAIN M., Paris, LGDJ, 1996, p. 826.
[56] MERLE Philippe, *Droit commercial : sociétés commerciales,* Paris, Dalloz, 7e éd., 2000.
[57] VIANDIER Alain, *La notion d'associé*, thèse, droit, Paris, 1978, p. 14.
[58] *Ibidem*.

lorsqu'ils ne sont pas disponibles. Aussi, s'ils peuvent mettre en cause la responsabilité d'un représentant qui ne respecte pas les termes de leur mandat. De même, dans la gestion des titres, les actionnaires recherchent des garanties auprès des intermédiaires financiers, la plupart ne respectant pas les règles techniques du droit boursier. Le risque est d'autant plus grand que certaines actions nécessitent le recours à des intermédiaires financiers.

Enfin, des organes de surveillance et de contrôle ont également été jugés, nécessaires du fait de la dispersion des actionnaires si nombreux qu'ils ne pouvaient participer directement à la gestion[59]. La nécessité de ce principe de hiérarchie institutionnelle et de séparation des pouvoirs est rappelée par la Haute Cour suprême dans son arrêt Mott du 4 juin 1946[60].

Une autre caractéristique de la société anonyme est son caractère démocratique. Les actionnaires nomment et révoquent les dirigeants comme lorsque les parlements désignent et renversent les gouvernements dans les systèmes politiques démocratiques. Cependant, le caractère démocratique des sociétés anonymes est remis en question depuis des décennies. André TUNC décrit l'assemblée générale des actionnaires comme une institution quasi fictive en raison de ses inefficacités. Selon lui, la majorité des actionnaires « abandonnent les droits de vote, généralement entre les mains de la direction. Le pouvoir de décision et le contrôle des entités souveraines sont confisqués par l'instance dirigeante, de quoi fausser le mécanisme juridique »[61]. Dès lors, il se demande s'il est nécessaire d'abandonner les droits des sociétés anonymes[62]. Le doyen George RIPERT s'est également interrogé sur le caractère démocratique des sociétés anonymes : les décisions de l'assemblée générale sont une approbation aveugle des décisions préalables du conseil d'administration, etc. Les actionnaires sont livrés à leur sort et ne savent rien. Ils dépendent des administrateurs. La démocratie dans la société conduit à la victoire d'une minorité de capitalistes[63]. Ainsi, pour ces auteurs, le problème vient essentiellement du fait que le pouvoir, qui appartient le plus souvent aux actionnaires parce qu'ils détiennent des actions, est confisqué par les managers qui exercent le pouvoir sans contrôle[64] effectif. Cependant, d'autres auteurs réitèrent ce caractère démocratique en insistant sur les aspects communs des institutions démocratiques et du fonctionnement des sociétés

[59] Cass. Civ., 4 juin 1946, s. 1947, I, 153, note BARBY, *JCP*, 1947, II, 3518, note BASTIAN.
[60] *Ibidem.*
[61] TUNC André*, L'effacement des organes légaux de la société anonyme,* 1952, Chronique, n° 4, p. 73 cité par BRUNOUW Laure, *L'exercice du contrôle dans les sociétés anonymes,* mém. DEA Droit des contrats, Lille II, 2003, p. 4.
[62] *Ibidem.*
[63] RIPERT Georges, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, LGDJ, 1951, réédition LGDJ, 1992, n° 42, p. 98 et s.
[64] BRUNOUW Laure, *op. cit.*, p. 2.

anonymes (comme le respect du droit majoritaire) et le principe de séparation des pouvoirs[65] dans les sociétés anonymes (comme le respect des droits individuels des actionnaires). De plus, les minorités sont protégées par le renforcement des organes de contrôle, d'information et de transparence.

Prenant part au débat, Mme Colette NEUVILLE estime que le contrôle et la surveillance ont pour but de répondre à deux questions très simples. D'une part, il s'agit de savoir à quoi sert l'argent des actionnaires. C'est à ce niveau qu'un haut degré de transparence doit être exigé dans la présentation des comptes et des rapports de gestion aux assemblées générales[66]. Pour elle, il ne suffit pas que les décisions des managers soient alignées sur les intérêts de la société, concept[67] qui crée de l'incertitude. Elles doivent également être dans l'intérêt commun des actionnaires, l'article 1833 du Code civil prévoyant « une société constituée dans l'intérêt commun des associés ». Le législateur OHADA a retenu cette formule à l'article 4, alinéa 2, de l'AUSCGIE. Cela signifie que, pour ces derniers, les décisions sociales doivent avoir le même impact financier sur tous les partenaires. Mme NEUVILLE croit toujours qu'on ne peut reconnaître des entreprises qui ne servent qu'à certains actionnaires. C'est pourtant le cas de nombreuses entreprises dont les actionnaires minoritaires sont désavantagés par une information insuffisante, des politiques de dividendes, des transactions financières ou des fusions déloyales[68]. Il convient de noter que la conception de Mme Neuville de la finalité du contrôle semble viser l'objectif de contrôle actionnarial, et plus particulièrement la protection des petits actionnaires vis-à-vis des grands actionnaires et des mandataires sociaux. Il ne convient pas de négliger les intérêts sociétaux indispensables au contrôle et à la protection de ces derniers.

---

[65] Comme dans un système démocratique, la société commerciale dispose de trois pouvoirs qui justifient sa gouvernance. Ces pouvoirs sont entre autres : le « pouvoir souverain », notamment exprimé lors de l'assemblée générale des actionnaires : « les actionnaires » ; le « pouvoir de surveillance », d'orientation et de contrôle ; conseil de surveillance ou d'administration ou organe équivalents : « les administrateurs » ; le « pouvoir exécutif » : « les dirigeants ». « L'articulation entre ces trois pouvoirs (souverain, exécutif, surveillance) définit la manière dont l'entreprise est gouvernée. Cette juste articulation permet de légitimer, de prendre et d'assumer les décisions notamment stratégiques dont les conséquences sont durables pour l'entreprise, d'établir la confiance des parties prenantes à l'égard de ceux qui gouvernent l'entreprise et à l'égard de l'entreprise elle-même ». Voir *Middlenext, Code du gouvernement d'entreprise*, Cahier n° 10, 2016, p. 11. Selon les rédacteurs de ce Code, la présentation de ses trois pouvoirs dans cet ordre : d'abord le pouvoir « souverain », il fonde la légitimité des deux autres, il ne peut pas être négligé, voire ignoré, sans remettre en cause la nature même de l'entreprise, c'est dans ce sens que l'on parle de pouvoir « souverain » ou « de dernier ressort » puis le pouvoir de « surveillance » et enfin le pouvoir « exécutif ».

[66] NEUVILLE Colette, *L'émergence d'un actionnariat actif en France,* P.A, 27 septembre 19995, n° 116, p. 42. In BRUNOUW Laure, *op. cit.*, p. 7.

[67] *Ibidem*.

[68] *Ibidem*.

De même, les doctrines[69] originaires du Royaume-Uni et des États-Unis tendent à garantir que la gestion de l'entreprise est dans l'intérêt commun de tous les actionnaires, plutôt que dans l'intérêt spécifique des principaux actionnaires ou dirigeants. Elle repose sur « la gestion des relations entre le conseil d'administration, la direction et les actionnaires ». Son but est d'inspirer l'interventionnisme minoritaire pour lutter contre la concentration du pouvoir dans la société. Elle est également perçue comme un moyen d'améliorer la performance des entreprises, notamment en améliorant la transparence sociale et l'efficacité du conseil d'administration, ainsi qu'en réévaluant le rôle des « actionnaires ».

Les protections dont bénéficient les actionnaires minoritaires dans les sociétés anonymes reposent sur des principes issus du droit commun, plus précisément du droit de la responsabilité, et des dispositions spécifiques prises par le législateur OHADA pour les sociétés par actions. La plupart de ces régimes s'appliquent également aux sociétés autres que les sociétés anonymes. Mais pour ces derniers, les législateurs ont leurs propres règles. Ces mécanismes peuvent être complétés, le cas échéant, par des règles statutaires spécifiques, par exemple l'identification de catégories d'actions auxquelles sont attachés des droits spécifiques.

Les principes de droit commun les plus importants sont les mécanismes de protection liés à la responsabilité civile des mandataires sociaux. Les dispositions de l'AUSCGIE permettent à chaque administrateur d'être individuellement responsable des fautes simples de gestion de la société. Les législateurs de l'AUSCGIE se réfèrent au droit commun pour s'acquitter de cette responsabilité personnelle[70]. Toutefois, lorsque la faute comporte une violation des statuts de la société, une omission ou une constitution irrégulière de la société[71],

[69] « Cette doctrine est née au début des années soixante-dix, époque à laquelle l'organisation du pouvoir dans les sociétés anonymes a fait l'objet de vifs débats aux États-Unis puis au Royaume-Uni. Le mouvement a commencé aux États-Unis où sont parus des livres qui critiquaient l'équivalent du conseil d'administration de nos sociétés anonymes en se demandant s'il remplissait réellement sa fonction. En effet, on découvre un peu plus tard que de nombreuses sociétés ont procédé à des paiements illicites, susceptibles d'entraîner de graves responsabilités, sans que le conseil d'administration en soit averti. L'Américain Law Institute, qui regroupe les grands juristes américains, décide alors de formuler les principes du gouvernement des sociétés anonymes. Cependant, il s'écoulera quinze ans avant que ne soient élaborés les *principes of corporate governance*, qui sont constitués d'un ensemble d'analyses et de recommandations s'adressant au législateur, au juge ou aux sociétés, et qui en raison de leur importance considérable, constituent un guide permettant au dirigeant qui s'y est référé, de voir sa responsabilité diminuée, voir supprimée. Ces principes couvrent notamment les structures et les pouvoirs des organes dans les grandes sociétés… La transparence de l'information, la performance, le droit de s'impliquer dans la gestion deviennent alors les critères d'investissement des fonds de pension américains… » et c'est vers le milieu des années quatre-vingt-dix que le mouvement arrive en France. Voir BRUNOUW Laure, *op. cit*., p. 8-9.

[70] ISSA-SAYEGH Joseph, POUGOUÉ Paul Gérard et SAWADOGO Filiga Michel, *Traité et actes uniformes*, Juriscope, 2016, p. 441.

[71] Art. 78 de l'AUSCGIE.

cette disposition est complétée par une règle spécifique qui implique que tous les gérants sont solidairement responsables.

Ainsi, sauf circonstances tout à fait exceptionnelles, la responsabilité des administrateurs peut être engagée non pas à l'encontre des actionnaires individuels, mais à l'encontre de la société. Comme dans toutes les autres matières, où le principe de la majorité s'applique à cet égard, la mise en œuvre de cette disposition est fondée sur la décision collective de l'Assemblée générale. De ce fait, les majoritaires remettent en cause la responsabilité de leurs représentants au conseil, sinon la leur en tant qu'administrateurs constitue une exception.

Quelle que soit sa forme, la gestion d'une société incombe généralement au dirigeant légal. Cependant, les personnes qui ne possèdent pas cette qualité peuvent s'immiscer ou intervenir dans la gestion, soit en tant que leaders de fait, soit en tant que leaders explicites ou cachés. Les gérants statutaires sont des personnes physiques ou morales, ou des entités dûment désignées pour gérer une société et assumant ainsi légalement des fonctions de direction ou d'administration au sein de la société, en les employant généralement à l'extérieur[72]. Le gérant d'une société en nom collectif et à responsabilité limitée a le statut de directeur général ; le conseil d'administration, le président-directeur général, le président-directeur général d'une société anonyme à conseil d'administration ; le directeur général d'une société anonyme sans un conseil d'administration[73].

Les dirigeants de fait[74], ceux qui ne sont pas désignés à cet effet, agissent comme de vrais managers en intervenant efficacement dans la gestion de l'entreprise. En d'autres termes, un gérant de fait est une personne qui exerce des actes de gestion à la place d'un gérant statutaire sans aucun titre. Les personnes qualifiées de gérants de fait doivent exercer les activités de gestion active et de direction en toute souveraineté et indépendance, et ont le droit de s'engager

[72] 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 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. LE CANNU Paul, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 2002, p. 252.

[73] L'AUS prévoit deux modes d'administration et de direction de la SA : la SA avec conseil d'administration et la SA avec administrateur général. V. art. 414 et s.

[74] Sur cette notion, voir TRICOT Daniel, « Les critères de la gestion de fait », *Dr. et patrim*., janv. 1996 ; NOTTE G. , *Les dirigeants de fait des personnes morales de droit privé*, thèse, droit, Paris I, 1978 et « La notion de dirigeant de fait au regard du droit des procédures collectives », *JCP*, C, 1980, I, 8560.

envers la société par leurs décisions[75]. Dès lors, une simple renonciation ne saurait caractériser une direction de fait[76]. Lorsqu'il s'agit d'un dirigeant apparent, la prémisse est qu'il y a une responsabilisation apparente[77]. En fait, n'importe qui peut embaucher une entreprise tant que le tiers traitant avec l'entreprise croit légalement que l'entreprise a les pouvoirs nécessaires[78]. De telles croyances sont considérées comme légitimes dans le cadre d'une utilisation commerciale, les documents soumis, la relation des parties autorisant un tiers à ne pas vérifier les références de l'acteur[79].

Les dirigeants invisibles sont les personnes qui assurent le véritable « *leadership* » de la société dans les coulisses de la formation des dirigeants de droite. En tant que telles, ces personnes dirigent l'entreprise par l'intermédiaire d'intermédiaires, mais leur identité n'est ni connue ni rendue publique. La jurisprudence rappelle à juste titre que les gouvernants mystiques sont ceux qui placent les gouvernants légitimes sous leur dépendance et leur subordination[80]. Comme l'a fait remarquer avec justesse un auteur, « ils sont dans l'ombre et ils tirent les ficelles »[81].

De toutes ces personnes qui viennent d'être citées, seul le directeur statutaire est le représentant légal de la société. Ils exercent généralement les pouvoirs de gestion interne et externe qui leur sont conférés par la loi ou les statuts[82] au nom et pour le compte de la société[83].

---

[75] J.-L. RIVE-LANGE, « La notion de dirigeant de fait », *D.*, 1975, chron., p. 41. V. Cass. com., 18 janv. 2000, Juris-Data, n° 000287 ; 4 juill. 2000, *RJDA*, 1/2001, n° 30, p. 27 ; 12 juin 2001, *BRDA*, 12/2001, p. 3 ; 26 juin 2001, *Dr. Sociétés*, 2001, comm. 140 ; Paris, 21 avril 2000, Rev. pr. coll., 2000, p. 51.
[76] Colmar, 13 janv. 1976, D., 1977, IR 54.
[77] Sur cette notion, voir d'une manière générale : LEAUTE Jacques, « Le mandat apparent », *RTD civ.*, 1947. p. 288 ; LESCOT Pierre, « Le mandat apparent », *JCP*, 1964, I, p. 1826 ; CALAIS-AULOY Jean, *Essai sur la notion d'apparence en matière commerciale*, thèse Montpellier, 1959 304 p. ; ARRIGHI Jean-Pierre, *Apparence et réalité en droit privé. Contribution à l'étude de la protection des tiers contre les situations apparentes,* thèse, droit, Nice, 1974, 661 p. ; LEVENEUR Laurent, *Situation de fait et droit privé*, thèse droit, Paris II, 1990.
[78] SOURIOUX Jean-Louis, « La croyance légitime », *JCP*, 1982, I, 3058.
[79] Cass. Ass. Plén., 13 déc. 1962, *D.*, 1963, 277.
[80] Rennes, 8 janv. 1974, *Gaz. Pal.*, 1976, 1, 358. V. aussi Paris, 20 févr. 1978, Quot. Jur., 12 oct. 1978.
[81] SAWADOGO Filiga Michel, *op. cit.,* p. 341.
[82] Voir les articles 121 et 122 de l'AUS.
[83] Voir art. L 210-6 du Code de commerce français et art. R 210-5 et suivant du Code de commerce français. Voir l'article 1843 du Code civil : « Les personnes qui agissent au nom d'une société en formation restent tenues solidairement et indéfiniment des engagements souscrits jusqu'à ce que la société, régulièrement constituée et immatriculée, reprenne ces actes à son compte. Dans ce contexte particulier, trois situations doivent être envisagées. Il existe quelques conditions de fond avant d'envisager les différentes formes de reprise. D'abord, les actes doivent expressément être accomplis au nom et pour le compte de la société en formation afin d'informer le cocontractant du risque de substitution du débiteur. La formule "agit pour le compte de la société X en formation" doit apparaître dans l'acte. Si l'acte a été accompli sans préciser que la société était en formation, aucune reprise n'est envisageable puisqu'il a été accompli pour le compte d'une personne dépourvue de personnalité juridique. Ensuite, il faut que la société soit immatriculée au moment où la reprise est invoquée ».

Ces pouvoirs varient d'une personne morale à l'autre en raison des principes dits professionnels de l'institution[84].

La diversité des fonctions de direction de l'entreprise tient au fait que dans une société anonyme, outre le directeur général, le gérant doit être élu parmi les associés. Le président doit être une personne physique. En outre, leurs réglementations sont diverses, d'où découlent divers régimes de responsabilité. Ainsi, les actionnaires dirigeants conçoivent leurs responsabilités de la même manière que les dirigeants de fait de l'entreprise.

Les responsabilités des dirigeants sont inscrites dans le Code civil et la loi de l'UA sur les sociétés commerciales et les intérêts économiques. À cet effet, l'article 740 (1) de l'AUSCGIE dispose que les administrateurs sont responsables individuellement ou solidairement envers la société ou envers un tiers, soit pour infraction à la législation ou à la réglementation applicable à une société anonyme, soit pour violation des clauses d'erreur. Il peut donc s'agir de responsabilité civile ou pénale. La responsabilité civile fait référence à l'obligation d'une personne de réparer les dommages qu'elle a causés[85]. Quant à la responsabilité pénale, elle concerne tout fait, acte ou omission qui trouble ou est susceptible de troubler l'ordre public ou la paix en portant atteinte aux droits légaux des personnes ou des collectivités publiques ou privées et est passible de sanction judiciaire[86]. Véritable représentant de la société, le dirigeant est la personnification de la société qu'il représente auprès des tiers. Il joue donc un rôle important dans la gestion d'une société anonyme.

Tout travail scientifique doit toujours avoir des contraintes (d'espace et de temps), nous veillons donc également à limiter ces recherches dans le temps et dans l'espace. C'est pourquoi, au niveau spatial, cette étude se propose d'analyser les mécanismes de protection des actionnaires minoritaires au sein de l'espace OHADA, qui regroupe 17 pays africains[87]. Les règles fixées par cet Acte uniforme leur sont en effet communes. Une étude des règles

[84] Ce principe signifie que chaque organe social exerce « exclusivement » les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi ou les statuts. Par conséquent, les actes accomplis par un organe au-delà de son domaine de compétence sont entachés de nullité. En aucun cas, les statuts ne peuvent modifier la répartition légale des pouvoirs entre les organes sociaux. V. Aix-en-Provence, 28 sept. 1982, *Rev. Sociétés*, 1983, p. 773.
[85] LEVY Jean-Philippe et CASTALDO André, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2010, p. 670.
[86] Article 2 du Code pénal ivoirien.
[87] Ce sont le Bénin, le Burkina-Faso, Cameroun, les Comores, le Congo, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée, la Guinée-Bissau, la Guinée Équatoriale, le Mali, Le Niger, la République Centrafricaine, la République Démocratique du Congo, le Sénégal, le Tchad et le Togo.

communes et des règles propres à chaque État membre fournira un échantillon des différentes législations en la matière.

Par conséquent, compte tenu de l'importance temporelle, cette étude s'appuie sur l'Acte uniforme de 2014 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, qui comporte des innovations notables. En effet, depuis 2014, de nombreuses réformes ont été faites au sein de l'Acte uniforme afin de pallier les insuffisances que le texte de base pouvait présenter. L'année 2014 est donc le signal d'un nouveau départ pour une intégration juridique plus renforcée entre les pays membres. En plus de l'AUSCGIE, l'étude de ce sujet s'inspire également de législations étrangères édictées depuis cette date jusqu'à aujourd'hui. Ces législations permettront d'effectuer une étude comparée. Ainsi, l'évolution du mécanisme de la responsabilité en France par exemple peut être source d'innovation pour le législateur OHADA.

Cette délimitation réside dans le fait qu'en vérité, les actionnaires minoritaires subissent des abus considérables. Dès l'instant où le régime de la protection est établi, l'AUSCGIE applique aux fautifs (les majoritaires et les dirigeants sociaux) les sanctions prévues à cet effet. Cet aménagement de la loi a pour but de dissuader les dirigeants et les majoritaires de commettre des actes répressifs. Mais il semblerait que la mise en œuvre de la responsabilité de ces dernières demeure compliquée. En effet, l'on constate que malgré les dispositions émises par le législateur OHADA pour freiner la propagation de tels actes, les dirigeants et les majoritaires s'adonnent toujours à des actes susceptibles d'engager leur responsabilité à l'égard de la société, des minorités, ou des tiers. Cette situation invite donc à s'intéresser à la praticabilité voire à l'efficacité du régime de protection des actionnaires minoritaires édicté par le législateur OHADA.

De cette interrogation centrale découlent les questions subsidiaires suivantes : quand faut-il assurer les droits des actionnaires ? Comment le législateur OHADA, par l'entremise du droit des sociétés commerciales, parvient-il à sauvegarder les intérêts des actionnaires au regard des immenses capitaux investis dans la société commerciale ? Souvent issues de crises de confiance engendrées par des scandales financiers, les réglementations protectrices sont-elles vraiment efficaces ? Plus précisément, il s'agira d'apprécier si ces mesures peuvent avoir une influence sur le choix d'investir ou non dans une société située dans l'espace OHADA et dans quelle optique un accroissement ou une réduction de la protection peut être nécessaire.

Eu égard à l'ancienne législation et à la mondialisation de l'économie, les instruments juridiques protecteurs des actionnaires ont été foncièrement aménagés. Pour assurer l'effectivité de ces différentes mesures, il a fallu les assortir de sanctions diverses. Sur le plan civil par exemple, plusieurs mesures ont progressivement gagné du terrain en matière de sociétés : l'inopposabilité de certains actes aux actionnaires, mais surtout les nullités diverses et la responsabilité civile des dirigeants, des associés et des tiers. Le législateur OHADA a ainsi apporté d'importants réaménagements et innovations. Le régime des nullités a été reprécisé[88] ; les responsabilités ont été renforcées et de nouvelles mesures consacrées. Ce qui est de nature à donner plus de confiance aux actionnaires. Dans ces conditions, on comprend tout l'intérêt qu'il y a à traiter ce sujet.

En effet, la question de la protection des actionnaires minoritaires dans l'espace OHADA regorge de maints intérêts, scientifiques et pratiques.

L'intérêt scientifique peut s'entendre comme l'apport que l'étude d'un fait social donné ajoute à la science. En l'espèce, l'intérêt scientifique de ce travail repose sur le fait qu'il se veut une contribution à la problématique portant sur la protection des actionnaires minoritaires des sociétés anonymes. Les agissements fautifs des majoritaires et des dirigeants sociaux sont toujours d'actualité, et aucune société n'est à l'abri d'un tel problème. La présente étude entend se focaliser donc sur les dispositions prises pour la mise en œuvre de la protection des actionnaires minoritaires et la mise en œuvre de la responsabilité des majoritaires et des dirigeants sociaux. Sachant que le droit est en perpétuelle évolution autant que les comportements délictuels et frauduleux, un mécanisme de responsabilité doit être établi afin de mieux répondre aux différentes préoccupations relatives à la responsabilité des actionnaires majoritaires et des dirigeants sociaux. Cette étude se présente, par conséquent, comme le cadre de fixation d'idées novatrices en vue du renforcement d'un régime de protection parfaitement adapté à l'évolution de la société.

Le concept de la responsabilité ne laisse personne indifférent surtout dans une société où il est de plus en plus question de sécuriser les transactions et opérations entre les différents opérateurs économiques. La doctrine s'en est particulièrement fait l'écho et souhaite essentiellement responsabiliser les dirigeants. C'est dans ce sens que, dénonçant le report de la

[88] Pour une étude générale des nullités en droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, voir mémoire de DEA, option, droit des affaires de KALLA BILLE Ernest, Université de Douala, année académique 2005-2006. Voir aussi en ce sens GUEGAN Elsa, *Les nullités des décisions sociales*, Dalloz, 2020, 580 p.

responsabilité sur la société, un auteur[89], s'interroge en ces termes : « Le balancier ne doit-il pas, en effet, repartir en sens inverse, et plus loin ? », c'est-à-dire dans le sens de la « responsabilisation » des dirigeants[90].

À l'analyse, mettre en jeu la protection des actionnaires minoritaires de sociétés anonymes suppose la mise en exergue de conditions susceptibles d'assurer efficacement cette protection. Doivent être réunies certaines conditions qui tiennent, pour l'essentiel, à l'existence d'une faute et d'un préjudice subi par les investisseurs minoritaires. Ces conditions se dégagent aussi bien du régime général de responsabilité applicable à une société anonyme *in bonis,* que du régime spécifique applicable à la société anonyme en difficulté soumise à un redressement judiciaire ou à une liquidation de biens.

Par ailleurs, l'effectivité de la mise en jeu de la protection des actionnaires minoritaires se trouve freinée par l'existence de certains obstacles. Ce constat conduit à suggérer des solutions en vue d'une facilitation de la mise en œuvre de la protection des actionnaires minoritaires de sociétés anonymes.

Ainsi, après avoir mis en exergue la relative efficacité du régime de protection des actionnaires minoritaires (**Première partie**), nous évoquerons l'affinement du système de protection des actionnaires minoritaires pour une plus grande efficacité (**Deuxième partie**).

[89] BARBIERI Jean-François, « Responsabilité de la personne morale ou responsabilité de ses dirigeants ? La responsabilité personnelle à la dérive », *in Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 482.
[90] AKAM-AKAM André, « La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit OHADA », *Revue internationale de droit économique*, 2007, p. 231.

PREMIÈRE PARTIE : LA RELATIVE EFFICACITÉ DU RÉGIME DE PROTECTION DES ACTIONNAIRES MINORITAIRES

L'article 4 de l'Acte uniforme définit une société commerciale créée par deux ou plusieurs personnes qui s'engagent par contrat à affecter en espèces ou en nature ou des biens à une activité ayant pour objet le partage des bénéfices ou la jouissance de l'Épargne, lorsque les associés s'engagent à supporter les pertes, tandis que la société est créée pour le bénéfice mutuel des associés. Comme on peut le voir dans cet article, les partenariats d'entreprise sont motivés par des facteurs socioémotionnels, un facteur intentionnel impliquant un désir de coopérer de manière égale à la réalisation des objectifs de l'entreprise. En d'autres termes, tous les partenaires doivent se considérer comme un seul et partager le désir de poursuivre un travail commun.

Cependant, malgré cette volonté de coopérer et de collaborer à la gestion de l'entreprise, la relation entre les associés risque de se détériorer, des affrontements forts naissant principalement en raison du pouvoir que peuvent avoir certains associés majoritaires, ce qui, en premier lieu, s'est reflété dans l'exercice du droit de vote à l'assemblée générale des actionnaires de la société. Par conséquent, les actionnaires minoritaires peuvent accuser les actionnaires majoritaires d'abuser de leur pouvoir et de leurs droits de gestion de l'entreprise, non pas pour le bénéfice global de l'entreprise, mais pour leur propre bénéfice, ce que l'on appelle l'abus de majorité[91]. Il importe donc de mettre en relief les mécanismes de protection des actionnaires minoritaires (**Titre 1**) en droit OHADA relatifs aussi bien à leurs droits en assemblées qu'à ceux tributaires de la gestion de la société commerciale (**Titre 2**), ce qui doit permettre de relever au fur et à mesure les limites et mérites d'une telle sécurité juridique.

[91] TOE Souleymane, « La protection des actionnaires minoritaires », article inédit.

TITRE 1. LA PROTECTION DES ACTIONNAIRES MINORITAIRES

SUR LE PLAN POSITIF

Cellules des structures économiques locales, nationales et régionales, instruments vitaux du développement économique et social, les sociétés commerciales, principalement des sociétés par actions, conçoivent et mobilisent d'énormes capitaux et comprennent souvent de nombreux actionnaires qui se connaissent mal. En fait, les entreprises sont comme des organismes vivants, naissent, survivent et peuvent devenir le lieu de toutes sortes de chaos et d'abus, dont le pire peut les faire disparaître en arrêtant le flux de crédit et d'argent.

L'intervention du législateur OHADA vise à briser ce cercle vicieux et à favoriser la croissance des entreprises sociétaires en accordant la plus grande attention à la sécurité juridique des actionnaires qui constituent la colonne vertébrale des sociétés de capitaux. Une lecture rapide de l'Acte uniforme révèle que ce législateur a voulu faire de la protection des actionnaires un des aspects importants de la vie sociale d'une société par actions. Des applications plus importantes montrent l'énormité des innovations qui rendent cela possible.

En un sens, l'actionnaire est l'épine dorsale de la société par actions, car sa contribution aboutit à la mise en place d'un mécanisme juridique solide. Par conséquent, il a des droits personnels qui ne peuvent lui être retirés contre son gré (**Chapitre 1**). Il devient alors intéressant d'examiner les modalités d'expression de ces droits qui ne peuvent échapper aux manipulations de certains acteurs sociaux (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : La nature des droits des actionnaires minoritaires

Les étapes de la naissance et de la vie d'une entreprise revêtent une importance particulière pour les tiers, partenaires potentiels de la personne morale, et surtout pour les actionnaires. L'entreprise nouera ainsi une relation de collaboration étroite entre les opérateurs économiques, ainsi que d'inévitables conflits d'intérêts[92]. C'est cet enchevêtrement d'intérêts qui explique en partie la complexité de la construction sociale et des règles de fonctionnement. En effet, le législateur OHADA par sa politique d'attirer les investisseurs dans son espace, est dans l'obligation de prévoir des textes protégeant et de conciliant la confluence des intérêts au sein des sociétés, en responsabilisant les actionnaires par divers mécanismes (**Section 1**). Or, ce sont les peines qui assurent l'efficacité de la législation. En conséquence, un certain nombre de sanctions ont été mises en place afin d'assurer le respect des droits des actionnaires (**Section 2**).

Section 1. La reconnaissance des droits lors des assemblées d'actionnaires

L'actionnaire, quel qu'il soit, doit bénéficier d'un minimum de droits et de pouvoirs pour justifier de sa qualité de créancier de la société, membre de l'organe créé par le contrat social. En effet, la qualité d'actionnaire confère à leurs titulaires des titres sociaux, en vertu desquels ils acquièrent une série de droits et privilèges au sein de la société. De ce point de vue, la communauté actionnariale est un groupe fondamental dans la vie d'une entreprise. À cet effet, les actionnaires disposent de droits dits politiques (**Paragraphe 1**) et de droits dits patrimoniaux (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : La reconnaissance des droits extra-pécuniaires

Afin de leur permettre d'exercer une influence sur la gestion de la société, le législateur OHADA leur accorde des droits spécifiques et personnels, qui ne sont que le corollaire des émotions sociales que doit susciter tout actionnaire au sein de la société. Ainsi, tout actionnaire

[92] KASSIA BI, « Le recul de la nullité dans l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique », *Penant,* n° 848, 2004, p. 352.

est compté comme actionnaire, quel que soit son statut ou sa position dans la société. C'est l'incarnation du principe d'égalité des actionnaires. Cependant, ce n'est pas strictement égal, puisque les sociétés sont créées par consensus d'actions, et celles-ci ne sont pas nécessairement égales. Mais cette relativité ne remet pas en cause le principe énoncé selon lequel chaque associé de la société doit jouir et exercer ses droits d'actionnaire. De cette manière, tout intérêt particulier est fourni au profit des actionnaires. Ainsi, tout intérêt spécial prescrit au profit des actionnaires doit être accepté par les autres actionnaires. Néanmoins, au regard du positionnement global de l'entreprise, les actionnaires jouissent d'un certain nombre de droits : contrôle actionnarial sur la gestion de l'entreprise (**A**), contrôle actionnarial sur la gestion de l'entreprise (**B**).

A. Le droit de regard de l'actionnaire minoritaire sur la question de la société

Par ses actions, l'actionnaire va désormais se retrouver lié à d'autres acteurs sociaux, et surtout il s'intéresse à la structure à laquelle il participe désormais (**1**), notamment en assistant aux réunions qui soutiennent cette structure (**2**).

1. Le droit de faire partie de la société

L'actionnaire, souscripteur des actions, doit verser son apport en capital. Une fois cette formalité accomplie, il ne peut être licencié de la société. Cela signifie que l'exclusion d'actionnaires n'est autorisée que dans des cas exceptionnels, notamment en l'absence d'une pleine rémunération des actions souscrites, par des procédures de réduction du nombre d'actions en raison de moins-values, et lorsque le capital de la société est variable.

Lorsqu'un associé est exclu de la société en raison de la loi applicable ou de dispositions statutaires, il doit recevoir la rémunération de ses actions[93]. Cependant, la valeur de ses titres peut baisser ou augmenter en fonction de l'évolution de la situation financière de la société. Pour cette raison, la sortie d'un associé nécessite nécessairement une valorisation de sa ou ses parts afin qu'il puisse être équitablement indemnisé.

L'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et au droit des groupements d'intérêt laisse aux associés une grande liberté pour préciser dans leurs statuts les motifs et modalités d'exclusion[94]. Les exclusions légales prescrivent en principe une évaluation approximative des

[93] TOE Souleymane, « L'exclusion d'un associé en droit OHADA des sociétés commerciale », RBD, n° 57, 1er septembre 2019, p. 47-74.
[94] Article 853-19 de l'AUSCGIE.

droits sociaux ou des éléments permettant une telle évaluation, et leur mise en œuvre peut donc créer des difficultés d'application. En effet, un partenaire exclu qui faisait initialement l'objet d'une cotisation statutaire peut décliner lorsqu'il se rend compte que son droit vaut nettement plus que la valeur convenue. Pour éviter cette fâcheuse situation, les statuts prescrivent habituellement une formule d'évaluation des droits de la communauté par le recours à la pratique professionnelle en cas de désaccord sur la valeur des titres. La Cour de cassation a lancé un mouvement jurisprudentiel par deux arrêts du 4 décembre 2007[95] en faveur de la reconnaissance des exclusions statutaires comme domaine d'application obligatoire des procédures d'expertise concernant la dévaluation des délais statutaires[96].

« Les clauses extrastatutaires organisant l'exclusion d'un associé sous la forme de promesse unilatérale de cession sous conditions sont, quant à elles et à l'instar de tout contrat de vente, exclusivement soumises à l'exigence de détermination du prix conformément à l'article 1591 du Code civil de 1804… Ces clauses stipulent en général une formule de calcul du prix de cession et prévoient, en cas de difficulté de mise en œuvre par les parties, l'intervention d'un tiers chargé de déterminer ce prix, en appliquant la formule conventionnelle, par référence au tiers "arbitre" de l'article 1592 de 1804 du Code civil de 1804… »[97].

À cet égard, s'agissant de la cession d'actions, la doctrine retient qu'elle doit être évaluée sur la base du dernier bilan de la société[98] ou selon que la société se trouve dans une situation saine ou difficile[99], en tenant compte de la valeur des actions en tant que propriété. C'est en ce sens que la Cour de cassation a jugé que « la valeur réelle des titres doit être appréciée en tenant compte de tous les éléments dont l'ensemble permet d'obtenir un chiffre aussi proche que possible de celui qu'aurait entraîné le jeu normal de l'offre et de la demande »[100]. En ce qui concerne la valorisation des actions des sociétés cotées, les experts se réfèrent en principe à la valeur boursière du titre[101], puisque sa vente aura lieu en bourse[102].

---

[95] Cass. Com., 4 décembre 2007, pourvoi n° 6-13912, Quilliard c/ Sté Arues, Rev. Sociétés., p. 341, note J. MOURY ; Bull. Joly, 2008, p. 216, note F.-X. LUCA et pourvoi n° 06-13913, Jacqmin c/ Société SCF Arues, Dr. Sociétés, 2008, comm. 177, note R. MORTIER.

[96] TOE Souleymane, « L'exclusion d'un associé en droit OHADA des sociétés commerciale », *RBD*, n° 57, 1er septembre 2019, p. 47-74.

[97] Ibidem.

[98] G. BRANGER, *Société à capital variable, Joly sociétés, Traité II, Série A,* p. 7. Cité par le TOE Souleymane, L'exclusion d'un associé en droit OHADA des sociétés commerciales, *op. cit.*, p. 70.

[99] CAILLAUD Bernard, *L'exclusion d'un associé dans les sociétés, op. cit.,* p. 71 et s.

[100] Cass. Com., 28 juillet 1952, citée par J. MSTRE et alii, *L'évaluation des parts ou actions de l'associé, Lamy Sociétés commerciales*, éd. Lamy, Paris 2003, n° 801, p. 341.

[101] *ibidem*

[102] DARQUEY Philippe, *Les changements fondamentaux dans la société et la protection des actionnaires minoritaires en droit américain,* thèse, droit, Paris I, 1992, p. 168-169.

Toutefois, un laps de temps considérable s'écoule entre la prise de la décision d'exclusion et sa réalisation effective par l'acquisition des parts ou actions à apporter, période pendant laquelle leurs valeurs, ainsi que la valeur des actifs de la Société, sont menacées de fluctuation à la hausse et à la baisse ; par conséquent, outre des critères précis de la valeur des droits sociaux, il est également nécessaire de déterminer la date à laquelle l'expert[103] doit procéder à l'évaluation. Dans l'affaire entendue par le tribunal de grande instance de Ouagadougou le 9 avril 2008, le cours de l'action a été déterminé par le tribunal lui-même, en tenant compte d'éléments pertinents à différentes dates[104]. Dès lors, considérant que la valeur des actions cédées était négative, le tribunal, dans un souci d'équité, a décidé de se référer à une méthode de calcul tenant compte du nombre de souscripteurs de la société, de la part du capital détenu par la société cédée et la valeur de l'abonnement. Cependant, ce calcul est incertain, car il peut s'avérer inexact lorsque des sommes importantes sont injectées dans les comptes courants d'actionnaires sans en tenir compte lorsqu'il s'agit d'un remboursement par les deux parties. Une bonne expertise éclaire certainement mieux les décisions de justice[105].

Les actionnaires ne perdent pas automatiquement cette qualité lorsqu'une exclusion est déclarée. En effet, la qualité d'associé étant en échange de la propriété de ses actions[106], ce n'est qu'au moment où il perd cette propriété que l'expert doit apprécier la valeur de ses droits. Par conséquent, l'évaluation doit être faite à la date à laquelle la société, l'associé ou le tiers acquiert les actions ou parts de la personne exclue. Toutefois, cette interprétation risque de porter atteinte aux intérêts de l'entreprise, puisqu'entre la date de déclaration de l'exclusion et la date de compensation des droits sociaux, l'exclu conserve sa qualité d'associé et peut donc prétendre à sa part de bénéfice, et éventuellement d'exercer son droit de vote et tous les droits que cette qualité lui confère, lorsqu'il perd toute *affectio societatis* ou l'une des qualités essentielles de l'association continue. Pour résoudre ce dilemme, la Cour de cassation a jugé que « la perte de la qualité d'associé ne saurait être préalable au remboursement des droits sociaux »[107]. Il a été reproché à cette solution de retarder l'exclusion d'un partenaire alors que la décision

[103] Selon la Cour d'appel de Paris, le remboursement des parts sociales doit être fait à la date à laquelle l'associé a manifesté sa volonté de se retirer. Par analogie, cette décision est applicable en cas d'exclusion d'un associé, CA Paris, 20 octobre 2000, Bull. Joly 2001, §
50, p. 186.
[104] TOE Souleymane, *op. cit.*, p. 70.
[105] TOE Souleymane, « L'exclusion d'un associé en droit OHADA des sociétés commerciales », *RBD*, n° 57, 1er septembre 2019, p. 71.
[106] CA Paris, 20 octobre 2000, Bull. Joly, 2001, § 50, p. 189, note J. J. DARIGRE.
[107] Cass. Civ., 9 décembre 1998, D. Aff. N° 149 du 18 février 1999.

d'exclusion elle-même aurait suffi à lui faire perdre cette qualité[108]. Les actionnaires exclus ont le droit de contester l'évaluation faite par l'expert de la valeur de leurs droits lorsqu'il estime que leurs droits ont été sous-évalués, auquel cas la décision d'évaluation peut faire l'objet d'un recours. Cependant, si les parties s'entendent sur les résultats de l'expertise, le remboursement des exclus se fera immédiatement.

2. Le droit de prendre part aux assemblées

L'assemblée est le lieu où les actionnaires exercent leur souveraineté[109]. C'est l'instance suprême d'expression des opinions des actionnaires de la société. En vertu de l'article 125 de l'AUSC[110], chaque partenaire a le droit de participer à la prise de décision collective, sauf disposition contraire. Toute clause contraire est réputée non écrite[111]. La sacralisation de l'assemblée comme organe suprême de la société est absolument nécessaire, car ce sont eux qui prennent les décisions qui vont au-delà de l'administration courante ; eux seuls ont le pouvoir de modifier les statuts. Lors de ces assemblées, les décisions sont prises sur l'ordre général direction de l'entreprise.

En vertu de l'article 133 AUSC[112], les décisions collectives peuvent être prises lors d'une assemblée générale ou par consultation écrite des actionnaires. L'Assemblée Générale des actionnaires est un organe souverain dont le mandat est de nommer et de révoquer les autres organes de la société, mais elle doit agir dans l'intérêt de la société[113]. De plus, il ne doit pas s'immiscer dans les sphères des autres institutions, notamment de gestion. En effet, le principe

---

[108] LUCAS François-Xavier, « Élimination de l'associé de société civile failli ou déconfit, à propos de l'arrêt de la Cour de cassation 3e ch. civ. du 9 décembre 1998 », *Bull. Joly,* avril 1999, § 90.

[109] V. art. 228 de l'AUSCGIE « Il est tenu chaque année, dans les six (6) mois qui suivent la clôture de l'exercice, une assemblée générale annuelle au cours de laquelle le rapport de gestion, l'inventaire et les états financiers de synthèse établis par les gérants sont soumis à l'approbation de l'assemblée des associés. À cette fin, les documents visés à l'alinéa précédent, le texte des résolutions proposées ainsi que, le cas échéant, le rapport du commissaire aux comptes, sont communiqués aux associés au moins quinze (15) jours avant la tenue de l'assemblée. Toute délibération prise en violation des dispositions du présent alinéa peut être annulée. L'assemblée générale annuelle ne peut valablement se tenir que si elle réunit une majorité d'associés représentant la moitié du capital social. Toute délibération prise en violation du présent alinéa est nulle. L'assemblée générale est présidée par l'associé représentant par lui-même ou comme mandataire le plus grand nombre de parts sociales ».

[110] « Sauf disposition contraire du présent Acte uniforme, tout associé a le droit de participer aux votes des décisions collectives ».

[111] Art. 228 de l'AUSCGIE.

[112] « Sous réserve des dispositions applicables à chaque forme de société, les décisions collectives peuvent être prises en assemblée générale ou par consultation écrite des associés ».

[113] V. art. 111 de l'AUSCGIE « Les associés peuvent, dans les statuts ou par acte séparé ou le cas échéant en assemblée générale constitutive, donner mandat à un ou plusieurs dirigeants sociaux, selon le cas, de prendre des engagements pour le compte de la société constituée et non encore immatriculée au registre du commerce et du crédit mobilier. Sous réserve qu'ils soient déterminés et que leurs modalités soient précisées dans le mandat, l'immatriculation de la société au registre du commerce et du crédit mobilier emporte reprise par la société de ces engagements ».

de la répartition des fonctions entre les différents organes régissant les opérations d'une société anonyme ne peut être violé.

Le mode de représentation et les procédures de délibération se réfèrent aux articles 126, 127, 134 et 136 de l'acte uniforme susvisé. Dans ces cas, sous réserve des dispositions de l'AUSCGIE[114] tout associé peut se faire représenter par un mandataire de son choix et, sauf disposition contraire, la délégation ne peut être exercée que par un autre associé. En outre, l'Acte uniforme ou les statuts peuvent limiter le nombre d'actionnaires et le nombre de voix qu'un mandataire peut représenter.

Quant aux formalités de la procédure, le principal résultat doit être consigné au procès-verbal de la réunion, sans doute pour éviter toute falsification. Une autre chose est de savoir comment un actionnaire s'exprime à l'assemblée et à quelles informations il a droit.

B. Le droit de contrôle des actionnaires minoritaires

Afin d'exprimer leur opinion sur l'orientation de la société à laquelle ils appartiennent et d'influer ainsi sur son développement, les actionnaires disposent d'un droit de vote aux assemblées qu'ils exercent sous le contrôle de l'intérêt social (**1**). Tout cela, la jouissance de ce droit n'est valable que si les actionnaires disposent des informations utiles leur permettant de prendre des décisions à l'unanimité (**2**).

1. Le contrôle par le vote

Le droit de vote[115] est selon le Professeur Alain VIANDIER « l'une des vaches sacrées du droit des sociétés »[116], ou bien l'arme politique la plus importante dans une entreprise, car le

[114] Art. 126 de l'AUSCGIE « Tout associé peut se faire représenter par un mandataire dans les conditions prévues par le présent Acte uniforme et, le cas échéant, par les statuts. À défaut de disposition contraire prévue par le présent Acte uniforme, le mandat ne peut être donné qu'à un autre associé. Le présent Acte uniforme ou les statuts peuvent limiter le nombre d'associés et le nombre de voix qu'un mandataire peut représenter ». Art. 127 de l'AUSCGIE « À défaut de clause contraire des statuts, les copropriétaires d'une action ou d'une part sociale indivise sont représentés par un mandataire unique, choisi parmi les indivisaires. En cas de désaccord, le mandataire est désigné par la juridiction compétente, dans le ressort de laquelle est situé le siège social, à la demande de l'indivisaire le plus diligent ».

[115] V. à ce titre : LEDOUX Patrick, *Le droit des votes des actionnaires*, LGDJ, 2002, 464 p. préf. MERLE Philippe ; COUPET Caroline*, l'attribution du droit de vote dans les sociétés*, LGDJ, 2015, 648 p. ; A. V. LE FUR, « Concilier l'inconciliable » : réflexion sur le droit de vote de l'actionnaire, Dalloz, 2008, 2015 ; Michel GERMAIN et alii, *Le droit de vote, Droit des sociétés*, 2014, n° 7 ; BARBIERI Jean-François, *Le droit de participer à l'élaboration des décisions collectives faces aux droits de contribuer à leur adoption, in Mélanges Michel GERMAIN*, LexisNexis 2015, p. 91.

[116] VIANDIER Alain, « Observations sur conventions de vote », *JPC E 1986*. 15 405.

vote est ce droit considéré comme la base de la démocratie dans toute société commerciale[117]. Autrement dit, il est l'un des droits individuels les plus importants de l'actionnaire, qui lui permet de participer aux décisions collectives[118]. Le privilège d'ordre public en droit OHADA, droit qui met à l'épreuve l'actionnariat des membres du groupe ; décision prise par les autres organes d'une société lorsque la loi les autorise à modifier les statuts concernés.

Privilège fondamental et droit d'ordre public, les statuts de la société ne peuvent porter atteinte au droit d'expression de l'actionnaire ni au principe de proportionnalité[119]. C'est du moins la substance de l'article 129 de l'AUSCGIE[120]. En effet, l'art. dispose que le droit de vote de chaque actionnaire est proportionnel à sa participation au capital de la société, sauf indication contraire de l'AUSCGIE[121]. C'est donc l'une des caractéristiques fondamentales des actions : égalité du capital, égalité des droits de vote. Cela signifie que chaque actionnaire a droit à une voix. Mais en vertu du droit OHADA, peut-on envisager des actions sans droit de vote ? Aucune disposition de ce droit ne peut y répondre par l'affirmative, contrairement à certaines législations, notamment celle de la France. En ce sens, tous les actionnaires doivent avoir le droit d'assister aux assemblées et de voter.

Cependant, en pratique, lorsque les actions sont constituées en usufruit, le problème de la détermination des titulaires des droits de vote se posera. À notre avis, ce droit doit appartenir au nu-propriétaire, à moins que les statuts n'en disposent autrement, même si l'article 128

---

[117] V. art. 125 de l'AUSCGIE « Sauf disposition contraire du présent Acte uniforme, tout associé a le droit de participer aux votes des décisions collectives ».

[118] MERLE Philippe et FAUCHON Anne, *Droit commercial : Sociétés commerciales*, Paris, Dalloz, 22e éd., 2018/2019, p. 394 et s. « tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter et les statuts ne peuvent déroger à ces dispositions ». Voir Com. 9 févr. 1999, n° 96-17.661, *JPC E* 1999. 724, GUYON Yves ; *Bull. Joly 1999. 566*, n° 122, DAIGRE Jean-Jacques ; *Rev. Soc*. 1999. 81, LE CANNU Paul ; *Dr. Sociétés 1999*, *n*° 67, Th, Bonneau ; DAIGRE Jean-Jacques, « Le droit de vote est-il encore un attribut essentiel de l'associé ? » *JCP E* 1996, I, 575 ; HOVASSE Henri, coup d'arrêt à la « désacralisation » du droit de vote ? Dr. Sociétés, mai 1999, p. 3. S. CASTAGNE, « « Vote » en faveur du droit de vote », *Dr. Sociétés*, oct. 2000, p. 6. V. aussi en ce sens la décision rendue à propos d'une SAS, com. 23 oct. 2007, n° 06-16.537, JPC E 2007. 2433, VIANDIER Alain ; *JPC E* 2008, II, 10 197, D. Bureau ; Bull. Joly 2008. 101, n° 23, SCHMIDT Dominique ; *Rev. Sociétés* 2007. 814, Paul LE CANNU ; *RJDA* 2008. 3, DOM Jean-Philippe ; p. 9, rapport PETIT Bruno ; PAILLUSSEAU Jean, « La liberté contractuelle dans la SAS et le droit de vote », D. 2008. 1563 ; KADDOUCH Renée, « L'irréductiblement droit de vote de l'associé », *JCP E* 2008. 1549.

[119] Art. 129 de l'AUSCGIE « Les droits de vote de chaque associé sont proportionnels à sa participation au capital de la société, à moins qu'il en soit disposé autrement par le présent Acte uniforme ». En France par exemple, selon l'art L. 225-122, le droit de vote attaché aux actions est proportionnel à la quotité du capital représenté et chaque action donne droit à une voix au moins. Toute clause contraire est réputée non écrite. V. MERLE Philippe et FAUCHON Anne, *Droit commercial : Sociétés commerciales*, *op. cit*,. p. 394.

[120] « Les droits de vote de chaque associé sont proportionnels à sa participation au capital de la société, à moins qu'il en soit disposé autrement par le présent Acte uniforme ».

[121] *Ibidem*.

AUSCGIE[122] prévoit à cet égard que le droit de vote est réservé à l'usufruitier pour les décisions concernant la répartition des bénéfices. C'est facile à comprendre, car la distribution des bénéfices garantit les droits de l'usufruitier.

Il convient de souligner que le principe d'attribution des droits de vote au prorata de l'apport en capital peut rencontrer certains obstacles. En effet, l'Acte uniforme précise que cela ne peut se faire que dans les cas prévus par la loi elle-même. C'est l'hypothèse voulue par le législateur à l'art 752 de l'AUSCGIE[123] qui institue le principe du double vote à certains associés[124].

Il n'est pas rare que des actionnaires ne puissent pas assister aux assemblées, soit parce qu'ils n'habitent pas à proximité les uns des autres, soit parce que certains actionnaires ne peuvent être présents en raison d'un empêchement ou de leur éloignement. En outre, de nombreux actionnaires ne peuvent pas assister personnellement aux assemblées, qui se tiennent généralement au siège social. Aménager leurs droits est donc important pour le fonctionnement démocratique des sociétés anonymes, même si le législateur OHADA se limite au système traditionnel de vote par procuration.

Selon la solution prudente ainsi adoptée, le mandataire d'un actionnaire ne peut être qu'un autre actionnaire ou son conjoint, ainsi qu'il ressort des dispositions de l'article 538 AUSC. Ces agents doivent pouvoir bénéficier d'informations importantes pour accomplir leurs tâches.

2. Le contrôle par l'information

Toute nouvelle législation soulèverait des difficultés d'interprétation lorsqu'elle serait appliquée. Le Traité OHADA énonce que l'interprétation et l'application communes du Droit uniforme OHADA, en particulier de la loi uniforme sur les sociétés commerciales et le

[122] « À défaut de clause contraire des statuts, si une action ou une part sociale est grevée d'un usufruit, le droit de vote appartient au nu-propriétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices où il est réservé à l'usufruitier ».

[123] Art. 752 de l'AUSCGIE « Un droit de vote double de celui conféré aux autres actions, eu égard à la quotité du capital qu'elles représentent, peut être conféré par les statuts ou l'assemblée générale extraordinaire aux actions nominatives entièrement libérées pour lesquelles il est justifié d'une inscription nominative depuis au moins deux (2) ans au nom d'un même actionnaire. De même, en cas d'augmentation de capital par incorporation de réserves, de bénéfices ou de primes d'apports, d'émission ou de fusion, le droit de vote double peut être conféré dès leur émission aux actions nominatives attribuées gratuitement à un actionnaire à raison des actions anciennes pour lesquelles il bénéficie déjà de ce droit ».

[124] En France, ce sont les articles L. 225-123, al. 1 et 2 du Code de commerce. Les conditions d'attribution du droit de vote double doivent faire l'objet d'une publicité (art. R 201-4 et R. 123-108).

groupement d'intérêt économique (AUSCGIE) en ce qui concerne notre matière, sont assurées en dernier ressort par le Tribunal commun et d'arbitrage OHADA.

Cependant, la jurisprudence de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) ne s'est pas encore prononcée sur le sujet. La raison est due au fait que le droit OHADA est encore très jeune. La question ne se pose pas uniquement sur la jeunesse de cette législation, mais sur des questions d'ordre prioritaire[125] qui échappe au contrôle de compétence de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. Et pour pallier ce manque, le législateur OHADA se voit obligée de faire des renvois aux juridictions nationales.

L'un des enjeux concernait le renforcement du droit des actionnaires minoritaires de s'opposer aux décisions importantes dans les sociétés anonymes. Ces droits renforcés peuvent servir avant tout des partenaires publics ou privés locaux, des investisseurs étrangers, mais demain ils intéresseront également les acteurs du *private equity*, au fur et à mesure du développement d'entreprises africaines innovantes. Les décisions présentées aux actionnaires des SA nécessitent une majorité simple[126] ou une majorité des deux tiers[127], de sorte que les investisseurs minoritaires qui détiennent moins d'un tiers de leurs actions n'ont pas de droit de veto sur les décisions qui pourraient affecter leurs investissements. C'est précisément pour cette raison que les co-investisseurs conviennent souvent, dans le cadre du pacte d'actionnaires et/ou des statuts de la société, d'augmenter la majorité requise pour certaines décisions, voire d'exiger l'unanimité (par exemple, pour un changement d'objet social, augmentation de capital[128], cession d'actifs importants, etc.) ou renforcement du quorum.

Cette démarche très fréquente, notamment pour les investisseurs anglo-saxons, est contraire à la rédaction de l'article 557-1 de l'AUSCGIE qui établit que les délibérations sont contraires à l'article 546 de l'AUSCGIE et aux articles 549 à 557. Une interprétation stricte de

[125] La législation OHADA en général est jeune, mais surtout, la grande majorité des contrats liant les investisseurs et les acteurs locaux, étatiques ou privés

[126] Article 550 de l'AUSCGIE *« L'assemblée générale ordinaire statue à la majorité des voix exprimées. Il n'est pas tenu compte des bulletins ou votes blancs ».*

[127] Articles 554 et 557 de l'AUSCGIE «

[128] C'est une technique ou un moyen de financement fréquemment utilisé par les entreprises en difficulté mais aussi et peut-être davantage par les entreprises prospères. L'augmentation de capital permet à l'entreprise d'avoir de l'argent frais au prix probablement d'un renversement de majorité et de l'apparentement à un groupe. À ce sujet, un auteur faisant état d'une fonction concurrentielle du droit des procédures collectives et de sa contribution à la restructuration de l'économie écrit : *« De fait, l'endettement excessif des entreprises constitue dans une économie de marché un facteur décisif de concentration. Cette dernière s'effectuera soit selon les procédés du droit des sociétés (prise de contrôle, fusion…) si la charge d'endettement paraît encore surmontable, soit grâce à l'ouverture d'une procédure de faillite ». « Très souvent, l'augmentation de capital est précédée d'une réduction du capital afin de résorber les pertes. Cette double variation en sens inverse est connue sous le nom imagé de coup d'accordéon ».*

l'article 557-1 de l'AUSCGIE conduirait à la conclusion que la plupart des amendements aux articles 550, 554 et 557 de l'AUSCGIE sont absolument invalides. Si l'inefficacité de l'abaissement du seuil d'approbation à la majorité est indiscutable, il est en revanche plus controversé d'interdire son renforcement, car un tel renforcement est plus protecteur des droits des minorités et répond donc toujours à l'un des objectifs de la loi.

La CCJA ne s'est pas penchée sur cette question, et en l'absence d'une jurisprudence constante en la matière, les praticiens se sont tournés vers le droit comparé, notamment le droit des sociétés français, très proche du pouvoir judiciaire institué par l'AUSCGIE (en l'occurrence, le Code de commerce comprenait avec l'article 557-1 de l'AUSCGIE[129]).

La doctrine française est divisée sur cette question, principalement parce que la Cour de cassation[130] ne dispose pas d'une jurisprudence incontestée. Une partie de la doctrine est que les clauses des pactes d'actionnaires précisant les conditions d'obtention de la majorité des voix dans les assemblées publiques d'une société anonyme sont valables lorsqu'elles ne font pas obstacle à la vie sociale et ne constituent pas un obstacle à la possibilité de destituer un dirigeant[131].

D'autres théoriciens soutiennent que le caractère absolu de la nullité du Code de commerce ne permet aucunement d'y déroger[132]. La première solution s'applique, quelle que soit la forme de société par actions choisie, y compris la création d'actions de préférence[133]. Les actions de préférence peuvent être créées au moment de la constitution ou en cours d'existence de la société et peuvent être assorties de tout type de droits spécifiques attachés, qu'ils soient temporaires ou permanents. La souplesse des conditions de création des actions de préférence permet une grande liberté dans la détermination des droits pouvant être attachés aux actions de préférence.

---

[129] Voir l'article L.225-121 du Code de Commerce français

[130] Un arrêt de la Cour de cassation semble admettre le renforcement des règles de majorité mais celui-ci ne constitue qu'une décision d'espèce qui ne met pas fin à la controverse (Cass. com. 20 févr. 1978, Rev. sociétés 1 978 746).

[131] En ce sens, notamment, MERLE Philippe, *Droit Commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz, 14e éd., 2010, n° 493 et BOUGNOUX A., « Assemblées d'actionnaires. Assemblées générales extraordinaires. Généralités. Fonctionnement », *JCL* Fasc. 140-10, 18 mars 2013, n° 81.

[132] En ce sens, notamment, CHARVERIAT A. *et alii*, Sociétés Commerciales, Mémento Pratique, Francis Lefebvre, Éditions Francis Lefebvre, 2013, n° 69120 ; GUYON Yves , « Assemblées d'actionnaires », *Répertoire de droit des sociétés*, septembre 2002, 110 168 et SCHILLER Sophie, « Pactes d'Actionnaires (Clauses statutaires et pactes extrastatutaires »), *Répertoire de droit des sociétés*, février 2009, n° 103.

[133] Article 778-1 de l'AUSCGIE.

Ainsi, les actionnaires minoritaires dont les parties souhaitent conférer un droit de veto souscriront des actions de préférence, qui seront assorties d'un droit de veto attaché à certaines décisions. Par exemple, si un actionnaire majoritaire d'une société détient 75 % du capital social et qu'un autre actionnaire majoritaire en détient 25 %, il est souhaité que toute modification de l'objet social ne puisse se faire qu'avec l'accord des deux actionnaires, alors il sera nécessaire d'émettre des actions de préférence aux actionnaires minoritaires (ou convertir les actions ordinaires de ces derniers en actions de préférence), et prévoir dans les statuts de la société que toute résolution visant à modifier l'objet social doit être votée par l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires de préférence et assemblée générale extraordinaire des actionnaires.

Une deuxième solution envisageable est l'utilisation d'une autre forme sociale, la société par actions simplifiée, qui présente l'avantage de laisser les actionnaires libres d'organiser la gouvernance de l'entreprise et donc de fixer librement la majorité de l'assemblée générale. Corollaire de cette liberté d'organisation, les actionnaires sont tenus d'assurer une régulation très complète s'ils souhaitent disposer d'une gouvernance efficace à long terme et protéger efficacement les intérêts des actionnaires minoritaires à l'échelle mondiale. C'est aussi pour cette raison que l'accord unanime des associés[134] est requis pour transformer une société existante en société par actions simplifiée.

Paragraphe 2 : La reconnaissance des droits patrimoniaux des actionnaires minoritaires

Les droits en argent constituent la véritable raison d'être de l'actionnariat social. En fait, ce serait une hérésie de penser que l'on décide d'entrer dans une société commerciale, *a fortiori* avec capital, sans en attendre une multiplication des investissements. Les droits politiques assurent ainsi l'expression des droits financiers. C'est pourquoi un certain nombre de droits doivent leur être garantis, notamment le droit de récupérer l'apport initial en cas de liquidation de la société, ainsi que le droit de percevoir des bonis de liquidation, le droit préférentiel de capitalisation, notamment réserves et bénéfices distribuables (**A**) et dividendes (**B**).

A. La vocation aux bénéfices

[134] Article 853-6 de l'AUSCGIE « La décision de transformation en société par actions simplifiée est prise à l'unanimité des associés. Il en est de même en cas de fusion-absorption d'une société par une société par actions simplifiée. Toute délibération prise en violation du présent article est nulle ».

En matière d'argent, les actionnaires jouissent d'une grande liberté dans l'application de l'article 146 de l'AUSCGIE[135]. Contrairement aux droits de vote et aux dividendes, qui sont l'un des privilèges fondamentaux des associés, la réglementation est beaucoup plus stricte. Une société anonyme repose sur un principe fondamental[136], estampillé d'ordre public : « à valeur nominale égale droit de vote égale »[137]. Qu'en est-il des conditions de bénéfice distribuable (**1**) et des augmentations de capital de souscription (**2**) ?

1. Les exigences relatives aux bénéfices distribuables

En vertu de l'article 4 de l'AUSC mentionné ci-dessus, l'objectif d'une société commerciale est de permettre à ses créateurs de participer aux bénéfices ou de bénéficier des économies pouvant découler de ses opérations. Une société, comme une association, qui ne distribue jamais les bénéfices qu'elle réalise, ne respecte pas *a priori* sa finalité, qui n'est pas celle des machines à thésauriser. Cela signifie que les actionnaires ont tous droit aux bénéfices. Dans ce cas, l'assemblée générale des actionnaires décide de la répartition des résultats conformément aux dispositions légales et réglementaires. Selon l'article 142 de l'AUSC[138], elle doit également constituer la réserve légale et les contributions nécessaires à la réserve légale.

En ce qui concerne les bénéfices, ils doivent être distribuables en vertu de l'article 143 de l'AUSCGIE. Et cet article définit le bénéfice distribuable comme le résultat de l'exercice, additionné du bénéfice reporté, diminué de la perte antérieure et du fonds commun de réserve de la loi applicable et des statuts de la société. En d'autres termes, sans bénéfices, les actionnaires ne reçoivent rien, et même s'il y en avait, les entreprises pourraient décider de les utiliser comme réserves pour se financer. Quoi qu'il en soit, le contrat de société détermine la part des bénéfices de chaque partenaire.

Toutefois, il convient de noter que le droit à la séparation s'étend jusqu'à la dissolution du partenariat. En effet, les actionnaires doivent se partager le reliquat de l'actif social après

---

[135] Art. 146 de l'AUSCGIE : « Les modalités de mise en paiement des dividendes sont fixées par la collectivité des associés ou, par le conseil d'administration, l'administrateur général ou le gérant, selon le cas. Dans tous les cas, la mise en paiement des dividendes doit avoir lieu dans un délai maximum de neuf (9) mois après la clôture de l'exercice. La prolongation de ce délai peut être accordée par la juridiction compétente ». Voir également : art. L 228-11 du C. com.

[136] Art. L. 225-122 C. com.

[137] DEBRUT Valérie, *L'aménagement statutaire du droit de vote dans la société anonyme*, Mémoire Master II, Poitiers, 2006, p. 38.

[138] Art. 142 : « L''assemblée générale décide de l'affectation du résultat dans le respect des dispositions légales et statutaires. Elle constitue les dotations nécessaires à la réserve légale et aux réserves statutaires ».

désintéressement des créanciers, ce qui implique alors la reprise des apports[139] en capital et le partage effectif des bonis de liquidation. Néanmoins, lorsque les créanciers de la société sont oubliés et qu'un partage intervient, il peut réclamer les sommes dues aux ex-actionnaires.

Il est à noter que selon l'article 54 de l'AUSCGIE[140], sauf stipulation contraire des statuts, les droits et obligations de chaque actionnaire visé à l'article 53 de l'AUSCGIE[141] sont proportionnels au montant de ses apports en capital.

2. Le droit de souscription à l'augmentation de capital.

Lorsque la société augmente son capital en numéraire, les actionnaires ont le droit préférentiel de souscription[142]. Les actionnaires ne sont jamais obligés de souscrire à une augmentation de capital, car cela augmenterait leur engagement et violerait ainsi leurs droits fondamentaux. Ainsi, un actionnaire qui ne souscrira pas ne fera l'objet d'aucune sanction, même s'il a déjà voté sur la résolution d'augmentation de capital[143].

Au contraire, lorsqu'un actionnaire veut souscrire, il doit pouvoir souscrire dans la proportion exacte du capital qu'il détient. Le délai imparti aux actionnaires pour exercer leur droit préférentiel de souscription ne pourra être inférieur à vingt jours. Ce délai est calculé à compter de la date d'ouverture de la souscription[144].

La prise de décision pour une augmentation du capital social est réglementée par les articles 360 et suivants de l'AUSCGIE. C'est l'Assemblée Générale extraordinaire (article 564

---

[139] La reprise des apports s'effectue en valeur sauf stipulation contraire. Il s'ensuit que l'apporteur d'un immeuble ou d'un fonds de commerce ayant perdu la propriété du bien ne peut le reprendre en nature, à moins qu'il ne se soit réservé cette faculté dans l'acte de société. Il n'a plus, pour ainsi dire, qu'un droit mobilier contre la société. L'apporteur en jouissance quant à lui reprend la libre propriété de son bien, tandis que celui en industrie reprend sa liberté.

[140] Art. 54 : « Sauf clause contraire des statuts ou dispositions contraires du présent Acte uniforme, les droits et l'obligation de chaque associé, visés à l'article 53 ci-dessus, sont proportionnels à ses apports, qu'ils soient faits lors de la constitution de la société ou au cours de la vie sociale. Toutefois, sont réputées non écrites les clauses 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 ».

[141] Art. 53 : « 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 aux votes des décisions collectives des associés, à moins que le présent Acte uniforme en dispose autrement pour certaines catégories de titres sociaux ».

[142] Art. 573 de l'AUSCGIE.

[143] Art. 757 de l'AUSCGIE : « Il doit pouvoir souscrire dans la proportion exacte du capital qu'il détient, afin que l'augmentation de capital n'entraîne pas de dilution de ses droits dans la société ».

[144] Art. 577 de l'AUSCGIE.

de l'AUSCGIE) qui autorise l'augmentation[145] de capital, avec un ou plusieurs bénéficiaires désignés, qui supprime également le droit préférentiel de souscription à la totalité de l'augmentation de capital social[146]. La suppression de tels droits préférentiels de souscription est opportune, par exemple, pour sauver une entreprise en difficulté, la mise en place d'un actionnariat tiers par augmentation de capital, ou encore l'intention de l'entreprise de distribuer des actions nouvelles aux salariés afin de favoriser l'actionnariat.

Les actionnaires peuvent renoncer à leur droit préférentiel de souscription au profit d'une ou plusieurs personnes désignées. Ils peuvent aussi renoncer au droit de souscrire sans en préciser ou désigner les bénéficiaires. Les actionnaires qui renoncent à leur droit préférentiel de souscription doivent le notifier à la société avant l'expiration de la période de souscription[147]. Le droit de souscription a une forte connotation patrimoniale, ce droit pouvant être négocié comme les actions elles-mêmes.

Le droit d'acheter et de vendre des actions au sens de l'article 764 de l'AUSCGIE. Il s'agit de simples cessions accordées aux actionnaires qui n'ont pas accompli les formalités requises par l'article 1690 du Code civil[148]. La transmission peut se faire par décès, par héritage ou de son vivant par cession.

B. Le droit aux dividendes de l'actionnaire

Le dividende, selon le lexique des termes juridiques, désigne la part des bénéfices réalisés par une société qui est distribuée à la fin d'un exercice aux actionnaires en application d'une délibération de l'assemblée annuelle. Leur distribution est spécialement encadrée dans les sociétés à risque limité (SARL), société par actions (SA), afin que le gage des créanciers ne soit pas entamé par une rémunération des actionnaires non justifiée par les résultats excédentaires de la société[149]. Autrement dit, c'est la distribution des parts ou des bénéfices

[145] Art. 586 de l'AUSCGIE.
[146] GOLDSTEIN Samuel, « Le droit préférentiel de souscription (SAS, SA, etc.) », 2021. Disponible sur le site : https://www.legalplace.fr/guides/droit-preferentiel-souscription/. V. également : L'article L225-132 a été modifié par l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 – art. 13 : « Les actions comportent un droit préférentiel de souscription aux augmentations de capital. Les actionnaires ont, proportionnellement au montant de leurs actions, un droit de préférence à la souscription des actions de numéraire émises pour réaliser une augmentation du capital social ».
[147] Art. 757 de l'AUSCGIE.
[148] Code civil français « Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. Néanmoins, le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique ».
[149] GUINCHARD Serge et DEBARD Thierry (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 14e éd., Dalloz, 2022-2023, p. 391.

réalisés à la fin de chaque exercice aux actionnaires conformément aux règles applicables en la matière. La décision de distribution de dividende peut relever l'état de santé actuel de la société, surtout financière. De ce fait, les changements dans les distributions des dividendes représentent un signal fort envoyé par les dirigeants sociaux. Si c'est le cas d'une augmentation de capital, cela traduit un avenir radieux dans l'évolution future de ses bénéfices. Le cas contraire suppose d'éventuelles difficultés et les conséquences sérieuses peuvent s'en. Il est question à ce niveau d'examiner le traitement préférentiel de souscription (**1**) avant de s'intéresser à la gestion des fonds des actionnaires minoritaires (**2**).

1. Le traitement préférentiel de souscription

Le droit préférentiel de souscription est institué par l'AUSCGIE en son article 573. Ce droit est mis en application lorsque la société doit souscrire à une augmentation de capital[150]. Les actionnaires usent de ce droit dans les mêmes conditions proportionnellement au montant d'actions qu'ils disposent au sein de la société. Ce droit est irréductible[151]. Il permet aussi de maintenir l'équilibre entre les actionnaires qu'ils soient minoritaires ou majoritaires et de donner une priorité aux actionnaires par rapport aux tiers qui souhaitent y souscrire. C'est la raison pour laquelle ce droit est qualifié de droit préférentiel de souscription à titre irréductible et en tout état de cause dans la limite de la demande des actionnaires[152].

Ce droit est d'ordre public et ne peut être réduit. Selon l'article 579 de l'AUSCGIE « si les souscriptions à titre irréductible et, le cas échéant, à titre réductible n'ont pas absorbé la totalité de l'augmentation de capital :

- Le montant de l'augmentation de capital peut être limité au montant des souscriptions sous la double condition que ce montant atteigne les trois quarts au moins de l'augmentation prévue par l'assemblée lors de l'émission ;

- Les actions non souscrites peuvent être librement reparties, totalement, à moins que l'Assemblée en était autrement ;

- Les actions non souscrites peuvent être offertes au public totalement ou partiellement lorsque l'assemblée a expressément admis cette possibilité ».

[150] Art. 573 al. 1 de l'AUSCGIE.
[151] Art. 573 al. 2 de l'AUSCGIE.
[152] Art. 576 de l'AUSCGIE.

Lorsqu'il existe des actions à dividende prioritaires sans droit de vote, les titulaires des actions en bénéficient dans les mêmes conditions que les actionnaires d'un droit préférentiel à la souscription des actions nouvelles. Il est aussi important de souligner que le délai de souscription accordé par le législateur doit être supérieur à vingt jours. Par conséquent, ce délai court à compter du jour de l'ouverture de souscription[153].

Les actions à dividende prioritaire sans droit de vote donnent droit à un dividende prioritaire prélevé sur le bénéfice distribuable de l'exercice avant toute autre affectation. S'il apparaît que le dividende prioritaire ne peut être intégralement versé en raison de l'insuffisance du bénéfice distribuable, celui-ci doit être réparti à due concurrence entre les titulaires d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote. Les anciennes actions sont grevées d'un usufruit ; l'usufruitier et le nu-propriétaire peuvent régler comme ils l'entendent les conditions d'exercice du droit préférentiel de souscription et l'attribution d'actions nouvelles. À défaut d'accord entre les parties, les règles suivantes seront applicables :

- Le droit préférentiel de souscription attaché aux actions anciennes appartient au nu-propriétaire. Si le nu-propriétaire vend ses droits de souscription, les sommes provenant de la cession ou les biens acquis en remploi au moyen de ces sommes sont soumis à l'usufruit[154].

- Les actions nouvelles appartiennent au nu-propriétaire pour la nue-propriété et à l'usufruitier pour l'usufruit[155].

De ce qui précède, il est à retenir qu'une entreprise qui souhaite procéder à la liquidation de ses actions, est une stratégie d'augmentation de son capital en numéraire. L'assemblée générale extraordinaire est seule compétente pour décider d'une augmentation de capital[156]. Cette augmentation n'est valable que lorsque le capital de la société est intégralement libéré. Il s'agit d'une augmentation par création d'actions numéraire. Pour sauvegarder les intérêts des nouveaux actionnaires, l'Acte uniforme leur impose une prime d'émission et reconnaît aux

[153] Art. 577 de l'AUSCGIE.
[154] Art. 582 de l'AUSCGIE.
[155] Art. 585 de l'AUSCGIE.
[156] Art. 564 de l'AUSCGIE.

anciens un droit préférentiel de souscription d'actions émises[157] ; attendu que la décision du droit à une souscription réductible[158] ressort de la compétence de l'assemblée générale.

2. La gestion des fonds des actionnaires minoritaires

La motivation première de constitution d'une société commerciale est incontestablement la réalisation de bénéfices[159], que les actionnaires se distribuent en ayant un droit sur le dividende[160]. La réalisation de bénéfice au cours d'une année d'exercice ne devrait pas nécessairement faire l'objet de bénéfice distribuable aux actionnaires. Pour que les dividendes soient distribuables, il faut que le compte social soit approuvé par les actionnaires à l'assemblée générale des actionnaires.

En France par exemple, l'article L. 232-11 al. 1 du Code de commerce le définit comme étant « le bénéfice distribuable est constitué par le bénéfice de l'exercice, diminué des pertes antérieures, ainsi que des sommes à porter en réserve en application de la loi ou des statuts, et augmenté du report bénéficiaire. En outre, l'assemblée générale peut décider la mise en distribution de sommes prélevées sur les réserves dont elle a la disposition. En ce cas, la décision indique expressément les postes de réserve sur lesquels les prélèvements sont effectués. Toutefois, les dividendes sont prélevés par priorité sur le bénéfice distribuable de l'exercice. Hors le cas de réduction du capital, aucune distribution ne peut être faite aux actionnaires lorsque les capitaux propres sont ou deviendraient à la suite de celle-ci inférieurs au montant du capital augmenté des réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer. L'écart de réévaluation n'est pas distribuable. Il peut être incorporé en tout ou partie au capital »[161].

Le législateur OHADA, lui, détermine les mécanismes de distribution de dividendes dans les dispositifs de l'AUSCGIE en ses articles 144 et suivants. Les termes de l'article 145 de l'AUSCGIE sont plus spécifiques : « Les statuts peuvent prévoir l'attribution d'un premier

[157] Art. 598 de l'AUSCGIE.
[158] Art. 575 et 579 de l'AUSCGIE.
[159] Voir art. 1832 du Code civil. Le partage de bénéfice constitutif du contrat de société. V. en ce sens, MICHA Goudet, Nature juridique des dividendes, JPC E 1998, p. 68, spéc. N° 1. Le contrat de société peut aussi avoir pour but de permettre aux associés de profiter de l'économie qui pourra résulter de l'entreprise commune.
[160] La financiarisation de l'économie tend à faire du droit aux dividendes de l'actionnaire une véritable contrainte pour les sociétés (V. COURET Alain, « La contrainte du dividende dans les sociétés par actions », *in Aspects actuels du droit des affaires. Mélange en l'honneur d'Yves GUYON*, Dalloz, Paris, 2003, p. 239). À l'inverse, un versement excessif de dividendes pourrait dans certains cas leur être reproché (COURET Alain, « Peut-on reprocher à une société d'avoir distribué trop de dividendes ? » *in Écrits le droit de l'entreprise. Mélange à l'honneur de Patrick SERLOOTEN*, Dalloz, Paris, 2015, p. 521.)
[161] Voir art. 232-2 qui intègre un corpus de dispositions relatives aux seules sociétés commerciales.

dividende qui est versé aux titres sociaux dans la mesure où l'assemblée constate l'existence de bénéfices distribuables et à la condition que ces bénéfices soient suffisants pour en permettre le paiement. Il est calculé comme un intérêt sur le montant libéré des actions ». Il est clair que le mécanisme est réglementé pour éviter toute malversation et mettre l'entreprise dans un état de cessation de paiement. Les deux législateurs mettent en évidence la protection de l'intérêt social et le maintien en vie de la société.

De toute évidence, le bénéfice de l'exercice est utilisé pour couvrir les pertes antérieures inscrites comptablement par report à nouveau négatif[162]. Mais le restant est toujours à transférer dans les réserves selon le règlement et le statut de la société[163]. Dans les sociétés cotées, le législateur impose la constitution d'une réserve légale. À cette réserve est affecté au moins un vingtième du bénéfice de chaque perte de l'exercice de l'année antérieure[164]. Lorsque la réserve atteint le dixième du capital social, le prélèvement cesse d'être obligatoire[165]. Selon Olivier MARAUD, « une réserve statutaire s'ajoutant à la réserve légale peut également être prévue par le contrat de société, à laquelle le cas échéant une partie du bénéfice devra être affectée dans les conditions statutaires définies »[166]. Les impôts sont prélevés sur les bénéfices réalisés par la société[167]. La somme restante plus celle comptabilisée lors de l'exercice antérieur sont affectées aux réserves dites libre ou facultative. Elles peuvent aussi être affectées à la prochaine assemblée générale[168]. Elles peuvent en outre être distribuées aux actionnaires sous forme de dividende. De tout ce qui précède, il n'est pas évident que l'acquisition des dividendes se fasse de façon automatique[169].

Même en cas de réduction de capital, si les capitaux propres après distribution sont inférieurs au montant de l'augmentation de capital de la réserve publique prévue par la loi ou les statuts de la société, ils ne seront pas distribués aux actionnaires. La distribution[170] n'est pas

---

[162] MARAUD Olivier, *Les associés dans le droit des entreprises en difficultés*, LGDJ, Lextenso, 2021, p. 170.
[163] Les réserves peuvent être définies comme étant : « la partie du passif interne qui excède le capital social et dont l'exigibilité est retardée avec ou sans le consentement des associés ». LACOMBE Jean, *Les réserves dans les sociétés par actions*, thèse, droit, Cujas, Paris, 1962, spéc. n° 62). Sur les différentes formes de réserves et leurs affectations possibles. Voir Jean LACOMBE, op. cit., n° 65 et s. et n° 146 et s.
[164] MARAUD Olivier, *Les associés dans le droit des entreprises en difficultés, op. cit.,* p. 170.
[165] V. art. L. 232-10 C. com.
[166] MARAUD Olivier, *Les associés dans le droit des entreprises en difficultés, op. cit.,* p. 170. Les réserves statutaires s'avèrent rares en pratique. V. COZIAN Maurice, VIANDIER Alain et DEBOISSY Frédérique, *op. cit.,* n° 596 ; MERLE Philippe et FAUCHON Alain, *op. cit.*, n° 623, réserve légale et réserve statutaire forment les réserves dites « obligatoire ».
[167] *Ibidem*.
[168] Elles sont inscrites comptablement en report à nouveau positif. Pour une réflexion sur la nature juridique du report à nouveau. V. BARBILLON, « La nature juridique du report à nouveau », *BJS* n° 5, 2017, p. 345, §116j2.
[169] MARAUD Olivier, *Les associés dans le droit des entreprises en difficultés, op. cit.,* p. 171.
[170] Art. 143 al. 3 de l'AUSCGIE.

autorisée. Cependant, selon l'article 144 de l'Acte uniforme, après avoir approuvé l'état récapitulatif des comptes[171] et constaté l'existence de sommes distribuables[172], l'assemblée générale des actionnaires décide : « le cas échéant, les dotations à des réserves facultatives ; la part de bénéfices à distribuer, aux actions ; le montant du report à nouveau éventuel ».

En cas d'ouverture d'une procédure collective par exemple, aucun texte du droit des entreprises en difficulté ne vient expressément remettre en cause le droit aux bénéfices des actionnaires[173]. L'ouverture d'une procédure n'altère que ponctuellement le fonctionnement de la société[174]. À ce niveau, la tenue de l'AG des actionnaires n'est aucunement remise en cause[175] lorsque la société est dans une période d'observation[176]. Les assemblées générales des actionnaires tiennent toujours lieu périodiquement.

Il convient toutefois de noter qu'une convention de société peut effectivement prévoir que certains actionnaires auront des dividendes privilégiés. La seule limitation est le respect des dispositions des conditions prévues par le statut. C'est la seule issue, car en cas de violation de ces dispositions et de celles relatives à tous les droits politiques ou financiers des actionnaires, les contrevenants seront sanctionnés autant qu'ils le peuvent pour transgresser les droits des actionnaires, mettant en péril les droits des actionnaires que le législateur entend prévoir.

Section 2. Les sanctions des violations des droits des actionnaires minoritaires

Seules des sanctions peuvent assurer l'effectivité de la législation et le législateur OHADA entend faire respecter les droits qu'il reconnaît aux actionnaires, partenaires économiques et entrepreneurs du développement. Ceci est d'autant plus louable que les décisions les plus importantes liées à l'exploitation sont prises à l'assemblée. Des sanctions en cas de violation de ces droits sont donc nécessaires. Par conséquent, les législateurs africains ont fourni aux actionnaires une variété de moyens pour protéger leurs droits. La première et la

---

[171] Juridique et fiscal, « AG décider le versement de dividende », 05/2010, disponible sur le site : https://rfcomptable.grouperf.com/article/0372/ms/rfcompms0372_2850917.html.
[172] DE BESSY Arnaud, « Abattement légal sur les distributions officielles : notion de dividende n'est pas mort », Droit fiscal, n° 39, 24 septembre 2015, comm. 525. Disponible sur le site : https://publications.ut-capitole.fr/id/eprint/21171/1/21171_De%20Bissy.pdf.
[173] V. MENJUCQ, Contrat de société et droit des entreprises en difficultés, *BJE* n° 1, 2019, p. 60, § 116r1, spéc. p. 61.
[174] MARAUD Olivier, *Les associés dans le droit des entreprises en difficultés, op. cit.*, p. 171.
[175] V. SOINNE Bernard. *Traité de procédures collectives,* 2e éd., Litec, Paris, 1995, n° 1284 ; LEGROS Jean-Pierre, *Sociétés et droit des entreprises en difficulté : gestion et restructuration de la société, in* Entreprises en difficulté, dir. P. ROUSSEL GALLE, LexisNexis, coll. Droit 360, Paris, 2012, p. 433, spéc. n° 133. Les assemblées générales continuent de se prononcer sur la révocation ou la désignation des dirigeants sociaux, sur d'éventuelles conventions réglementées, sur l'approbation des comptes, etc.
[176] *Ibidem.*

plus courante consiste à abolir les actions qui portent atteinte aux droits des actionnaires et à responsabiliser les participants à l'assemblée. Cependant, une crise au sein du parlement peut nécessiter l'intervention d'un tiers pour l'éviter.

Paragraphe 1 : Les sanctions possibles à titre principal

Les sanctions s'entendent en principe comme des dispositions applicables à l'entreprise en cas de découverte d'une infraction. Certaines de ces sanctions peuvent cibler des violations des droits des actionnaires (**A**) ou affecter ceux qui compromettent ainsi ces droits (**B**).

A. La répression des actes compromettants

La mise en place du régime d'invalidation législative OHADA constitue une mesure corrective à une crise juridique au sein d'une société commerciale, potentiellement au détriment des actionnaires[177]. En effet, l'annulation est la sanction des règles qui protègent les intérêts des actionnaires particuliers. Cette mesure, assez draconienne tant pour l'entreprise que pour les actionnaires a fait l'objet de nombreuses clarifications. De plus, comme le droit français[178], la loi uniforme adopte une solution plus radicale, ne reconnaissant d'invalidité qu'avec le plus grand soin.

Cependant, étant donné que la nullité d'un contrat d'entreprise peut causer plus de préjudices aux actionnaires qu'elle ne protège réellement[179] les actionnaires, nous distinguerons l'annulation d'un champ d'application très limité d'actes modificatifs et les actes fonctionnels non modificatifs, plus souples, de violations d'entreprise (**1**), et les conditions d'exercice de ces actions (**2**).

1. L'abrogation des actes faisant grief

S'il n'y a pas d'ambiguïté terminologique dans l'inefficacité des personnes morales, modifier la loi pourrait en revanche prêter à confusion. C'est pourquoi il est important d'identifier les implications des actions qui peuvent être annulées. Pour les définir, l'Acte uniforme inclut le livre VIII, expressément consacré à « la nullité des sociétés et des actes

[177] Il y a crise juridique lorsque la décision prise par les organes sociaux n'est pas conforme aux lois et aux règlements. COZIAN Maurice et *al.*, *Droit des sociétés*, Litec, n° 510, p. 188.
[178] Voir la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.
[179] L'intérêt premier d'un actionnaire étant, en effet, la multiplication de ses déplacements, on voit mal comment la disparition de la société dans laquelle il a porté ses investissements serait de nature à lui plaire.

sociaux »[180], mais prévoit dans son article 242, la nullité des sociétés ou toute loi modifiant les actes, décisions ou délibérations de la société. Cela signifie que le mot acte sera utilisé pour désigner indifféremment les décisions, les délibérations et les actes eux-mêmes[181].

Mais la question est de savoir quelles actions modifient les statuts de la société au détriment des actionnaires. Pour répondre à cette question, nous dirions qu'il s'agit essentiellement des décisions de la session extraordinaire[182].

Une clarification terminologique est apportée, mais les motifs de nullité affectant les modifications restent à déterminer. Elles sont déterminées par l'article 242 de l'AUSC, selon lequel la nullité d'un acte portant modification d'une loi est due à une infraction à une disposition expresse de l'Acte uniforme (**a**) ou à une infraction au texte régissant les contrats nuls (**b**).

a. **Le cas d'une violation expresse de l'Acte uniforme**

L'évolution de la radiation des sociétés commerciales dans les législations des pays membres de l'OHADA a eu tendance à harmoniser les garanties exigées par les sociétés pour protéger les intérêts des actionnaires. Cette préoccupation se manifeste dans toutes les violations. Les causes des effets néfastes et de l'invalidation des modifications qui en résultent pour violation des dispositions expresses de l'Acte uniforme sont déterminées en raison de leurs conséquences fâcheuses au sein de l'entreprise.

En effet, prendre des mesures visant à modifier les statuts de la société peut avoir des conséquences graves tant pour la société que pour les actionnaires, car il peut en résulter une augmentation des risques et des engagements vis-à-vis des actionnaires, ou une diminution de leur responsabilité. Par ailleurs, le législateur OHADA entend encadrer toute initiative de modification[183] de la réglementation en rattachant les actions précitées à la sanction de nullité[184].

---

[180] Voir Livre 8 de l'AUSCGIE (Art. 242 à 256). Disponible sur le site : https://loidici.biz/2018/09/07/livre-8-nullite-de-la-societe-et-des-actes-sociaux-2014/lois-article-par-article/le-droit-des-affaires/les-societes-commerciales-et-gie/

[181] V. BAMDE Aurélien, « La nullité des sociétés, Droit commercial, Droit des sociétés », 15 décembre 2016. Disponible sur le site : https://aurelienbamde.com/2016/12/15/la-nullite-des-societes/

[182] Transformation de la société, augmentation ou réduction du capital social.

[183]https://www.lecoindesentrepreneurs.fr/gestion-entreprise/formalites-juridiques/autres-modifications-statutaires/

[184] V. BAMDE Aurélien, « La nullité des sociétés, Droit commercial, Droit des sociétés », 15 décembre 2016. Disponible sur le site : https://aurelienbamde.com/2016/12/15/la-nullite-des-societes/

La nullité de l'acte de modification des statuts d'une société commerciale peut être assimilée à la nullité de la société elle-même ; ceci explique qu'elle soit beaucoup plus rare[185] compte tenu des graves conséquences qu'elle peut avoir. Selon les dispositions de l'AUSCGIE en son article 242 « la nullité d'une société ne peut résulter que d'une disposition du présent Acte uniforme la prévoyant expressément ou, sous réserve des dispositions de l'alinéa suivant, des textes régissant la nullité des contrats. La nullité de la société emporte sa dissolution suivie de sa liquidation conformément aux dispositions du présent Acte uniforme »[186]. Il s'agit principalement de la décision de l'assemblée générale extraordinaire[187], ainsi que des décisions prises par d'autres organes de la société lorsque la loi les autorise à modifier les statuts[188] de la société. Par ailleurs, nous pensons qu'à ce stade, nous pouvons et devons assimiler les décisions de l'AGE lorsqu'elles impliquent une modification des statuts. En effet, la modification des statuts approuvée par l'Assemblée Générale Extraordinaire des Actionnaires n'a finalement été adoptée qu'après l'approbation de l'Assemblée Générale Extraordinaire des Actionnaires. Ainsi, sauf les cas expressément prévus par l'Acte uniforme, pour ne pas remettre en cause la modification des statuts, l'annulation[189] d'une assemblée spéciale est soumise au même régime que l'annulation d'une assemblée spéciale.

Notons que si les législateurs français et africains sont hostiles à l'invalidation des amendements, le premier semble un peu souple et propose pas mal d'hypothèses pouvant conduire à l'invalidation de ces amendements[190]. Les législateurs OHADA préfèrent une formule où certains actes des sociétés sont « réputés non écrits », de sorte que, comme indiqué ci-dessus, l'invalidation n'intervient que dans des circonstances exceptionnelles[191]. Les

[185] Contrairement aux causes de nullité des actes non modificatifs des statuts.
[186] L'OHADA, Acte uniforme relatif au droit des sociétés commercial de 2014.
[187] Car seules ces assemblées sont en principes compétentes pour modifier les statuts, et ce dans toutes les dispositions. Art. 551 de l'AUSCGIE.
[188] Par exemple du conseil d'administration autorisé par l'assemblée à réaliser une augmentation de capital, ou encore du conseil d'administration décidant le transfert du siège social dans les limites du territoire d'un même État partie. Voir les articles 451 et 568 de l'AUSCGIE.
[189] L'action en nullité aura comme conséquence l'annulation de la décision prise. Les actionnaires devront alors se prononcer à nouveau sur le projet. Si la prise de décision est problématique et bloquante pour la société, le juge peut ordonner la dissolution de celle-ci. Il a été jugé par la CCJA dans son arrêt 201/2016 du 29 décembre 2016 que la mésentente entre associés de nature à rendre impossible le fonctionnement normal de la société est une cause de dissolution de la société au sens de l'article 200 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales. Est par conséquent cassé l'arrêt qui, dans ces conditions, refuse de prononcer la dissolution.
[190] Pour la nullité des actes modificatifs en droit français, Voir les articles 72-1 ; 153 ; 156 ; 167, 173 ; 183 al. 3 ; 186 al. 1er ; 194-4 ; 197-1 ; 198 ; 207 al. 1er ; 208, etc. la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966.
[191] Art. 552 AUSC, par exemple, pour les règles de réunion, de quorum et de majorité de l'Assemblée générale extraordinaire ; art. 572 à propos de la modification du capital. L'article dispose, en effet : « le capital doit être intégralement libéré avant toute émission d'actions nouvelles à libérer en numéraire, à peine de nullité de l'opération » ; art. 130, pour la nullité des décisions collectives en cas d'abus de majorité

corporations et modifications ne sont pas seulement soumises aux causes de nullité expressément prévues par l'Acte uniforme. À cela s'ajoutent des clauses du droit des contrats.

b. Le cas d'invalidité fondée sur le droit des contrats

Le droit des sociétés a des liens importants avec le droit général des contrats. Par conséquent, l'application invalide de l'amendement adopté en violation des dispositions de ce droit est logique et appropriée. En effet, si la référence aux contrats en termes de négociation est quelque peu orthodoxe[192], le caractère spécifique des décisions prises à l'assemblée générale des actionnaires ne suffit pas à les soustraire aux contingences du droit des obligations[193] ; cette interprétation est surtout importante pour limiter les pouvoirs des sessions extraordinaires aux limites raisonnables. Ainsi, en ajustant ces principes, aux dispositions de l'article 243 de l'AUSCGIE, la nullité[194] de tous actes, décisions[195] ou délibérations modifiant les statuts ne peut résulter que : « d'une disposition du présent Acte uniforme la prévoyant expressément ; des textes régissant la nullité des contrats en général ; ou de la violation d'une clause des statuts jugée essentielle par la juridiction compétente ».

La deuxième catégorie de vides affectant les modifications législatives est beaucoup plus importante que la précédente. Il comprend également deux séries de cas invalides : d'une part, les cas où un contrat est invalide par méconnaissance des règles générales de validité des contrats prévues à l'article 1108 du Code civil ; d'autre part, résultant de la méconnaissance des règles particulières régissant la formation des contrats de partenariat.

Selon l'article 1108 du Code civil, quatre conditions doivent être remplies pour qu'une convention soit effective : le consentement du contractant ; sa capacité à contracter ; l'objet spécifique constituant l'objet de l'engagement ; et un motif légitime pour l'obligation. Mais ces conditions de validité du contrat ne sont approuvées que dans des cas exceptionnels. Afin de mesurer dans quelle mesure les motifs de cette sanction relèvent de la loi sur les sociétés

[192] Étant donné que les modifications statutaires sont généralement prises collectivement, les délibérations ne sont, en effet, pas des contrats. Ainsi, il faut adapter les décisions collectives aux principes régissant les contrats de droit commun. Voir RIPERT Georges et ROBLOT René, *Les sociétés commerciales*, LGDJ, 19e éd., 2009, p. 190.
[193] COZIAN Maurice, VIANDIER Alain et DEBOISSY Florence, *op. cit.*, p. 190.
[194] MBIKAYI Kalongo, *Droit civil*, Tome 1 – *Les obligations*, Ed. UA, Kinshasa, p. 123
[195] Il a été jugé par la Cour de cassation que doit être cassée en totalité pour insuffisance de motivation équivalant à une absence de motivation […] la décision de fond qui se borne à constater le fait dommageable, le dommage et « lien de causalité » sans relever l'élément moral nécessaire à la réalisation de l'hypothèse légale. (CSJ, RP. 82, 10 août 1974, Affaire Kapamba et Marcel De Groote C/MP, Bulletin des arrêts de la Cour Suprême de Justice 1974, année d'édition 1975, p. 241-245, in Odon Nsumbu Kabu, Cour Suprême de Justice : Héritage de demi-siècle de jurisprudence, Les analyses juridiques, Kinshasa, 2015, p. 281)

commerciales, nous examinerons tour à tour les manquements susceptibles d'affecter chacune de ces conditions et d'invalider ainsi la modification. L'article 242 al. 3 de l'AUSCGIE met en évidence la nullité résultante du vice de consentement et l'incapacité en ses termes : « Dans les sociétés à responsabilité limitée et dans les sociétés par actions, la nullité de la société ne peut résulter ni d'un vice de consentement ni de l'incapacité d'un associé à moins que celle-ci n'atteigne tous les associés fondateurs ».

Cette disposition qui s'est inspirée de l'article 360 de la loi française du 24 juillet 1966 susvisée. Cela signifie que les actionnaires ne peuvent invoquer la nullité de la délibération pour modifier les statuts de la société que si ces violations affectent tous les actionnaires, ce qui, comme nous l'avons souligné, est une hypothèse très théorique qui constitue une forme de discrimination. En revanche, en l'absence de disposition spécifique à l'article 242. Il faut admettre que l'absence totale de consentement, même si un seul actionnaire était en cause, invaliderait les délibérations ci-dessus.

De même, faute de consentement, les demandes d'invalidité peuvent être fondées sur la fraude[196], l'erreur[197] ou même la violence[198]. Surtout en cas de fraude, la difficulté vient du fait qu'on se demande si, en droit civil, ce sont les agissements d'un seul actionnaire ou de tous les coactionnaires qui doivent être sanctionnés. La réponse est difficile. Dans tous les cas, les juges devront peser les implications pour voir si l'invalidité peut être évitée.

Il se pose également la question de savoir si, dans une société de capitaux, un acte de modification des statuts peut être invoqué par les actionnaires, personnes physiques et peut entraîner l'annulation d'un acte de modification des statuts. En tout état de cause, la jurisprudence française l'a admis sur la base de la législation française d'avant 1966[199], et il semble avoir conservé son statut sous l'influence du droit existant[200].

[196] V. Cass. Com. 26 avril 1971, *JCP* 1972
[197] V. Cass. Com. 27 janvier 1982
[198] V. CA Paris, 19 mars 1981, *D*. 1981. 405.
[199] Cass. Com. 26 avril 1971, *JCP* 1972, note BERNARD, *Rev. Soc*. 1972, p. 248, pour un dol à l'occasion d'une augmentation de capital.
[200] Ainsi, dans un arrêt du 19 mars 1981 (CA Paris, 19 mars 1981, Dalloz, 1981, p. 405, JCP, 1982, II, n° 19720, note Yves GUYON), la Cour de Paris n'a écarté aucun grief de violence invoqué par certains actionnaires pour obtenir l'annulation de la renonciation à un droit préférentiel de souscription que parce qu'elle a pu relever que « c'est en toute connaissance de cause et hors de toute « violence » au sens de l'art. 1109 du Code civil, mais seulement en raison de la nécessité de remédier à une situation catastrophique que les administrateurs d'abord, les actionnaires ensuite, se sont prononcés favorablement, à une large majorité, pour l'augmentation de capital ». Voir également Cass. Com., 27 janvier 1982, Rev. Soc. 1982, p. 825, note BOULOC.

Ainsi, la décision du tribunal français suggère implicitement que le défaut de consentement peut être une source d'invalidité pour les délibérations d'une assemblée extraordinaire, même s'il n'affecte pas tous les actionnaires. Selon nous, la jurisprudence africaine devrait s'inspirer de la position de la jurisprudence française en raison des limites du vice du consentement de la société de capitaux, qui peut avoir des conséquences graves pour les actionnaires.

Quant à la nullité de l'incapacité, il semble n'y avoir aucune possibilité de prescription. L'incapacité n'entraîne l'invalidité que si elle affecte tous les associés fondateurs de la société par actions. Il convient également de souligner que, par référence aux principes généraux du droit, le dol constitue un motif de nullité de l'acte de modification des statuts. En fait, la fraude corrompt tout[201], y compris les délibérations de l'assemblée générale[202]. En application du droit commun des contrats, les objectifs de l'entreprise, c'est-à-dire l'ensemble des activités que l'entreprise entend exercer[203] telles que déterminées par le contrat social, doivent être à la fois définis possibles et légaux. La sanction de ces différentes exigences serait l'invalidation de l'entreprise, et l'invalidation stricte, puisque la capacité traditionnelle de légitimation est ici anormalement close[204], du moins là où l'objet est illicite, et, de surcroît, en invalidité échappe à la prescription triennale prévue à l'article 251 de l'AUSCGIE.

Selon ce qui précède, la délibération de l'assemblée intérimaire doit également être certaine, probable et légale. Ainsi, la suppression de la délibération avec excès de pouvoir peut être justifiée en la considérant comme ayant un objet illégitime. Surtout lorsque l'assemblée intermédiaire porte atteinte aux droits individuels des actionnaires[205], elle dénature le mécanisme prévu par la loi pour assurer le fonctionnement normal de la société[206]. Quant à savoir pourquoi, l'application de l'article 1131 du Code civil a abouti à ce que sa demande soit à la fois vraie et légale. La sanction sera encore l'invalidité de la délibération, quelle que soit la forme sociale. Par conséquent, dans ces hypothèses, les droits et intérêts des actionnaires doivent être protégés et non abusés.

---

[201] LOKOTILOVA Yulia, « l'efficacité des pactes d'actionnaires », *La lettre des réseaux*. https://www.lettredesreseaux.com/P-1089-485-A1-l-efficacite-des-pactes-d-actionnaires.html Voir art. L. 341-1 et L. 341-2 du code de commerce français.

[202] COZIAN Maurice, VIANDIER Alain et DEBOISSY Florence, *Droit des sociétés*, Litec, 21e éd., 2001, p. 291

[203] À distinguer du contrat de société, entendu comme les apports effectués.

[204] Voir art. 246 AUSC.

[205] Droit de faire partie de la société, droit de ne pas être contraint à une augmentation des engagements, droit de vote, droit aux bénéfices et aux réserves et droit de négociations des actions.

[206] V. Paris com., 12 juin 1972, R.D.C., 1972, 650, Obs. HOUIN.

Une formule utilisée à l'article 243 de l'AUSCGIE préserve également des causes de nullité pour la violation par une société des règles spécifiques à la formation d'un contrat de société[207]. Ce sont les éléments essentiels d'un contrat de partenariat, à savoir : existence des apports, diversité des partenaires et relations sociales. Mais l'avènement de l'OHADA et de son Acte uniforme a entraîné la nullité du refus faute de pluralité d'associés pour le cas des SARL et des SA[208]. Parce que le caractère fictif de la contribution est entièrement socialement dirigé, seul le manque d'*affectio societatis* retient notre attention.

En effet, l'affectio societatis suppose l'existence d'un contrat de partenariat, non seulement l'accord de volontés des deux parties, mais aussi la volonté persistante de coopérer sur un pied d'égalité pour réaliser un travail commun. Sans elle, la société n'est qu'une apparence, une fiction[209] sans valeur. Malheureusement, cet élément ne figure pas dans les dispositions explicites de l'Acte uniforme. Cependant, il peut être déduit de l'article 4, alinéa 2, de l'Acte uniforme précité, qui préconise la création d'une société au profit mutuel des actionnaires[210]. Au vu de ces analyses, la cohérence qui se dégage est que la délibération ne peut être annulée en vertu des dispositions expresses du droit des sociétés, mais peut être annulée en vertu des règles générales des contrats. Nous pouvons aussi le dire, les fusions et scissions font l'objet d'un régime particulier, prévu dans les dispositifs de l'AUSCGIE en son article 198, en ces termes, « à peine de nullité, les sociétés participant à une opération de fusion, scission, apport partiel d'actifs sont tenues de déposer au greffe une déclaration dans laquelle elles relatent tous les actes effectués en vue d'y procéder et par laquelle elles affirment que l'opération réalisée en conformité du présent Acte uniforme ». Cependant, les législateurs OHADA en quête de nullité[211] semblent savoir qu'il existe un certain inconvénient lorsqu'il s'agit d'actes sociaux qui ne modifient pas les statuts de la société, mais qui violent ou menacent de violer les droits des actionnaires.

---

[207] YAYA SAR Adama, « L'intégration juridique dans l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA) et dans l'organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA) », PUAM, 15/04/2015, p. 95-204. Disponible sur le site : https://books.openedition.org/puam/390?lang=fr

[208] Les articles 309 pour la SARL et 385 pour la SA de l'AUSC consacrent la possibilité de créer une SARL ou SA avec un seul associé, de même que la SA, avec un seul actionnaire. On parle de SARL ou SA unipersonnelle. L'article 5 de l'AUSC consacre expressément d'ailleurs la société unipersonnelle.

[209] CCJA, Avis n° 002, demande d'avis n° 255/SP/DAJ/OHADA/2015 du 21 avril 2015 : République Démocratique du Congo. Disponible sur le site : https://www.ohada.com/documentation/jurisprudence/ohadata/J-16-208.html

[210] ANOUKAHA François, Cours de droit des sociétés commerciales et GIE OHADA, Université de DSCHAMP, 2004-2005, inédit.

[211] V. BAMDE Aurélien, « La nullité des sociétés, Droit commercial, Droit des sociétés », 15 décembre 2016. Disponible sur le site : https://aurelienbamde.com/2016/12/15/la-nullite-des-societes/

2. La nullité des actes faisant grief

Selon l'article 244 de l'AUSCGIE, « la nullité de tous actes, décisions ou délibérations ne modifiant pas les statuts de la société, ne peut résulter que d'une disposition du présent Acte uniforme la prévoyant expressément ; de la violation d'une disposition impérative du présent Acte uniforme, des textes régissant les contrats ou d'une clause des statuts jugée essentielle par la juridiction compétente ». Cette disposition nous révèle clairement que les causes de nullité sont ici encore entendues de manière stricte.

Toutefois, elles ne s'appliquent que dans une moindre mesure aux sociétés et à l'acte de modification de leurs statuts constitutifs. En fait, l'expression « violation de dispositions impératives » laisse place à des suppositions quasi invalides non expressément énoncées dans le texte[212], comme on peut le constater.

Par conséquent, il est nécessaire de définir clairement le champ couvert dès le départ par l'article 244 de l'AUSC. À ce titre, toutes les éventuelles décisions juridiquement contraignantes des organes délibérants de la société doivent être prises en compte. Par conséquent, seules les décisions prises dans le cadre institutionnel sont couvertes. Le terrain est précis, maintenant il faut se concentrer sur les sources invalides. L'article 244 de l'Acte uniforme en mentionne trois : les dispositions de la présente loi, le texte du contrat et les statuts. À noter également qu'en ce qui concerne le texte du contrat, on peut transposer ici les évolutions en matière d'annulation et de modification corporatives. Deux de ces sources seront considérées, à savoir l'invalidité pour violation de dispositions impératives de la loi uniforme et l'invalidité pour violation de dispositions légales.

B. La mise en application de la nullité

Lorsqu'il y a cause d'invalidité, le sort de la société ou la mauvaise délibération est lié au droit d'exercer une action en nullité. Sont également liés à ce sort le délai de prescription, la réparation éventuelle des vices et le pouvoir du juge de prononcer la nullité. Cela nous permettra de déterminer les conséquences pertinentes.

1. Le droit d'engager une action en nullité

[212] La nullité des actes non modificatifs des statuts provenant des textes régissant les contrats se rapproche, en effet, de nullité de la société et des actes modificatifs résultant des textes régissant la nullité des contrats. Voir art. 242 de l'AUSCGIE.

Il s'agit de savoir quand, comment et dans quelles circonstances un actionnaire peut intenter une action en nullité. Pour répondre à cette question, il semble approprié de distinguer si l'annulation est relative ou absolue.

Le législateur OHADA n'a pas pris une position claire sur la question de la nullité absolue des actes. Cependant, l'AUSCGIE en son art 246 « l'action en nullité est éteinte lorsque la cause de nullité a cessé d'exister le jour ou la juridiction compétente statue sur le fond en première instance, sauf si cette nullité est fondée sur le caractère illicite de l'objet social » nous montre une hypothèse d'une action en nullité absolue.

Ainsi, lorsqu'une action vise à sanctionner un vice général, elle doit en principe être traitée comme un vice absolu, de sorte que toute personne pouvant revendiquer un intérêt légitime puisse faire valoir ses droits. En mettant l'accent sur nos intérêts légitimes dans le sens du développement, la nullité absolue de l'action couvrirait le moyen d'accroître la sécurité des droits des actionnaires. Car cela aurait pour conséquence que les actionnaires seraient considérés comme les détenteurs de l'action. Pour que l'action en nullité puisse aboutir, il faut qu'ils aient déjà possédé des titres sociaux lors du délibéré qu'ils attaquent[213].

Cependant, la question est de savoir si, en la matière, la fonction essentielle du ministère public, qui est de veiller et de faire respecter l'application de la loi, assurant ainsi l'ordre public, dispose également de ce droit. Face au silence apparent et surprenant de la législation africaine, cette préoccupation ne peut trouver de réponse que par une analyse comparative avec la législation française. Ainsi, selon les articles 422 et 433 de l'actuel Code de procédure civile, le procureur n'a pas le pouvoir d'agir si la loi ne lui reconnaît pas expressément ce droit ; sauf si l'ordre public est en cause, ce qui n'est pas le cas ici. Il convient de souligner que dans leurs textes les législateurs nationaux de l'espace OHADA demandent de transmettre au procureur de la République de chaque État.

En effet, intenter une action en justice contre la société prouve que le contrôle de la gestion d'une entreprise peut intéresser aussi bien les collectivités que les actionnaires. Dans de tels cas, la protection de l'ordre public par cette nullité. Néanmoins, on peut encore se demander si les motifs invoqués à l'appui de la demande d'expertise du procureur ont dû faire l'objet d'une appréciation originale prenant en compte l'identité du requérant. Quoi qu'il en soit, il peut y avoir un certain intérêt à utiliser cette approche pour les actionnaires dont la participation

[213] Voir Trib. Com., Paris, 3 décembre 1975, Rev. Soc. 1976, p. 106, note CHARTIER Yves.

est trop faible ou trop diffuse pour déclencher directement une action. Plus précisément, les procureurs doivent saisir les juges sur une demande (requête). Cependant, la condition de l'intérêt légitime reste essentielle à la recevabilité d'une action en nullité absolue, donc proche de l'esprit de la nullité relative.

Contrairement à la nullité absolue où chacun peut invoquer la preuve d'un intérêt légitime à l'acte, lorsque la nullité ne vise qu'à protéger les intérêts particuliers d'une personne ou d'un groupe de personnes, elle doit être considérée comme relative et ne peut donc être invoquée que par les personnes protégées par loi. Il a donc été jugé que le bénéficiaire de la renonciation[214] ne pouvait invoquer la violation des formalités destinées à protéger les anciens actionnaires titulaires du droit préférentiel de souscription lors de l'augmentation de capital réservée. Néanmoins, il faut ajouter à ce dernier son titre et ses ayants droit, ses créanciers personnels agissant par action indirecte, et un liquidateur désigné en cas de liquidation judiciaire affectant la société[215].

La différence entre ces deux nullités, relative et absolue, demeure finalement fondamentale. Cependant, il ne faut pas oublier qu'il y a autant d'actes invalides que de motifs invalides. De même, le droit à l'action en nullité ne peut être révoqué au motif que le demandeur n'a pas soulevé de défense immédiatement après la survenance du vice. En outre, les actions en nullité sont recevables même si le nombre de voix dont disposent les actionnaires exerçant la résolution est insuffisant pour renverser la décision attaquée. Toutefois, si l'exécuteur considère l'action en nullité comme défavorable, elle est rejetée. Il en sera de même si l'actionnaire ne l'exerce pas dans le délai imparti, notamment en raison de la possibilité de légitimer la nullité.

2. Le régime des actions en nullité.

La révision de la prescription des actes nuls précédera la légalisation, mais il faut noter que ces mesures présentent des obstacles considérables à la nullité et peuvent amener les actionnaires à être plus vigilants et assidus, voire à renoncer à leurs actions. Selon la gravité et les enjeux de la menace. « Des dispositions de l'art 251 de l'AUSCGIE[216], les actions en nullité

[214] CA, Pau, 2e Ch, 9 juin 1987, JCP, n° 649, p. 454

[215] NARINDRA RAHAGA Dina, Étude de l'efficience économique de la fiducie-sûreté et de l'opportunité de son introduction en droit malgache. *Revue juridique de l'Océan Indien, Association « Droit dans l'Océan Indien »* (LexOI), 2019, 26, p. 87-130. Hal-02550300. Disponible sur le site : https://hal.univ-reunion.fr/hal-02550300/document.

[216] « Les actions en nullité de la société se prescrivent par trois (3) ans à compter de l'immatriculation de la société ou de la publication de l'acte modifiant les statuts sauf si la nullité est fondée sur l'illicéité de l'objet social et sous réserve de la forclusion prévue à l'article 248 ci-dessus. Les actions en nullité des actes, décisions ou délibérations

de la société, se prescrivent par trois ans à compter de l'immatriculation de la société ou de la publication de l'acte modifiant les statuts sauf si la nullité est fondée sur l'illicéité de l'objet social et sous réserve de la forclusion prévue à l'article 248 du présent Acte uniforme[217]. Et les actions en nullité des actes, décisions ou délibérations de la société, se prescrivent par trois ans à compter du jour où la nullité est encourue sauf si la nullité est fondée sur l'illicéité de l'objet social et sous réserve de la forclusion prévue à l'article 248 dudit Acte uniforme ». Toutefois, les actions en nullité de fusion[218] ou de scission sont régies par un régime particulier avec un délai de prescription de six mois à compter de la date de la dernière immatriculation au RCCM nécessaire à l'opération de la fusion ou de la scission[219].

Ces dispositions réaffirment la volonté expresse du législateur de ne reconnaître la nullité que dans des circonstances exceptionnelles, laissant aux actionnaires une marge très limitée pour un contentieux temporaire. Comment le comprenez-vous ? Il semble que, pour apporter des réponses, un délai aussi long dans l'inefficacité de l'entreprise créera une longue période d'incertitude sur l'avenir de l'entreprise. Par ailleurs, le législateur a adopté des délais de prescription assez souples. Dès lors, à l'analyse, un régime général correspondant à la prescription triennale de la nullité des sociétés se dégage en substance, que ce soit à compter de l'annonce de la modification des statuts de la société ou à compter de la date de la nullité[220] de la société. En fait, il existe deux systèmes spécifiques. La première concerne la nullité de l'illégalité d'objet. Le législateur OHADA n'a-t-il pas prévu de délai à ce sujet ? Ou, face à ce silence, faut-il retenir les prescriptions trentenaires ? Ou faut-il simplement considérer que les actes invalides sont imprescriptibles ? On pourrait prétendre que les délais de prescription applicables ici sont ceux du droit commun, mais l'esprit du législateur le déconseille fortement.

---

de la société, se prescrivent par trois (3) ans à compter du jour où la nullité est encourue sauf si la nullité est fondée sur l'illicéité de l'objet social et sous réserve de la forclusion prévue à l'article 248 ci-dessus. Toutefois, l'action en nullité d'une fusion ou d'une scission se prescrit par six (6) mois à compter de la date de la dernière inscription au registre du commerce et du crédit mobilier rendue nécessaire par l'opération de fusion ou de scission ».

[217] « En cas de nullité de la société ou de ses actes, de ses décisions ou de ses délibérations fondées sur un vice du consentement ou l'incapacité d'un associé et lorsque la régularisation peut intervenir, toute personne y ayant un intérêt peut mettre en demeure l'associé incapable ou dont le consentement a été vicié de régulariser ou d'agir en nullité dans un délai de six (6) mois à peine de forclusion. La mise en demeure est faite par acte d'huissier ou notifiée par tout moyen permettant d'établir sa réception effective par le destinataire. Elle est dénoncée à la société ».

[218] CULOT Henri et PIERPONT Gabriela, « La nullité en droit des sociétés », p. 163-195. Disponible en ligne sur : https://dial.uclouvain.be/pr/boreal/object/boreal%3A181941/datastream/PDF_01/view.

[219] *Ibidem.*

[220] V. BAMDE Aurélien, « La nullité des sociétés, Droit commercial, Droit des sociétés », 15 décembre 2016. Disponible sur le site : https://aurelienbamde.com/2016/12/15/la-nullite-des-societes/

De plus, à notre avis, en raison de la gravité de l'irrégularité[221], ce qui doit être reconnu et généralement reconnu, c'est la résolution intemporelle des actes invalides où l'objet social est illégal.

Le deuxième régime est celui de l'acte nul relatif à la fusion ou à la scission[222], dont l'acte est réglementé dans les six mois à compter de la date du dernier enregistrement du RCCM susvisé. Toutefois, il convient de rappeler que si en vertu du droit commun la nullité pouvait être éliminée par une prescription simplifiée, cette prescription permet le maintien de l'exception de nullité, qui est permanente. En d'autres termes, quiconque est invité à accomplir un acte invalide peut refuser de le faire à tout moment en vertu de cette exception. La prescription n'est pas le seul obstacle à l'exercice des actions en nullité ; il y a aussi l'effacement des effets régularisant[223].

Dans un tout autre cas, le législateur a laissé aux juges le soin de décider de couvrir ou non la nullité. Lorsque l'action en nullité ne s'éteint pas parce que le vice ne disparaît pas, l'article 247 de l'AUSCGIE invite les tribunaux à fixer, même d'office, des délais dans lesquels la nullité peut être couverte. Cependant, il est douteux qu'il s'agisse d'une simple invitation à autoriser, puisque la même capacité est mise en échec par des interdictions qui lui sont imposées, comme être déclarée invalide moins de deux mois après l'exploit d'introduction. On peut considérer que l'initiative de réglementer peut venir aussi bien des actionnaires que du juge, de sorte que le juge ne peut décider de statuer sur la nullité que s'il s'avère impossible de couvrir la nullité. Toutes ces décisions peuvent être fatales à la vie de la société commerciale.

Globalement, le législateur OHADA a offert la possibilité d'une formalisation globale, signalant une volonté claire d'éviter au maximum la nullité des sociétés. En effet, en cas d'omission ou de non-accomplissement des formalités de constitution d'une société prévue par l'Acte uniforme, tout intéressé peut demander à la juridiction compétente du ressort du siège

[221] LE GUERROUE Marie, « Régularisation de la nullité encourue par une assignation après constitution de l'avocat postulant », Disponible sur le site : https://www.lexbase.fr/article-juridique/60522602-breves-regularisation-de-la-nullite-encourue-par-une-assignation-apres-constitution-de-l-avocat-pos.
[222] TADJUDJE Willy, « Évaluation de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives à l'aide de l'outil Clarity, Réflexion sur l'Acte uniforme OHADA », Epure, Ressore n° 5, 2021, p. 58 et s. Disponible sur le site : https://library.oapen.org/bitstream/handle/20.500.12657/50848/9782374961361.pdf?sequence=1#page=57
[223] V. BAMDE Aurélien, « La nullité des sociétés, Droit commercial, Droit des sociétés », 15 décembre 2016. Disponible sur le site : https://aurelienbamde.com/2016/12/15/la-nullite-des-societes/

social d'ordonner à son encontre des sanctions régularisées par la Constitution, le ministère public a la possibilité d'agir dans le même but[224].

Pour aborder cette question dans son intégralité, il convient également de noter que l'existence de recours peut être considérée comme un obstacle à la procédure de l'annulation d'une société[225] pouvant toujours être contesté par la Haute Cour. Dans tous les cas, il y a recours dans les conditions de droit commun. Mais la véritable ingéniosité du remède réside dans l'objection du tiers[226]. En droit commun, les tierces objections ne sont soumises à aucun délai particulier. Elle est donc recevable pendant toute la durée de la prescription trentenaire. Mais en cas d'invalidation de la société, la troisième opposition ne peut être admise que dans les six mois de la publication de la décision au Journal des Annonces légales du siège[227] de juridiction. Cette mesure vise à éviter l'inconvénient de retarder la contestation de l'annulation d'une société. Il s'agit plutôt de s'interroger sur l'impact de l'éventuelle déclaration de nullité, les actionnaires mandataires ayant sans doute défendu leurs intérêts. Bien entendu, il convient de distinguer selon qu'il s'agit d'un acte social ou d'un acte social déclaré nul. Dans la première hypothèse, formalisant ainsi la théorie des « sociétés de fait » et la jurisprudence s'intéressant aux inconvénients d'une application rétroactive aux effets invalides des sociétés, l'article 253 de l'AUSC établit le principe selon lequel l'exécution d'un contrat est résiliée, sans effet rétroactif, lorsqu'une société est déclarée nulle. Elle procède à la dissolution et, s'il s'agit de sociétés pluripersonnelles, à la liquidation.

Concernant les tiers, l'article 255 de l'AUSCGIE dispose que ni l'entreprise ni les actionnaires ne peuvent invoquer l'invalidité contre des tiers de bonne foi. Dans la deuxième hypothèse, l'acte ayant fait l'objet de la décision d'annulation est anéanti. Par conséquent, aucun effet juridique ne peut être produit. Il est réputé qu'il n'y a pas eu délibération, la révision des statuts de la société est nulle, les dispositions des statuts d'origine sont valables et les droits des actionnaires révoqués sont rétablis. Dans l'application du droit commun des contrats, il faut reconnaître que tous les actes qui sont inséparablement liés à l'acte annulé sont également contestés. Quant à l'effet concret de nullité de la fusion ou de la scission, c'est l'article 254 l'AUSCGIE qui en fait l'application. Ainsi, la décision de proscrire une fusion ou une scission n'affecte pas les obligations nées aux dépens ou au profit des sociétés auxquelles les actifs sont

[224] Art 75 de l'AUSCGIE.
[225] Elles peuvent également se prononcer en faveur du demandeur de la nullité
[226] Celle-ci est définie comme une voie de recours tendant à faire rétracter ou reformer un jugement au profit d'un tiers qui n'a été ni appelé ni représenté lors du procès.
[227] Art. 252 de l'AUSCGIE.

apportés entre les dates effectives de la fusion ou de la scission. Publier la décision de déclarer invalide. Dans le cas particulier d'une fusion, les sociétés participantes sont solidairement responsables de l'exécution des obligations assumées par la société fusionnée. En cas de scission, les obligations de la société à laquelle les actifs sont transférés s'appliquent également à la société scindée. La quasi-totalité des sociétés dont les actifs sont transférés répondent des obligations nées entre la date effective de la scission et la publication de la décision de nullité.

Comme on le voit bien, en cas de nullité, le champ d'action des actionnaires est fortement limité. Heureusement, on pense qu'ils ont une plus grande marge de manœuvre pour prendre des mesures de service si nécessaire. La mise en cause de la responsabilité, même en cas de disparition de la cause de nullité, apparaît comme le moyen le plus efficace pour garantir la légalité des statuts et des actes sociaux et donc le respect des droits des actionnaires.

Paragraphe 2 : L'exception aux sanctions d'application

Les événements qui peuvent perturber la vie sociale, voire la faire disparaître, sont variés. Seuls les événements opérationnels internes sont pris en compte ici, et ils trouvent généralement leur origine dans des conflits plus ou moins vifs entre actionnaires.

Heureusement, toutes les crises ne débouchent pas sur une résolution extrême, c'est-à-dire la dissolution, et souvent l'intervention d'un tiers mandaté par le juge entraîne une baisse de tension et assure un retour au calme. La nomination d'un administrateur par intérim qui restera dans l'instance dirigeante pour le moment est la mesure la plus radicale à ce jour.

A. La désignation d'un ou des administrateurs provisoires

Les administrateurs ne peuvent être nommés qu'en cas de crise grave menaçant la survie de l'entreprise. Dans ce cas, il apporte une assistance aux personnes en danger, le juge s'appuie là encore sur l'intérêt social en plus de l'intérêt personnel du protagoniste. De plus, il n'accéda à la demande de nomination d'administrateurs provisoires qu'à la double condition d'apporter la preuve de l'effondrement des institutions de l'entreprise et du danger imminent. La nomination d'administrateurs provisoires est certainement justifiée en cas de défaillance d'une personne morale. Les entreprises peuvent être paralysées par l'absence ou la défaillance des instances dirigeantes. Dans la jurisprudence OHADA, un juge peut nommer un administrateur intérimaire après un premier examen au fond des problèmes de l'entreprise si le conflit entre les acteurs sociaux persiste et menace de paralyser le fonctionnement de l'entreprise. En

revanche, tant que la personne morale fonctionne correctement, les désaccords entre actionnaires, aussi acrimonieux soient-ils, ne peuvent justifier la nomination d'un administrateur intérimaire.

Le droit OHADA ne précise et n'organise non plus de mesure grave et spéciale. Pourtant, le législateur africain aurait pu trouver une opportunité d'innover et de se démarquer du législateur français en matière de protection des actionnaires. De ce fait, l'agence a donné lieu à de nombreux procès, notamment concernant les conditions et les missions confiées à l'administrateur-surveillant[228].

La paralysie des institutions sociales comporte un danger imminent. Ce n'est que lorsque la société fait face à un danger imminent que les juges accepteront d'intervenir au nom de l'intérêt de la société. La demande ne sera pas recevable si les risques mentionnés ne sont possibles. La situation est d'autant plus embarrassante que les dégâts risquent de se matérialiser si des mesures urgentes ne sont pas prises. Certains tribunaux ont donc privilégié la nomination d'administrateurs provisoires par mesure de précaution pour contenir un danger futur.

L'intervention d'administrateurs provisoires est une mesure appropriée pour protéger les actionnaires. Le juge a ainsi assuré la continuité de l'action malgré les divergences entre les principales parties concernées. En effet, la nomination de mandataires intérimaires entraîne le dessaisissement, en tout ou partie, de l'organe directeur selon le mandat fixé par le juge. Il s'agit donc d'une mesure grave qui ne peut se justifier que dans des cas graves de perturbation du fonctionnement normal de la société. D'autre part, il appartient à la juridiction de jugement de motiver sa décision en précisant en quoi des désaccords entre actionnaires peuvent paralyser l'organe de gouvernance ou mettre en danger l'entreprise elle-même. La paralysie et le grand

[228] « C'est du moins la substance de la décision du juge de la Cour d'appel d'Abidjan, dans l'affaire Société Négoce Afrique Côte d'Ivoire dite NACI-SA c/la société WIN SARL, la cour censure en ces termes : *Il ressort de débats que le 23 octobre 1997, MANUEL TERREN exerçant les fonctions de Directeur Général de la société NACI a tenu différents conseils d'Administration tel qu'il résulte de la production des procès-verbaux de délibération, établis à cet effet ; dès lors, quand bien même l'effectivité d'un litige entre MANUEL TERREN et les autres associés de la société NACI, ne peut faire l'objet de contestation, il n'est demeure pas moins, qu'il n'a existé e fait, aucun blocage dans l'Administration et la gestion de ladite société ; ainsi, le Premier Juge, en ne fondant sa décision de nomination d'un Administrateur provisoire au sein de la société NACI, sur le seul fait que ladite mesure ne lésait aucune des parties au litige alors qu'il eut fallu rechercher en l'espèce, l'existence ou non, d'une paralysie dans le fonctionnement de ladite société, n'a donné de base légale à sa décision ; il y a donc lieu d'informer l'ordonnance querellée ; statuant à nouveau, il convient de dire que la demande en nomination d'un administrateur provisoire de la société NACI n'est en l'état, nécessaire ; en sorte que les organes dirigeants de ladite société demeurent toujours en fonctions… ».*

danger de la personne morale ont été confirmés et le juge a confié des tâches précises à l'administrateur intérimaire.

B. La mission de l'administrateur provisoire

Les administrateurs temporaires remplacent temporairement les managers en place, même les managers des sociétés du groupe[229]. Ses pouvoirs[230] sont définis par la décision de le nommer. Il est de son devoir de prendre d'urgence les mesures nécessaires pour cumuler les dangers qui menacent la société. Il doit également être responsable de sa gestion quotidienne, ce qui inclut évidemment la conduite du conservatoire.

La direction de l'entreprise met l'accent sur l'acte de cession et l'acte de tutelle, puis se posera la question de savoir si l'administrateur provisoire peut adopter l'acte de cession pour promettre l'avenir de l'entreprise. La jurisprudence française a pris une position délicate. Par conséquent, tout dépend de la décision des intérêts de la société. Par exemple, un administrateur peut louer l'achalandage d'une entreprise lorsque la situation peut absorber les dettes de l'entreprise et respecter la date d'échéance[231]. De même, selon la Cour suprême, les administrateurs nommés par le pouvoir judiciaire disposent de tous les pouvoirs que la loi confère aux mandataires sociaux[232].

Mais le directeur général par intérim ne peut être doté que de pouvoirs limités. Par exemple, il ne peut pas prendre de décisions qui relèvent de la compétence du parlement, telles que la dissolution d'entreprises. Il ne faut pas oublier qu'il est le premier responsable de la résolution de la crise et qu'il n'est qu'un dirigeant « intérimaire ». C'est pourquoi il doit être particulièrement prudent s'il doit exécuter des dispositions engageant irrévocablement l'entreprise, d'autant plus qu'il ignore souvent l'entreprise à la tête de laquelle il a été nommé. En cas de doute, il souhaiterait vivement obtenir une autorisation spéciale de l'autorité judiciaire qui l'a nommé.

Dans tous les cas, l'administrateur intérimaire[233] doit prendre certaines mesures pour remédier à la situation de crise qui prévaut dans l'entreprise. De toute évidence, des zones grises

---

[229] Cass. com., 5 février 1985, *JCP* 1985, note VIANDIER Alain.
[230] 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).
[231]Aix-en-Provence, 2 juillet 1982, *RJ com*. 1983, p. 369, note DELEBECQUE Philippe.
[232] Com., 6 mai 1986, *Rev. Soc*. 1987, p. 286, note GUYON Yves.
[233] DIESBECQ Antoine, L'administration provisoire, solution d'actualité ? les questions de procédures, *Le Barreau de France, Dossier* suite N° 343-3, 2010, p. 12-17. Il faut noter que la mission de l'administrateur

existent toujours dans sa mission. De plus, une intervention législative nous semble opportune et nécessaire pour développer l'agence dans le champ OHADA, car les mesures établies sont largement déficientes, mettant ainsi en péril les droits des actionnaires.

Concernant la fin de la mission de l'administrateur provisoire, l'article 160-2 de l'AUSCGIE nous donne plus de précision en ces termes : « […] la durée de sa mission laquelle ne peut excéder six (6) mois, sauf prorogation décidée par la juridiction compétente à la requête de l'administrateur provisoire, les parties étant appelées. Dans sa demande de prorogation, l'administrateur provisoire doit indiquer, à peine d'irrecevabilité, les raisons pour lesquelles sa mission n'a pu être achevée, les mesures qu'il envisage de prendre et les délais que nécessite l'achèvement de la mission. La juridiction compétente fixe la durée de la prorogation sans que la durée totale de la mission ne puisse excéder douze (12) mois ». À la lecture de cette disposition, il est clair que le législateur OHADA ne donne pas plus de précision sur les causes précises qui peuvent susciter la révocation de l'administrateur provisoire. Mais l'article 160-7 de l'Acte uniforme[234] met l'accent sur la légitimité de la demande introduite pour la révocation de l'administrateur. Ce caractère légitime que veut le législateur doit viser l'intérêt social et non l'intérêt égoïste des actionnaires. Il peut aussi être révoqué pour manque de diligence tel qu'évoqué par l'arrêt de la CCJA[235].

« En l'espèce, l'arrêt de la CCJA a désigné un administrateur provisoire pour une société sur une durée de 12 mois. Le gérant de ladite société a en retour demandé la révision de l'arrêt. Par la suite, plusieurs incidents ont matériellement empêché l'administrateur provisoire d'exécuter sa mission. La mission fut alors prorogée pour la même durée mais, arguant de l'absence de ressources pour couvrir ses frais, l'administrateur ne parvint pas à accomplir sa mission. Un associé demanda alors sa révocation pour refus de la mission. Une interrogation se fit alors jour : sous quels motifs l'administrateur provisoire qui n'a pu effectuer sa mission peut-il être révoqué ? La CCJA y répond en relevant que si la mission de l'administrateur provisoire

provisoire prend fin, d'une façon automatique, si le mandat qui a été confié à l'administrateur provisoire était d'une durée bien déterminée et n'a été renouvelé, ou si encore le juge a expressément prévu que sa mission prendrait fin avec l'accomplissement d'un acte déterminé. D'une manière générale, la mission de l'administrateur prendra fin par la reconstitution d'organes sociaux indiscutables selon les règles appropriées à son initiative dès que cela s'avérera possible. Avec la fin de la mission de ce dernier, se pose le problème du quitus de sa gestion qui d'une manière générale lui sera donnée par les associés à l'occasion de l'Assemblée lui donnant décharge de sa mission et, si tel n'est pas le cas, il appartiendra alors à l'intervenant de solliciter judiciairement le juge en assignant la société pour obtenir quitus.

[234] Art. 160-7 de l'AUSCGIE, « L'administrateur provisoire peut être révoqué et remplacé selon les formes prévues pour sa nomination. Tout associé peut obtenir en justice la révocation de l'administrateur provisoire si cette demande est fondée sur un motif légitime ».

[235] CCJA, 1re ch., 25 juin 2020, n° 241/2020.

n'a pu être convenablement exécutée, c'est en raison de la carence de ce dernier. Pour les juges, dans la mesure où l'administrateur provisoire n'a entrepris aucune diligence efficiente de nature à obtenir le concours de l'État dans l'exécution de la décision de la CCJA, cette carence suffit à emporter sa révocation. Les juges retiennent ainsi la carence de l'administrateur comme une faute justifiant sa révocation par une décision de justice. Cette décision est à saluer en ceci qu'elle contribue à enrichir le régime de l'administration provisoire en droit OHADA »[236].

Finalement, on peut dire que les administrateurs, parfois qualifiés d'agressifs en raison de la portée de leurs actions et de leur mode de constitution qui font partie des nombreuses situations nécessitant l'intervention d'un juge, sont néanmoins justifiés pour protéger les intérêts de la société ainsi que la protection des actionnaires. L'administration provisoire est une grande avancée pour les législateurs OHADA.

[236] AYEWOUADAN Akodah, « Révocation de l'administrateur provisoire pour défaut de diligence », LaBaselextenso, L'ESSENTIEL Droits africains des affaires - n° 05, 2021, page 4. CCJA, 1re ch., 25 juin 2020, n° 241/2020

Chapitre 2. La protection des actionnaires lors des assemblées

La vie sociale, surtout dans des groupes comme la société commerciale, exige de travailler dans le même sens pour le bien de tous. Cependant, il ne faut pas s'étonner qu'un ou plusieurs individus tentent d'enfreindre cette règle. De nombreuses expressions se rapportent à l'idée d'abus, et les manifestations d'abus liées aux événements d'entreprise sont variées[237]. Le législateur OHADA n'a pas choisi une jurisprudence ou une construction doctrinale fondée sur la pratique de l'abus de droit. Il a été cependant établi les éléments du système juridique des différentes manifestations d'abus dans l'Acte uniforme. C'est ce que nous avons l'intention de révéler dans ce chapitre. Sans construction jurisprudentielle, l'incertitude triompherait de ces expressions passionnelles, car même dans son domaine de prédilection, le droit privé, l'abus de droit n'est pas un concept simple pour les juristes, encore moins pour les profanes.

La compréhension de la protection des investisseurs minoritaires contre les actionnaires majoritaires lors des assemblées dépend, d'une part, de la justesse de la notion d'abus de majorité comme moyen de protection (**Section 1**), et du respect des intérêts sociaux comme complément des moyens de protection (**Section 2**).

Section 1. Les limites de l'abus de la majorité dans la protection des minoritaires

Comme le concept d'abus de minorité, le concept d'abus de majorité est difficile à définir. Avant d'aborder le fonctionnement du vote majoritaire (**Paragraphe 2**), il faut parvenir à le définir (**Paragraphe 1**).

[237] COURET Alain, « 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. ; DONDERO Bruno, « Sociétés, droit des sociétés, dispositions générales et communes, *Gaz. Pal*. 2012, n° 41, p. 31 ; NURIT-PONTIER Laure, « La loyauté en droit des sociétés », *Actes pratiques et ingénierie sociétaire*, Doctrine, mars 2011, n° 116, p. 6 ; TUAILLON Christophe, « L'abus en droit des sociétés, vague concept ou vaste concept de protection », *LPA*, 10 mars 2004, n° 50, p. 4 ; CORDELIER Emmanuel, *L'abus en droit des sociétés*, thèse, droit, Toulouse I, 2002 ; MOSSER Laurent, « L'abus toléré : à la recherche d'une autorégulation », *Gaz. Pal*. 19 déc. 2009, p. 13.

Paragraphe 1 : Les difficultés d'appréciation de la notion d'abus de majorité

Bien qu'en droit français l'abus de droit soit une création purement jurisprudentielle destinée à sanctionner tout abus lié à l'exercice du pouvoir de vote majoritaire, l'AUSCGIE a le mérite de préciser les contours de la notion (**A**) avant d'aborder les mesures protégeant les minoritaires contre l'abus de la majorité (**B**).

A. La difficile appréhension de la notion d'actionnaire majoritaire

La difficulté vient du fait que la notion d'actionnaire majoritaire est susceptible de plusieurs acceptions. Selon Dominique SCHMIDT, l'actionnaire ou l'associé majoritaire est celui qui détient 50 % de l'ensemble des parts sociales ou des actions d'une société[238]. Dans ce cas, nous pouvons parler de la majorité absolue[239]. Ce critère est le plus rependu en droit des sociétés commerciales[240]. En France par exemple, l'article. L233-1 du Code de commerce est bien plus précis, énonçant que « lorsqu'une société possède plus de la moitié du capital d'une autre société, la seconde est considérée [...] comme filiale de la première »[241]. La détention de plus de la moitié du capital social d'une société confère la qualité de société mère[242]. Dans cette première approche, l'actionnaire majoritaire est celui qui possède la majorité du capital social[243]. Une autre approche peut être retenue, celle d'un actionnaire détenant le plus de titres sociaux sans qu'il détienne majoritairement les titres de la société. Cette détention majoritaire est relative et se définit par rapport à la minorité[244]. En réalité, cet actionnaire n'a nullement besoin de détenir la majorité du capital social pour faire valoir son pouvoir[245]. Car la réalité de la vie sociale démontre que l'existence d'un « pouvoir politiquement majoritaire mais

[238] SCHMIDT Dominique, « Les définitions du contrôle d'une société », *RJ com*. n° spécial, 1998, (nov), « la prise de contrôle d'une société », p. 9, spéc., p. 10.
[239] *Ibidem.*
[240] *Ibidem.*
[241] Pour une appréciation critique de la définition retenue par le législateur français, V. Jean GUYENOT, Les participation d'une société au capital d'une autre société. Filiales et participations dans la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, in Aspects contemporains du droit des affaires et de l'entreprise. *Étude à la mémoire du doyen Pierre Azard*, Ed. Cujas, Paris, 1980, p. 87.
[242] MARAUD Olivier, *Les associés dans le droit des entreprises en difficultés*, LGDJ, Lextenso, 2021, p. 387
[243] Ibidem.
[244] SCHMIDT Dominique, *Le droit de la majorité dans les sociétés anonymes*, thèse, droit, Sirey, coll. Bibl. dr. Com., Paris, 1970, spéc. n° 6 : « la notion de la majorité n'est qu'une notion relative non déterminée d'après le capital, social, mais appréhendé par rapport à une minorité ».
[245] Ibidem. V. également, MARAUD Olivier, Les associés dans le droit des entreprises en difficultés, LGDJ, Lextenso, 2021, p. 387

mathématiquement minoritaire »[246] est fréquente. Une forte dispersion du capital social suffit souvent à octroyer à l'actionnaire qui détient le moins de la majorité du capital social le pouvoir de disposer de la majorité des droits de vote et de dicter la politique de la société[247]. Cette situation est récurrente dans les Sociétés anonymes cotées en bourse au sein desquelles l'actionnaire principal détient 10 % du capital social[248]. « Par ailleurs, l'absentéisme chronique des actionnaires au cours des assemblées générales, régulièrement dénoncé[249], ainsi que la pratique des pouvoirs en blanc, peuvent conduire à conférer le pouvoir à l'actionnaire qui détient une participation pourtant minoritaire dans le capital social. Raisonner en termes de majorité des droits de vote apparaît donc plus opportun »[250]. En termes de participation dans le capital social, il serait intéressant de raisonner en termes de droits de vote. Un vote majoritaire est le plus grand nombre de voix dans un scrutin[251].

La notion manque de précision et de ce fait, il est parfois difficile d'identifier les auteurs de l'abus de majorité. Ce qui reste est la deuxième définition. Aussi, la composition de la majorité peut varier selon qu'elle doit être simple, absolue ou conditionnelle. En bref, les actionnaires de référence sont des actionnaires qui détiennent la majorité des droits de vote mais pas nécessairement la majorité du capital. De même, les actionnaires majoritaires dans une voix peuvent se retrouver minoritaires dans une autre, quelle que soit leur participation dans l'entreprise.

Après avoir défini la notion de grands actionnaires, quid de l'abus de majorité ?

[246] MARAUD Olivier, Les associés dans le droit des entreprises en difficultés, op. cit., p. 387
[247] LUCAS François-Xavier, *L'acquisition du pouvoir dans les sociétés en France, in «* Le pouvoir dans les sociétés ».
[248] COZIAN Maurice, et al., *op. cit.*, n° 2041, Jean GUYENOT, *Les participation d'une société au capital d'une autre société…, op. cit.,* p. 14.
[249] V. RIPERT Georges, *Aspect juridique du capitalisme moderne, op. cit*., p. 99.
[250] V. R. SINAY, « La définition comptable de la filiale et le droit des sociétés », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian. Droit des sociétés*, Librairie Techniques, Paris, 1974, p. 305, spéc. n° 3 ; Jean GUYENOT, *Les participations d'une société au capital d'une autre société…, op. cit.,* p. 14. ; A. CONSTATIN, th. Op. cit., p. 45. « ces deux phénomènes autorisent l'émergence d'une majorité politique, titulaire du pouvoir juridique dans la société parce que maîtresse des votes exercés en assemblées, très inférieure à la majorité mathématique ou technique qui regroupe plus de la moitié de vote existant dans la société ». Toutefois, il est vrai qu'« en principe, la détention d'un vote majoritaire dans les assemblées des actionnaires implique une participation majoritaire au capital social ». Dans les SA, cela est notamment la conséquence du principe selon lequel une action confère une voix qui résulte de l'art. 225-122 du Code de commerce.
[251] SCHMIDT Dominique, *op. cit.*, n° 6.

B. La mesure de la notion de l'abus de majorité

Dans une SA, les décisions de la majorité, tant qu'elles sont prises régulièrement, s'imposent à la minorité. Si les dispositions légales sont respectées, les juges ne peuvent ni les critiquer ni les amender[252]. Néanmoins, la loi prévoit la réparation de l'abus de la majorité du pouvoir incarné par la majorité, c'est-à-dire la situation où un actionnaire minoritaire fait appel d'une décision abusive de l'actionnaire majoritaire.

Selon l'article 130, alinéa 2 de l'AUSCGIE, lorsque la majorité des actionnaires vote[253] pour une décision qui est entièrement dans leur intérêt[254], contraire aux intérêts de la minorité, et que cette décision ne peut être justifiée par les actionnaires, il s'agit d'un abus de la majorité[255]. Ainsi, la clause stipule que l'existence d'un tel abus est due à la conjonction de deux facteurs, à savoir, le préjudice des intérêts de la société par les décisions prises et la destruction des intérêts des actionnaires majoritaires par l'inégalité entre les actionnaires.

Les intérêts sociaux qui constituent le concept central du premier élément ne sont pas clairement définis par la loi. Tout au plus, l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et au groupement d'intérêt économique n'est-il mentionné qu'aux articles 130, 131, 277, 298, 328 et 891.

Cependant, puisque la société est associée à l'idée de durée, l'intérêt de la société dépend de sa persistance et de sa prospérité. Ainsi, pour être dans l'intérêt de l'entreprise, toute décision prise par les actionnaires doit viser le développement durable et la prospérité de l'entreprise. Sinon, ce sera contraire aux intérêts de la société.

---

[252] TOE Souleymane, « La protection des actionnaires minoritaires en droit des sociétés commerciales OHADA, art. inédit.

[253] La première condition posée dans l'art. 130 AUSCGIE est le vote d'une décision par les majoritaires. Dans ce contexte, l'absence d'un vote lors d'une assemblée générale ordinaire ou extraordinaire ne saurait établir l'abus de majorité (absence d'élément d'appréciation). Conséquemment, la décision d'un conseil d'administration ou de gérance ne saurait constituer un abus de majorité. Dans ces conditions, il n'existe pas d'abus de majorité en l'absence d'une décision d'assemblée générale constatée par un procès-verbal d'assemblée.

[254] La décision des majoritaires doit être en contradiction avec l'intérêt social de l'entreprise : cette condition sera remplie lorsque la décision prise portera préjudice à la situation financière de la société, par exemple.

[255] Art. 130 AUSCGIE. Le concept « intérêt de la société » n'a pas de définition légale ; ce qui en fait un objet juridique difficile à saisir. Il sera donc fréquent que cette notion soit appréciée par les juges au cas par cas. Cependant, il est évident que cette notion soit étroitement liée à la notion de *l'*affectio societatis. *L'*affectio societatis ou la volonté des actionnaires de participer au pacte social constitue une condition essentielle de validité du contrat de société.

Cependant, cette seule condition ne suffit pas, car un deuxième élément, la décision adoptée ne viole pas l'égalité entre les actionnaires, favorisant la majorité au détriment de la minorité. Bref, cela compromet les droits des minorités.

Il existe de nombreux exemples où le pouvoir sur les grands actionnaires peut être préjudiciable aux actionnaires minoritaires, tels que :

- Interdiction de conclure des conventions, en l'occurrence l'initiative du Président de tirer à découvert, de donner des garanties ou d'être avalisées par la société sans l'autorisation préalable du Conseil d'administration. Ce sont de véritables contrats avec soi-même et doivent être particulièrement surveillés.

- Le fait que la société apporte des garanties collatérales aux associés afin que ces derniers puissent emprunter de l'argent. Si l'entreprise n'y a aucun intérêt, il s'agit clairement d'une décision qui altère les capitaux propres des actionnaires, puisque l'intérêt de l'entreprise est compromis si le prêt n'est pas remboursé.

- Les managers sont surpayés. L'assemblée générale des actionnaires peut voter pour le gérant, qui est aussi une rémunération très élevée pour les grands actionnaires. Cependant, payer le double de vos revenus pour l'année peut être considéré comme excessif.

- Utilisation de procurations fournies par des actionnaires minoritaires pour voter aux assemblées générales à des fins contraires sans rapport avec l'intérêt de la société. Dans ce cas, le dirigeant malhonnête a trahi la confiance[256] des actionnaires minoritaires. Il pourrait être poursuivi[257] pour abus de pouvoir[258] (la falsification de documents concrétisant les pouvoirs conférés pourrait constituer un crime).

Rétention systématique des bénéfices : en matière de décisions relatives à la répartition des bénéfices des sociétés, l'égalité est rompue en faveur des gros actionnaires si la décision de reporter à nouveau les bénéfices alors que les réserves légales ont toujours été confiées. L'entreprise ne justifiait aucun projet d'investissement et les fonds affectés à des comptes

[256] Leïla BEN SEDRINE KETTANI, « La protection des actionnaires minoritaires en droit des sociétés anonymes en droit marocain », *International Reviewof Economics, Management and Law Research*. p. 2 et s. Disponible sur le site : https://revues.imist.ma/index.php/IREMLR/article/download/15422/10863.
[257] *Ibidem.*
[258] TOE Souleymane, *op. cit*., p. 10.

bancaires étrangers servaient à financer les activités de filiales appartenant à l'actionnaire majoritaire.

Si l'exercice du droit de vote est libre en principe, il ne doit pas être abusé. Dès lors, en cas d'intérêts illégitimes de la société, la décision de l'actionnaire majoritaire ne peut priver l'actionnaire minoritaire du droit à la distribution de dividendes, qui est la contrepartie de base pour que l'actionnaire minoritaire participe au contrat de société, comme mentionné ci-dessus dans l'article 4 AUSCGIE.

Ainsi, les moyens dont disposent les actionnaires minoritaires leur assurent une bonne protection. Par conséquent, les dirigeants de l'entreprise doivent s'acquitter fidèlement de leurs responsabilités envers les actionnaires minoritaires et interdire aux majoritaires de prendre des décisions qui violent les intérêts de l'entreprise et nuisent aux intérêts des actionnaires minoritaires.

Les actionnaires minoritaires bénéficient de tous ces moyens en étant mieux informés et en faisant valoir leurs droits dans l'entreprise.

Paragraphe 2 : La sanction des abus de vote

La protection des minorités est un enjeu majeur du droit des sociétés. Cependant, des risques peuvent découler d'une désapprobation abusive (**A**), d'un processus de vote à la majorité (**B**) et d'une absence de décision injustifiée (**C**). ces différentes réalités sont des occasions de sanction dans le processus de vote qu'il convient d'examiner

A. Une opposition excessive

Aux termes de l'article 4, alinéa 2 de l'AUSCGIE, la création d'une société commerciale doit être dans l'intérêt mutuel des associés. À la lumière de cette disposition, il peut être difficile de déterminer ce qui pourrait amener un actionnaire à s'opposer à une opération importante pour l'entreprise. Après avoir discuté de l'abus de pouvoir, l'étape suivante consiste à étudier les éléments constitutifs de l'abus de pouvoir[259].

L'abus de pouvoir désigne les actes commis par les entreprises, c'est-à-dire en vertu de l'autorité de leurs auteurs, légale ou statutaire ou reconnue par autorisation spéciale. Les

[259] Le terme « pouvoir » s'entend ici de l'ensemble des droits relatifs à l'administration et à la gestion de la société.

dirigeants poursuivis doivent sciemment occasionner un risque anormal à la société pour être sanctionnés : le jugement doit donc être cassé, afin de préserver le délit d'abus de pouvoir à l'encontre des membres du directoire de la SA, y compris le fait que l'entreprise y ait un intérêt. Le fait que l'entreprise ait conclu le contrat de sous-traitance s'est limité à démontrer que la réalité du risque était inhérente au contrat, et n'a pas recherché si les administrateurs avaient délibérément exposé l'entreprise à des risques inhabituels[260] dans le contrat à la date de signature du contrat.

L'abus, en revanche, est caractérisé par le fait qu'un chef d'entreprise n'exige pas le paiement de la livraison[261] d'une autre société dans laquelle il est intéressé.

Le président et les membres du directoire de la SA ont abusé de leur pouvoir. Ils ont contrôlé la société par l'intermédiaire de leurs mandataires ou ont agi dans leur propre intérêt, ce qui allait à l'encontre des intérêts de la société qu'ils dirigeaient légalement. Alors, qu'est-ce qui constitue l'abus de pouvoir ?

Premièrement, il doit être clair que l'élément matériel de l'abus est double : il suppose l'acte d'utilisation contre les intérêts de la société[262]. En parlant d'utiliser un acte, il convient de noter qu'il peut impliquer un pouvoir ou des votes. Par pouvoir, nous entendons la prérogative de gestion, d'administration ou de direction sanctionnée par un dirigeant, que ce soit par action ou par omission. Les droits de vote sont des procurations[263] données aux dirigeants par certains actionnaires chargés de les représenter aux assemblées générales ; en utilisant ces procurations, les dirigeants peuvent utiliser les voix dont ils disposent. En ce qui concerne l'utilisation contre les intérêts sociaux, il convient de noter que la simple utilisation n'est évidemment pas suffisante, et qu'elle doit également nuire aux intérêts sociaux. L'appauvrissement de la société, ou simplement le risque d'appauvrissement s'avère être une

[260] Cass. Crim., 16 janv. 1989.
[261] Cass. crim., 15 mars 1972.
[262] COZIAN Maurice, VIANDIER Alain et DEBOISSY Florence, *Droit des sociétés*, Litec, 21e éd., 2001, p. 291.
[263] Il s'agit des pouvoirs en blanc. Voir art. 225-106 C. com. Modifier par l'ordonnance n° 2010-1511 du 9 décembre 2010, art. 3. « III. – […] pour toute procuration d'un actionnaire sans indication de mandataire, le président de l'assemblée générale émet un vote favorable à l'adoption des projets de résolutions présentés ou agréés par le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, et un vote favorable à l'adoption de tous les autres projets de résolution. Pour émettre tout autre vote, l'actionnaire doit faire un choix d'un mandataire qui accepte de voter dans le sens indiqué par le mandant ». Les pouvoirs en blanc sont remis au président de l'assemblée générale qui doit les utiliser conformément à ce qui est prévu à l'article L 225-106 du Code de commerce. Il ne peut pas utiliser ces pouvoirs en blanc dans un autre sens que ce qui est prévu par la loi.

atteinte aux intérêts sociaux ; la perte de revenu, la perte de possibilité d'enrichissement est encore une atteinte aux intérêts sociaux.

Deuxièmement, il convient de noter que sous les éléments psychologiques d'un crime, la fraude générale[264] est combinée avec la fraude spéciale[265]. En cas de malveillance, une condamnation suppose que le dirigeant ait connu le caractère délictueux[266] de son comportement. Ici, l'insouciance et la négligence sont sanctionnées. Quant à l'usage personnel, il est à noter qu'il ne suffit pas que le dirigeant ait connaissance du crime, l'Acte uniforme lui impose également d'avoir un but précis, la recherche d'un gain personnel.

B. L'abus dans le processus de vote à la majorité

Comme la démocratie l'indique clairement, la majorité s'est avérée être le mode de prise de décision le plus juste, mais les grands actionnaires ne doivent pas abuser de leur pouvoir.

La conception du système de société anonyme établit les principes de base de la démocratie universelle. Les actionnaires agiront ainsi comme des personnes souveraines qui nomment leurs représentants au sein du gouvernement d'entreprise. L'acquisition n'a été réalisée qu'à la suite de l'obtention de la majorité des droits de vote. Cependant, le concept de démocratie lui-même a été critiqué.

Ainsi, certains voient la démocratie comme une dictature de la majorité. L'idéologie que nous trouvons comme instrument de pouvoir dans une certaine forme de gouvernement appelée démocratie est un esprit, un discours, une vision et une logique de groupe dirigé vers le groupe qui les soutient et la société dans son ensemble. En d'autres termes, l'idéologie est un moyen par lequel un groupe accroît son pouvoir en accumulant force politique et soutien social. Cependant, cette idéologie est une vision complètement unilatérale qui peut être gravement mal comprise. Mais ce qui la définit, c'est qu'elle se veut majoritaire et, à ce titre, elle s'impose selon un énoncé et une logique comme une structure porteuse. C'est une dictature de la majorité, mais la majorité dans cette idéologie est un pouvoir majoritaire instrumentalisé. Cependant,

[264] L'usage de mauvaise foi.
[265] L'usage à des fins personnelles.
[266] L'article 121-3 du Code pénal français, dispose en son alinéa 3 : « il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'as pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait ». Voir également : SERIAUX Alain, « L'appréciation de la faute pénale d'imprudence en droit français contemporain », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 2, 2017, p. 231-246.

quand cela touche à l'influence d'un groupe sur un autre ou à la politique de la société, de ce fait, il est question de violation des règles de la démocratie.

Mais, malgré toutes ces critiques, la démocratie est et reste la meilleure forme de gouvernance, car elle garantit l'égalité et élimine ainsi la discrimination dans la société. Mais une meilleure démocratie doit tenir compte des intérêts de quelques-uns[267]. Ainsi, même si les décisions sont prises démocratiquement à la majorité, les grands actionnaires ne peuvent pas abuser du pouvoir qui leur est confié.

Le pouvoir majoritaire n'est pas le pouvoir absolu. Il y a donc des limites à l'exercice du pouvoir majoritaire. Les principaux actionnaires sont des représentants de l'assemblée générale des actionnaires, plutôt que des représentants de groupes d'actionnaires spécifiques. Il va sans dire qu'il existe une relation entre les actionnaires d'une entreprise et le conseil d'administration.

C. L'absence de décision injustifiée

Les droits de vote accordés aux actionnaires leur permettent de participer efficacement à la prise de décision au sein de l'entreprise. Mais ce n'est pas la vérité. Pour mieux comprendre le paradoxe des résultats attendus découlant de l'absence de décision, nous caractériserons d'une part l'absence de décision comme une objection abusive, et d'autre part, l'objection abusive à la décision sociale, qui reste essentielle.

Sans aucun doute, la caractéristique essentielle des objections abusives est l'indécision. En exerçant leur droit de refus de vote, les actionnaires minoritaires expriment implicitement leur obstruction à la prise de décision. Les actionnaires minoritaires empêchent l'adoption des décisions des actionnaires minoritaires sans motifs justifiés, ce qui constitue un acte illégal d'abus de droit. Autrement dit, c'est une opposition abusive. Il convient de préciser que l'abus d'opposition ne peut être implicite que si les actionnaires minoritaires exercent leur droit de vote. En ce sens, seul le droit de vote permet aux actionnaires minoritaires d'exprimer leurs intentions. Dès lors, l'opposition ne peut être imputée aux actionnaires sans vote préalable.

De ce qui précède, il semble que le délit d'abus de pouvoir des actionnaires ne puisse être établi qu'après un vote. L'abus de la dissidence dépend du résultat du vote, et si les actionnaires minoritaires utilisent leur obstruction minoritaire pour bloquer avec succès une

[267] Afin de ne pas favoriser des abus.

décision, leurs raisons de s'abstenir de voter doivent être examinées. En ce sens, il constitue un abus de désapprobation si son vote est uniquement dans son intérêt personnel, plutôt que de privilégier l'intérêt collectif de tous les actionnaires en refusant de voter. Que pouvons-nous apprendre d'une opposition abusive aux décisions sociales fondamentales ?

Aux termes des dispositions de l'article 131 alinéa 2 de l'AUSCGIE, « il y a abus de minorité lorsque, en exerçant leur vote, les associés minoritaires s'opposent à ce que des décisions soient prises, alors qu'elles sont nécessitées par l'intérêt de la société et qu'ils ne peuvent justifier d'un intérêt légitime ». Comme le montre cette disposition, un comportement négatif est caractéristique de l'abus des minorités[268]. Ce comportement inclut les actionnaires bloquant les votes majoritaires requis pour une décision collective particulière. À titre d'illustration à cet égard, on peut noter le comportement des actionnaires qui, sans raison, s'abstiennent de voter sur la transformation de l'entreprise. Toutefois, la transformation de la société suppose la modification des statuts sous réserve des conditions de forme et de durée prévues à l'article 181 de l'AUSCGIE[269]. Il en va de même pour une personne qui, pour des raisons purement personnelles, renonce à voter pour décider du transfert du siège social d'une société, et les difficultés rencontrées par la société dans ce sens espèrent être atténuées ; ticket people. Il en est de même de toute personne qui, sans argument sérieux, s'oppose systématiquement à un vote de délibération dans le but de changer l'objet social. Les situations négatives doivent être portées à notre attention conformément à l'article 131 de l'AUSCGIE sur l'abus des minorités.

En ce sens, les abus de minorités ne sont sanctionnés que lorsque les actionnaires minoritaires dépassent les conditions habituelles d'exercice des droits de vote. L'ampleur de l'abus de la minorité réside donc dans la réunion déjà tenue, au moment précis où celle-ci est appelée à délibérer indépendamment de la nature de la réunion. La référence aux termes de l'article 4 (2) de l'AUSCGIE[270] peut remettre en cause les incitations de nos actionnaires à plus d'un titre à supposer que la réalisation d'une entreprise reste capitale voire conditionne la vie

[268] CABRILLAC Michel, *« De quelques handicaps dans la construction de la théorie de l'abus de minorité »,* Mélange offert à COLOMER André, Litec, 1993, 111, n° 6.
[269] Art. 181 de l'AUSCGIE : « La transformation d'une société est l'opération par laquelle une société change de forme juridique par décision des associés. La transformation régulière d'une société n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle. Elle ne constitue qu'une modification des statuts et est soumise aux mêmes conditions de forme et de délai que celle-ci. Toutefois, la transformation d'une société dans laquelle la responsabilité des associés est limitée à leurs apports en une société par laquelle la responsabilité des associés est décidée à l'unanimité des associés. Les délibérations prises en violation des dispositions du présent alinéa sont nulles ».
[270] *« La société commerciale est créée dans l'intérêt commun des associés ».*

de l'entreprise, ce qui peut être assimilé à des actionnaires refusant de voter, craignant que l'entreprise ne disparaisse. On constate que depuis lors, les droits de vote des actionnaires sont devenus « une arme tranchante entre leurs mains ».

Section 2. L'intérêt social, boussole de protection des minoritaires

Une décision majoritaire n'est pas un abus de pouvoir simplement parce qu'elle contrarie une minorité. L'article 130 (2) de l'AUSCGIE retient deux critères cumulatifs de reconnaissance de l'abus de majorité : l'abus de majorité est caractérisé par les décisions prises par les grands uniquement dans le but de bénéficier aux associés majoritaires au détriment des autres actionnaires.

En d'autres termes, les éléments caractéristiques de la plupart des abus sont l'atteinte aux intérêts de la société et la violation de l'égalité.

Paragraphe 1 : La notion d'intérêt social

Les droits de vote doivent être exercés dans l'intérêt de la société. La Cour Suprême a affirmé : accorder à un associé le droit de vote afin qu'il puisse l'utiliser pour le bien commun et non pour une qualification égoïste aux dépens de la majorité[271].

On retrouve la notion d'intérêt social dans divers articles de l'AUSCGIE[272], mais le législateur OHADA n'a pas clairement défini l'intérêt social. Certains auteurs n'ayant pas hésité à évoquer l'idée d'une « boussole »[273] des sociétés ou d'une « norme suprême à laquelle les acteurs de l'entreprise doivent s'assujettir »[274]. Cette notion d'intérêt social renvoie à l'intérêt autonome de la société, autrement dit à son intérêt propre.

A. Controverses doctrinales autour de la notion d'intérêt social

En l'absence de définition juridique, plusieurs concepts s'affrontent dans la définition de l'intérêt social[275]. Le premier concept conçoit l'intérêt social comme l'intérêt de la société. C'est l'intérêt d'une personne morale dotée d'une certaine autonomie, par opposition à un

[271] Cass. Com. arrêt n° 322 du 24/09/1999, *Revue Juridique Tchadienne*, 2002 ; p. 3
[272] Voir les articles 130 et 131 de l'AUSCGIE.
[273] PIROVANO Antoine, La boussole de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? 1997, Recueil Dalloz, pages 189-202.
[274] BENNINI Aida, Le voile de l'intérêt social, thèse de doctorat, 2010, université de Cergy Pontoise
[275] Bérenger Yves MEUKE, « De l'intérêt social dans l'AUSCGIE de l'OHADA », www.ohada.com ; Ohadata D-06-24, p. 2.

associé ou à un gérant. C'est ainsi que les Professeurs Maurice COZIAN, Alain VIANDIER et Florence DEBOISSY disaient que les intérêts de la société ne se confondent pas forcément avec ceux des actionnaires, qu'ils soient un investisseur majoritaire ou minoritaire ; les entreprises ont des intérêts sociaux qui dépassent les actionnaires[276]. Les intérêts des personnes morales sont ancrés dans la conception du système de l'entreprise, et l'entreprise doit poursuivre ses propres intérêts et avoir une organisation juridiquement autonome par rapport à ses partenaires.

Le deuxième concept est l'intérêt social[277], c'est-à-dire l'intérêt des partenaires[278]. Il est basé sur l'analyse des contrats d'une entreprise. Pour les tenants de cet argument[279], la société est née de contrats, et la raison en est le partage des profits[280]. Il ressort de cet article que, d'une part, l'objet social ne peut satisfaire que les intérêts des associés. D'autre part, il doit exister une communauté d'intérêts entre les associés. En d'autres termes, les intérêts de l'entreprise ne peuvent être que ceux des associés.

Dans ces conditions, celle-ci appelle la recherche du profit maximum, qui doit s'opérer par la réalisation d'objectifs et non en dehors de toute activité sociale. À l'époque, le bien commun était conçu comme l'obligation de chacun de respecter les intérêts de ses partenaires[281]. C'est cette approche des intérêts communautaires qu'ont adoptée les législateurs OHADA.

Une troisième notion considère l'intérêt social comme l'intérêt de l'entreprise. Les partisans de la doctrine de l'entreprise et les partisans de l'analyse du système social voient l'intérêt social dans l'intérêt social de l'entreprise elle-même. Ainsi, les intérêts sociaux ne se limitent pas aux seuls intérêts communs des partenaires, mais incluent également les intérêts des salariés, des partenaires économiques et de l'État[282]. Dans ces conditions, c'est à la direction

---

[276] COZIAN Maurice, VIANDIER Alain et DEBOISSY Florence, *Droit des sociétés*, 14e éd., Paris, Litec, 2001, p. 175. « La notion de l'intérêt social n'apparaît dans la loi que de façon détournée, notamment à propos des pouvoirs des dirigeants ». Voici par exemple la formule de l'article 227 de l'AUSCGIE « Le gérant peut faire tout acte de gestion de l'intérêt de la société ».

[277] Article 4 al. 2 de l'AUSCGIE.

[278] Article 4 al. 2 de l'AUSCGIE.

[279] SCHMIDT Dominique, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, *op. cit.*, p. 11.

[280] Art. 4 de l'AUSCGIE.

[281] Nous savons que les investisseurs actionnaires (souvent minoritaires) sont souvent plus intéressés à maximiser leurs profits à court terme qu'à assurer la pérennité des entreprises dans lesquelles ils investissent. Pour eux, l'intérêt social est entièrement la seule recherche du profit. D'autre part, pour les actionnaires entrepreneurs (traditionnellement majoritaires), les intérêts sociaux reposent aussi avant tout sur le développement à long terme de l'entreprise. Mieux encore, la communauté d'intérêts des associés suppose une égalité de traitement entre les associés, prenant ainsi en compte les attentes légitimes des actionnaires investisseurs, qui représentent souvent une minorité du capital social.

[282] PAILLUSSEAU Jean, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, 1967, p. 196.

de trancher, alors qu'en adoptant la notion de contrat, seule l'assemblée des associés peut l'évaluer.

Cette approche offre une plus grande flexibilité, car elle peut réellement protéger la société anonyme en garantissant son fonctionnement et sa pérennité. La firme doit être comprise comme un ensemble d'instruments de capital et de travail destinés à assurer la production de biens et de services. C'est l'intérêt d'un organisme économique, le point de rencontre de nombreux intérêts. Cette protection des intérêts par AUSCGIE suppose que l'entreprise soit indépendante de chacun de ces intérêts particuliers. Ainsi, l'intérêt de la firme ne protège pas seulement les intérêts de la catégorie, mais protège également la firme elle-même par sa pérennité, sa stabilité et sa fonction ; cela semble logique puisque la protection de l'intérêt de la catégorie passe par la protection de ces différentes sources d'intérêt.

Il apparaît alors nécessaire de considérer les intérêts sociaux comme des intérêts sociaux dans le cadre de l'AUSCGIE. Mais quel est le rôle de l'intérêt social ?

B. Le rôle crucial de l'intérêt social défini par la loi uniforme

L'intérêt social est un moyen efficace de protéger la société. Il peut résoudre les conflits d'intérêts dans l'entreprise et il peut également contrôler la gestion de l'entreprise. D'une manière générale, les conflits d'intérêts entre actionnaires sont à l'origine de la mauvaise performance d'une entreprise. Cependant, ces derniers disposent de pouvoirs décisionnels qui doivent être utilisés dans l'intérêt de la société[283].

L'abus d'un vote à la majorité découle souvent de conflits d'intérêts entre actionnaires dans la distribution ou la mise en réserve des bénéfices. Par exemple, pour régler les conflits d'intérêts liés à l'abus de majorité, l'article 130 de l'AUSCGIE exige la prise en compte des intérêts de la société. Les avantages sociaux contribuent également à une meilleure gestion de l'entreprise. Aux termes de l'article 159 de l'AUSCGIE, les associés qui s'estiment ignorants de la gestion sociale, nonobstant toutes les informations qu'ils ont pu recevoir, peuvent demander au tribunal une expertise de gestion afin d'éclairer les opérations de gestion qu'ils jugent obscures. En droit des sociétés, les intérêts sociaux sont considérés soit comme les intérêts des associés, soit comme les intérêts de la société. Cependant, nous pensons que l'intérêt social doit être compris comme un intérêt supérieur à celui des associés et ne doit pas

[283] L'art. 454 de l'AUSCGIE.

être confondu avec l'intérêt de la majorité ou de la minorité, ce qui est parfois même le contraire. Il est sage de considérer les intérêts de la société. Cette vision permettra le fonctionnement normal et la pérennité de l'entreprise tout en faisant les réserves nécessaires à la croissance de l'entreprise. Or, l'intérêt commun des associés, dont le but principal est de limiter l'extraction de bénéfices afin de protéger la minorité des associés, n'a pas de sens à nos yeux, car au contraire, il nuit au fonctionnement et au développement durable de la compagnie[284].

Les réserves bénéficiaires, tant décriées par les tenants du bien commun, s'avèrent favorables, car elles augmentent les fonds propres, c'est-à-dire les fonds propres de l'entreprise. Aussi, en réservant des bénéfices, l'entreprise pourra se financer. L'autofinancement, c'est-à-dire les « plus-values nanties » que l'entreprise espère réaliser. Quels sont les partenaires intéressés ?

L'article 1832 alinéa 1er du Code civil énonce que la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. De ce texte, il ressort que le législateur assigne au contrat de société un but précis qui est le partage entre associés du bénéfice réalisé par la société. Cette position est aussi prévue par le législateur OHADA à l'article 4 alinéa 1er de l'AUSCGIE. Par ailleurs, l'article 1833 du Code civil dispose « toute société doit être constituée dans l'intérêt commun des associés ». La lecture de cette disposition amènerait à penser que la constitution de la société ne dépend pas d'intérêts autres que ceux de chaque actionnaire. Les intérêts sociaux assurent le développement durable de l'entreprise. C'est dans cette optique que les administrateurs intérimaires sont nommés lorsque les opérations de l'entreprise sont menacées. Les atteintes aux intérêts sociaux ne sont pas les seuls éléments caractéristiques des majorités abusives. La violation de l'égalité est également caractéristique de l'abus de la majorité.

[284] BLONDEL Caroline et LANCRI Maria, « Intérêt social élargi, raison d'être et société à mission dans la loi PACTE : la grande illusion ? », *Rev. int.* Compliance 2019, 142 ; LAPIN Raphael, « La reconnaissance de la notion de raison d'être des entreprises en droit. Une nouvelle occasion manquée pour le droit de l'entreprise », LPA 12 juin 2019, n° 145, p. 6 ; PORACCHIA Didier, « De l'intérêt social à la raison d'être des sociétés », BJS juin 2019, n° 119, p. 40 ; URBAIN-PARLEANI Isabelle, « La raison d'être des sociétés dans le projet de loi PACTE du 19 juin 2018 », *Rev. Soc*. 2018, p. 623 ; URBAIN-PARLEANI Isabelle, « L'article 1835 et la raison d'être », *Rev. Soc*. 2019, p. 575 ; TADROS Antoine, « Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de la loi PACTE », D. 2018, p. 1765 ; VIANDIER Alain, « La raison d'être d'une société (C. civ., 1835) », *BRDA* 10/19, inf. n° 30.

Paragraphe 2 : Les mesures protectrices de *l'affectio societatis*

L'*affectio societatis*[285] apparaît comme le fondement d'un choix égal entre les contractants[286]. En effet, outre le conflit entre les droits de vote et les intérêts de la société[287], la prémisse de l'abus de droit de vote est l'existence de violations de l'égalité entre les actionnaires[288]. En fait, chaque actionnaire devrait penser à ses propres intérêts. À en juger par la formule traditionnellement retenue par la jurisprudence[289], il apparaît qu'une rupture d'égalité suppose la satisfaction de deux conditions : avantage personnel pour certains actionnaires d'une part (**A**), et préjudice d'autre part (**B**).

A. La subordination des intérêts catégoriels aux intérêts sociaux

Les actionnaires, en entrant dans la société, s'engagent à subordonner leurs intérêts personnels à ceux de la société[290]. C'est dans ce contexte que le pouvoir donné à la majorité

[285] LEFEBRE Jean, « Les métamorphoses de la cause dans les sociétés », *Lextenso, Petites affiches* n° 1, p. 53. V. MALINVAUD Philippe, MEKKI Mustapha et SEUBE Jean-Baptiste, *Droit des obligations*, 2019, LexisNexis, p. 276 ; CAPITANT Henri, De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs), 1927, Dalloz, p. 21 ; L. n° 2019-486, 22 mai 2019, relative à la croissance et à la transformation des entreprises : MORTIER Renaud, ZABALA Bruno et DE VENDEUIL Sylvie, « La réforme du droit des sociétés par la loi PACTE », Dr. sociétés 2019, étude 8 ; PORACCHIA Didier, « De l'intérêt social à la raison d'être des sociétés », *BJS* juin 2019, n° 119w8, p. 40 ; LE NABASQUE Hervé, « À propos de la réforme de l'article 1833 du Code civil », *BJS* sept. 2019, n° 120b5, p. 1 ; GICQUIAUD Emilie, « Focus sur l'intérêt social et la responsabilité sociale des sociétés : les standards de la loi PACTE », *LPA* 23 nov. 2020, n° 234, p. 13 ; N. NOTAT et J.-B. SENARD, avec le concours de BARFETY Jean-Baptiste, rapp. L'entreprise, objet d'intérêt collectif, 9 mars 2018, p. 49 : https://lext.so/0fywT2 ; MEKKI Mustapha, « Le projet de loi Macron et le nouvel article 1833 du Code civil : quand la force du droit vient de la force des mots », Dalloz actualité, 1er déc. 2014 ; AMIAUD André, « L'*affectio societatis* », *in Aequitas und bona fides. Festgabe zum* 70. Geburstag von August Simonius, Helbing und Lichtenhahn, Bâle, 1955, p. 2 et s. ; KADDOUCH Renée, « Au cœur du contrat de société : l'*affectio societatis* » : *Journ. Sociétés* 2004/10, p. 12 et s.

[286] MASSART Thibaut *et alii*, « Le droit des sociétés et la réforme des contrats, Acte pratique et ingénierie sociétaire, n° 147, mai 2016, dossier 3 », *LexisNexis*, 110 p. disponible sur : https://www.berton-associes.fr/blog/droit-des-societes/interet-social-societe-loi-pacte/.

[287] HOVASSE Henri, obs. sous Cass. com., 26 janv. 1993, n° 91-12567, Defrénois 15 déc. 1993, n° 35674, p. 1455 ; *BJS* avr. 1993, n° 182, p. 482, note LE CANNU Paul ; HOVASSE Henri, *La validité des sûretés consenties entre sociétés groupées et le principe de l'autonomie patrimoniale*, thèse, droit, Rennes, 1974 ; HOVASSE Henri, « Les cautionnements donnés par les sociétés et l'objet social », Dr. & patr. mensuel 2001, n° 4, p. 76 et s. ; PORACCHIA Didier et MARTIN Didier, « Regard sur l'intérêt social », Rev. sociétés 2012, p. 475 ; PORACCHIA Didier, « De l'intérêt social à la raison d'être de la société », *BJS* juin 2019, n° 119, p. 40.

[288] La décision des majoritaires doit être en contradiction avec l'intérêt social de l'entreprise : cette condition sera remplie lorsque la décision prise portera préjudice à la situation financière de la société, par exemple.

[289] Cass. com., 3 juin 1986, n° 85-12118 : Bull. civ. IV, n° 116 ; Rev. sociétés, 1986, p. 585 et s., note Yves GUYON. Dans le même sens, v. égal. Cass. com., 9 avr. 1996 : *Rev. sociétés*, 1997, p. 81 et s., note BENAC-SCHMIDT Françoise. Cette définition sera en outre reprise par la plupart des dictionnaires juridiques, v. not. CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007, p. 36b-37a.

[290] SCHMIDT Dominique, « De quelques conflits récents au sein des sociétés par actions », *JCP E*, 2021, 1087 : la notion d'intérêt social demeure au centre de nombreux litiges internes à la société ; SCHAPIRA Jean, « L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme », *RTD com.* 1971, p. 957. Déjà en 1971, l'auteur pouvait relever que la recherche sur l'intérêt social « soulève un problème interdisciplinaire, celui des articulations entre le raisonnement juridique et les techniques de gestion ». V. COURET Alain, « L'intérêt social », *CDE* 1996, p. 1 ; COURET Alain, « L'intérêt social », *JCP E* 1996, n° 4, 1 ; BISSARA Philippe, « L'intérêt social », *Bull.*

n'est pas pour un gain personnel, mais pour la réalisation d'objectifs sociaux[291]. En cas d'abus du pouvoir de vote par la majorité, le rôle des juges est de contrôler la validité des résolutions adoptées en fonction des intérêts de la société et des intérêts des membres de la minorité. Il est donc question de savoir quelle est la raison de la recherche d'un gain personnel.

Les principaux actionnaires doivent donner la priorité aux intérêts sociaux de l'entreprise lorsqu'ils prennent des décisions et ne peuvent rechercher des intérêts personnels. Cette notion ne soulève pas de difficultés particulières en matière d'abus de majorité. Ainsi, en termes de composition des réserves, il peut s'agir de récompenser les gros actionnaires.

De même, la Cour suprême a approuvé l'apport d'une partie des actifs à une société constituée à cette époque, estimant que l'avantage de la majorité était dans le poste de direction attribué à la deuxième société[292]. Outre la subordination des intérêts des partenaires, il faut comprendre la primauté des intérêts personnels.

Un intérêt personnel est une condition préalable et un renvoi à toute juridiction. Non seulement un partenaire ne peut pas représenter un autre partenaire devant un tribunal sans intérêt personnel.

La revendication de l'intérêt personnel du demandeur est caractéristique du contentieux subjectif. Elle traduit l'idée qu'en principe personne n'est autorisé à défendre les intérêts d'autrui, notamment les intérêts collectifs[293]. À cet égard, il doit être clair que la défense de la

---

ANSA juill. 1999, communication n° 3008 ; *Rev. sociétés* 1999, p. 5 ; URBAN Quentin, « La communauté d'intérêts, un outil de régulation du fonctionnement du groupe de sociétés », *RTD com*. 2000, p. 1, spéc. p. 23 ; DION Nathalie, « 2001. Entreprise, espoir et mutation », *D*. 2001, p. 762. V. GROSSI Isabelle, « L'intérêt social élargi, quel(s) intérêt(s) », Journal des sociétés civiles et commerciales, 2019, n° 172, p. 13 ; DAIGRE Jean-Jacques, « De la finalité de la société », Banque et droit 2018, n° 178 ; PAILLUSSEAU Jean, « Entreprise et société. Quels rapports ? Quelle réforme ? », *D*. 2018, p. 1395 ; adde Terra Nova, « L'entreprise contributive – 21 propositions pour une gouvernance responsable », proposition de loi n° 476, 6 déc. 2017, Entreprise nouvelle et nouvelles gouvernances. Et sur les conséquences à envisager en droit des sociétés si les concepts d'entreprise et de société devaient être mélangés : SCHMIDT Dominique, « La société et l'entreprise », D. 2017, p. 2380. Pour une vision de droit comparé, v. récemment H. Fleischer, « *Comparing Unternehmens interesse and Intérêt Social : A Guided Tour through Last Century's Corporate Law History in Germany and France* », *RTDF* 2018, n° 4, p. 15. Pour une synthèse : v. Le Club des juristes, « Le rôle sociétal de l'entreprise. Éléments de réflexion pour une réforme », avr. 2018.

[291] CE, ass., avis, 14 juin 2018, nos 394599 et 395021. V. DUPICHOT Philippe, « Derrière l'intérêt social : la cause », *BJS* mai 2015, n° 113, n° 5, p. 260 ; Cass. com., 23 sept. 2014, n° 13-17347 ; Cass. com., 2 nov. 2016, n° 16-10363 : D. 2016, p. 2335, obs. LIENHARD Alain ; D. 2017, p. 1996, obs. CROCQ Pierre ; *JCP E* 2017, 1111, note JULLIAN Nadège ; *JCP N* 2017, 1107, note RAVEL D'ESCLAPON Thibaut ; Dr. sociétés 2017, n° 3, note HOVASSE Henri ; *Banque et droit* 2017, nos 1-2, p. 63, obs. RONTCHEVSKY Nicolas ; *RJDA* 2017, n° 92 ; *RD bancaire et fin.* 2017, n° 74, obs. LEGEAIS Dominique ; Cass. com., 8 novembre 2011, n° 10-24438.

[292] Cass. Com. 24 janvier. 1995, Defrénois 1995 p. 690, note HONORAT Jean.

[293] Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, jugement n° 80723 du 10 juin 2004 c/ État du Grand-Duché de Luxembourg, 09/05/2020. Disponible sur le site www.justice.public.lu consulté le 19/01/2022 à 15 h 40 min.

collectivité (ou de ceux qui ne peuvent défendre leurs intérêts personnels par l'intermédiaire de leurs représentants[294]) est généralement confiée à l'organe de l'État, la Couronne. En ce qui concerne les intérêts susceptibles d'être attaqués, il est souvent jugé que ces intérêts, qui doivent être appréciés à la date de l'appel, ne peuvent dépendre de circonstances ultérieures susceptibles de rendre l'appel sans objet.

Comme pour toutes les requêtes irrecevables, le défaut d'intérêt peut être invoqué dans tous les cas. De plus, il est important de noter que pour pouvoir poursuivre le tribunal, un partenaire doit se faire du mal afin que l'issue de la poursuite soit en sa faveur personnelle[295]. Cela s'applique également aux personnes morales.

Ainsi, les syndicats et associations peuvent agir en leur nom propre par l'intermédiaire de leurs représentants légaux : par exemple, ces représentants défendront les intérêts personnels d'une association dont la réputation de personne morale sera assurée. Le demandeur lui-même a besoin de cette condition, et le défendeur en a également besoin. Cette situation ne pose pas de problème lorsque le droit d'action est invoqué par une personne (notamment une personne physique) qui prétend que ces droits (substantiels) ont été méconnus : ce faisant, la personne justifie un acte d'intérêt personnel et immédiat[296]. *A contrario*, elle peut survenir lorsqu'un groupement se donne pour mission de défendre un intérêt à caractère général, c'est-à-dire un intérêt collectif (le « collectif » en cause ne va pas très loin), et entend saisir la justice en cas de dommage. Dans ce cas, les conditions d'intérêt personnel et direct ne sont pas remplies et de telles actions doivent en principe être exclues. De même, la présence d'intérêts personnels s'étend à un certain nombre d'interdits[297].

---

[294] COURET Alain et LAUDE Anne, « À la recherche du Jus fraternitatis », *in Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, 2019, LGDJ, p. 284 ; JAMIN Christophe, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXIe siècle, 2001, LGDJ, p. 441 ; Mazeaud Denis, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », *in L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, 1999, Dalloz, p. 609 ; JAMIN Christophe et MAZEAUD Denis (dir.), La nouvelle crise du contrat, 2003, Dalloz ; GRYNBAUM Luc et NICOD Marc, Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité ?, 2004, Economica ; J. Ghestin, Cause de l'engagement et validité du contrat, 2006, LGDJ, p. 575. MAZEAUD Denis, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, 1999, Dalloz, p. 609 ; MOUIAL BASSILANA Eva, *Du renouveau de la cause en droit des contrats : Essai de mise en lumière d'une cause objective du contrat*, thèse, droit, Nice, 2003, p. 621 et s.

[295] CHAINAIS Cécile, FERRAND Frédérique et GUINCHARD Serge, *Procédure civile*, Dalloz, 2009, p. 41.

[296] COUCHEZ Gérard, *Procédure civile*, Dalloz, 1998, p. 93.

[297] CHAINAIS Cécile, FERRAND Frédérique et GUINCHARD Serge, *op. cit.*, , p. 41.

Premièrement, en principe, les particuliers ne peuvent intenter une action en justice dans l'intérêt public, celle-ci sera défendue par un procureur de la République ou tout organisme habilité à cet effet.

Deuxièmement, on ne peut pas en principe défendre des droits individuels au nom d'autrui : les actions sont personnelles comme les intérêts sont personnels. C'est ce qu'enseigne l'adage « Nul ne plaide par procureur »[298]. Bien entendu, cela n'interdit pas de confier à un tiers le soin d'agir en justice en son nom en vertu d'un contrat ou d'une autorité légale ou judiciaire. Dans ce cas, les intérêts sont évalués par le représentant lui-même. C'est ce qu'on appelle la représentation. Et toute personne peut autoriser d'autres, par contrat (mandat conventionnel), à agir en son nom. Quelle est la punition pour le manque d'intérêt personnel ?

En ce qui concerne le calendrier, il est important de noter que les intérêts sont calculés le jour du début du programme[299]. En ce qui concerne les intérêts susceptibles d'être attaqués, il est souvent jugé que ces intérêts, qui doivent être appréciés à la date de l'appel, ne peuvent dépendre de circonstances ultérieures qui pourraient rendre l'appel sans objet[300].

Quant à la position des juges, il est à noter que certains jugements accordent au juge du fond la primauté du goût, mais dans d'autres cas la Cour de cassation exige que la décision soit motivée par la présence ou l'absence d'un intérêt, contrôlant l'application de l'article 31 du NCPCCSAC (les jugements ayant erronément reconnu un défaut d'intérêt[301], ou, à l'inverse, erronément reconnu l'existence d'un intérêt[302], ont ainsi été infirmés[303]).

---

[298] Cette règle constitue *a priori* le premier obstacle à l'introduction des "class actions" dans notre système judiciaire. Ainsi, on peut soulager une ou plusieurs classes de la société en abrogeant l'adage selon lequel « personne n'est défendu par un procureur », et le pouvoir judiciaire, premier vecteur d'échange de la justice, peut répondre aux exigences de la justice distributive. Le pouvoir judiciaire lui-même peut-il venir en aide aux classes, non pas en exerçant une simple jurisprudence législative, comme on le suppose souvent, mais en s'attaquant aux caractéristiques générales et forgées des membres de chaque classe, en apportant immédiatement et spécifiquement l'aide de remèdes communs qui sont bons pour tous ? Voir GLENN Patrick, « A propos de la maxime « nul ne plaide par procureur » », *RTD civ.* 1987, n° 1, janv.-mars 1988. Cité par NDOUBAYO Didier, *La class action,* Mémoire de Master Nancy II, 2002. Cette maxime fonctionne très largement, bien qu'implicitement, en interdisant le soutien de tiers et en punissant l'absence de partis. À cet effet, la représentation légale est devenue indispensable. Cependant, ce problème n'est pas insurmontable. Certes, le contexte a radicalement changé depuis l'époque révolutionnaire, lorsque les contraintes des intermédiaires ont conduit à ne pas accepter toute forme d'action collective. La maxime (qualifiée d'archaïsme procédural) n'interdit pas la représentation dans l'action (l'ordre du jour) ; chacun peut autoriser contractuellement un autre à agir à sa place, parfois la représentation légalement mandatée, comme c'est le cas de la représentation des créanciers en droit du recours collectif.
[299] Cass. 1e civ, 13 févr. 2003.
[300] Cass. 2e civ. 6 mai 1998.
[301] Cass. Com., 6 juin 1984.
[302] Cass. Com., 6 juin 1984.
[303] Cass. 2e civ. 25 nov. 1987.

Par ailleurs, le régime des fermetures inadmissibles dérivées du manque d'intérêt met en lumière le droit commun des fermetures inadmissibles et des déclarations d'office. En ce qui concerne le droit commun de l'exception d'irrecevabilité, il convient de rappeler que, comme pour toutes les exceptions d'irrecevabilité, le défaut d'intérêt peut être invoqué dans tous les cas sauf s'il est possible pour le juge d'ordonner des dommages-intérêts à ceux qui autrement se seraient abstenus de retarder l'action prévue le plus tôt[304]. De même, parce qu'elle constitue une levée d'irrecevabilité, la demande doit être acceptée sans que celui qui l'invoque ait à motiver son recours[305]. Dans le procès-verbal, il convient de préciser que le juge[306] peut toujours rouvrir d'office une exception d'irrecevabilité pour défaut d'intérêt. Cependant, on pourrait reprocher au juge de ne pas l'avoir[307] fait. Pour lui, c'est une capacité simple[308]. En outre, il convient de noter que l'abus des minorités n'est pas injuste.

B. L'appréciation du préjudice aux actionnaires minoritaires

La diffusée des fausses informations par les dirigeants peut avoir des conséquences sur la société. Lorsque la désinformation s'est propagée, la société est la victime avant d'en assumer la responsabilité. S'il prospère, la diffusion d'informations décrivant des conditions de surcharge lui portera clairement préjudice en faisant fuir les investisseurs et les fonds. En revanche, si l'information diffusée est trop optimiste, l'entreprise ne sera pas biaisée lors de sa diffusion, mais lors de la révélation de la brèche. Dans les deux cas, une indemnisation est disponible, et la chambre criminelle admet que le délit de fourniture ou de publication de comptes annuels d'entreprise inexacts et de diffusion d'informations fausses ou trompeuses cause un préjudice direct à l'entreprise concernée[309]. Dans un arrêt du 14 septembre 2007, la Cour d'appel de Paris a jugé que la divulgation d'anomalies comptables avait fait perdre confiance aux partenaires économiques de Regina Rubens et la société a accéléré son règlement judiciaire ultérieur. Selon elle, le défaut de crédit ainsi constaté justifiait l'octroi de 100 000 €[310] de dommages et intérêts. Plus récemment, dans un jugement du 31 octobre 2008, le même tribunal a confirmé la condamnation d'un dommage symbolique de 1 € pour le préjudice moral

[304] Voir art. 123 du NCPCCSAC.
[305] Art. 124 du NCPCCSAC.
[306] Art. 125 du NCPCCSAC.
[307] Cass. 2e civ, 5 mai 1982
[308] Cass. 2e civ, 10 juillet 1992.
[309] Cass. com., 11 juill. 2000 : *JCP E* 2000, p. 1806, n° 5, obs. VIANDIER Alain et CAUSSAIN Jean-Jacques, *RJDA* 2000, n° 1120. Cass. crim., 29 nov. 2000 : Bull. Joly 2001, p. 407, note critique J.-D. BELOT et DEZEUZE Eric.
[310] CA Paris, 9e ch. sect. B, 14 sept. 2007, RUBENS Regina, « La responsabilité civile de droit commun au secours des petits actionnaires ? », J.-B. Lehnof, Lexbase hebdo n° 276.

subi par la société[311]. Une société est une personne morale ayant ses propres intérêts, mais aussi de nombreuses institutions agissant en son nom. Dès lors, sa qualité de victime dont les intérêts sociaux ont été lésés ne l'empêche pas d'être tenue pour responsable des actes de ses représentants[312].

La diffusion d'informations erronées peut entraîner une perte de valeur du titre. Si l'information est fausse et pessimiste, le cours du titre baisse alors qu'il devrait monter, et en principe remonte lorsque l'information correcte apparaît et que le cours monte tout droit. Si l'information est fausse de manière optimiste, le prix d'un titre augmente lorsqu'il devrait baisser, et baisse en principe lorsque l'information correcte revient. Dans les deux cas, les actionnaires peuvent perdre de l'argent s'ils vendent trop bon marché ou achètent trop cher par rapport à la valeur. Selon les exigences classiques de la responsabilité civile, pour réparer un tel dommage, les actionnaires doivent déterminer la nature personnelle du dommage et déterminer son étendue, et les réponses apportées par plusieurs jugements récents devraient contribuer à faciliter cela.

Les actionnaires qui subissent des dommages du fait de la diffusion de fausses informations sont plus susceptibles d'intenter des poursuites individuelles, de sorte que l'existence de dommages personnels doit être prouvée et la preuve d'un dommage particulier, par opposition aux dommages affectant les biens de l'entreprise[313]. Ce dommage doit constituer

[311] CA Paris, 9e ch. sect. B, 31 oct. 2008, Sidel : *Rev. Soc.* 2009, note DAIGRE Jean-Jacques ; *Bull. Joly* Bourse 2009, n° 1, p. 28, note DEZEUZE Eric.

[312] SCHILLER Sophie, « l'actionnaire plus facilement indemnisé en cas de diffusion d'une information erronée», *Petites affiches,*2010, n° 181, p. 4. Un autre obstacle à l'admission de la responsabilité des entreprises pour les dommages causés par la diffusion de fausses informations est le principe plutôt étrange de reconnaître la responsabilité civile des entreprises envers leurs actionnaires. La société a le statut de personne morale, et le tiers peut supporter la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle. En revanche, invoquer son devoir envers ses propres actionnaires est d'autant plus troublant que l'existence de la personnalité juridique n'empêche pas de constater le lien extrêmement étroit entre l'entreprise et ses actionnaires. Plusieurs arrêts d'appel, ainsi qu'un arrêt rendu par la Cour suprême, tiennent les sociétés responsables envers leurs actionnaires en vertu du titre 21, article 1382, du Code civil. Tous ces verdicts ont à voir avec la publication de fausses informations. CA Paris, 25e ch. sect. B, 26 sept. 2003, Flammarion, *op. cit.* ; CA Colmar, 1er ch. civ., 14 oct. 2003, Eurodirect Marketing, confirmé en cassation : *Bull. Joly* Bourse 2004, § 89, p. 466, note DOLIDON Guillaume ; *RTD com*. 2004, p. 567, note RONTCHEVSKY Nicolas ; *Dr. et patr*., nov. 2004, p. 92, note PORACCHIA Didier ; Cass. com., 22 nov. 2005, *op. cit.* ; Les « investisseurs » sont tous ceux « actuels et potentiels, qui placent leur épargne dans les sociétés ». BOIZARD Maryline, « Les nouvelles obligations d'information des dirigeants envers le marché », *Rev. Soc.*, 2003, p. 795, alors que la qualité d'actionnaire suppose une présence établie et actuelle dans la société.

[313] Cass com., 28 juin 2005 : *LPA* 11 oct. 2005, note BARBIERI Jean-François ; *Bull. Joly* 2006, p. 80, note MASSAÏ-BAHRI S.

une violation des droits propres des associés[314] même s'il est causé par tous les associés[315]. Les juges ont réaffirmé à maintes reprises ce principe.

Les violations de l'égalité présupposent également un préjudice à tous les partenaires. Lorsque les majoritaires abusent de leur pouvoir, les minoritaires peuvent subir un préjudice, et le préjudice peut être uniquement que les petits actionnaires ne bénéficient pas des avantages obtenus par les actionnaires majoritaires.

Cependant, la preuve du dommage est essentielle et, selon le principe de bonne foi dans les relations contractuelles, la preuve incombe à l'actionnaire minoritaire. Bien que les juridictions ordinaires de l'OHADA n'aient pas encore eu l'occasion de se prononcer sur ce point, l'abus de majorité est notamment susceptible de recours, à l'instar de la jurisprudence française. La définition donnée par la loi uniforme, les faits de l'actionnaire majoritaire :

- l'adoption de résolutions d'attribution d'indemnités de fonction aux administrateurs ou de sur rémunérations aux dirigeants de sociétés ;
- décider d'assumer les responsabilités des filiales dans lesquelles il a un intérêt ;
- décider d'assumer les responsabilités de filiales dans lesquelles ils ont également un intérêt ;
- autoriser les entreprises dans lesquelles elles ont un intérêt à conclure des accords dans des conditions défavorables à l'entreprise ;
- la décision accordéon d'exclure les actionnaires minoritaires de la société, s'il ne s'agit pas d'une raison nécessaire à l'existence de la société ;
- approbation du contrat de l'entreprise pour louer son fonds de commerce unique à une autre entreprise dans laquelle ils sont intéressés ;
- soit en distribuant des bénéfices aux réserves spéciales et en refusant de les distribuer ou en les reportant d'un exercice à l'autre en les distribuant aux

[314] Yves GUYON, *Droit des affaires, t. 1, Droit commercial général et Sociétés*, 12e éd., 2003, Économica, n° 462, p. 505.
[315] En ce sens, B. Bouloc, *«Le dommage réparable en matière d'abus de biens sociaux au titre de l'action civile individuelle»*, note ss Cass. crim., 13 déc. 2000, Rev. sociétés 2001, p. 394 et s., Cass. com., 19 avr. 2005, n° 02-10256, Cass. com., 9 oct. 2007, n° 04-10382, Cass. crim., 13 déc. 2000 : Rev. sociétés 2001, p. 339. Cass. civ., 26 nov. 1912 : DP 1913, I, 377, note Thaler.

réserves, là encore au détriment des bénéfices des actionnaires minoritaires qui avaient des raisons d'attendre une telle distribution.

Les ressources dont disposent les actionnaires minoritaires leur assurent une bonne protection. Par conséquent, les dirigeants de l'entreprise doivent s'acquitter fidèlement de leurs responsabilités envers les actionnaires minoritaires et interdire aux grands actionnaires de prendre des décisions qui violent les intérêts de l'entreprise et nuisent aux intérêts des actionnaires minoritaires.

Les actionnaires minoritaires bénéficient de tous ces avantages en acquérant une meilleure connaissance de leurs droits dans la société.

Par ailleurs, toujours dans le cadre de la protection des actionnaires minoritaires, le législateur communautaire prévoit des sanctions pour punir ceux qui abusent des droits des actionnaires.

CONCLUSION DU TITRE 1

Les droits des minoritaires dans l'espace OHADA n'ont pas atteint un état stable et définitif. Ils sont une création continue de la loi et de la jurisprudence. Il n'est pas exclu qu'à l'avenir les intérêts des actionnaires minoritaires soient davantage mis en avant qu'aujourd'hui. Jusqu'à présent, la loi et la jurisprudence ont tenté de les protéger vis-à-vis des risques inhérents à celles-ci dans la plupart des structures. Mais souvent, la meilleure façon de les protéger est qu'ils soient conscients du bien collectif. Et pour que les minorités soient considérées, il faut qu'ils soient actifs dans les organes de prise de décision.

L'assemblée générale des actionnaires est l'organe de décision le plus important dans les SA. Elle constitue le lieu où s'exprime et se prépare la volonté de la société. Pour assurer une collaboration active et efficace dans la prise de décision aux assemblées, les partenaires doivent être en mesure de comprendre facilement les conditions de vie sociale et les préférences politiques des dirigeants. Consciente de ce problème, l'OHADA donne à tout partenaire le droit d'accéder à l'information, sans distinction entre partenaires majoritaires ou minoritaires dans l'échange de documents sociaux. Les actionnaires ont le droit d'être informés à tout moment. Compte tenu de ces dispositions, un actionnaire peut, à tout moment pour son information et dans l'intérêt de la société, consulter certains documents au siège social, ou poser des questions écrites aux préposés de la société, sur tous les faits susceptibles d'altérer la continuité de l'exploitation.

TITRE 2. LES INSUFFISANCES DE LA MISE EN ŒUVRE DES MOYENS DE PROTECTIONS

Il est indéniable que la série de mesures prises pour protéger les droits des actionnaires est sans aucun doute une étape très louable vers l'objectif d'attirer les investissements et la compétitivité économique de l'Afrique. Cependant, en l'état actuel du droit, de nombreuses zones d'ombre subsistent dans l'effectivité de la protection du droit des assemblées d'actionnaires (**Chapitre 1**). En effet, de nombreuses difficultés ne permettent pas à cette dernière de s'assurer de l'adéquation de ses prérogatives (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. La mise en œuvre difficile des droits des actionnaires minoritaires lors des assemblées

Seul un contrôle efficace, rapide, continu et efficient peut véritablement et absolument protéger les actionnaires minoritaires. Mais ce n'est généralement pas le cas. En effet, les acteurs se heurtent la plupart du temps à une myriade d'obstacles, dont certains constituent des contraintes normatives ou factuelles. Cependant, la difficulté pour les actionnaires minoritaires d'exercer leurs droits à l'assemblée est surtout liée au faible degré de participation (**Section 1**) représentation des actionnaires (**Section 2**).

Section 1. Les lacunes liées à la faible participation des actionnaires minoritaires

Précisons d'emblée qu'il s'agit de la participation des actionnaires à la prise de décision collective, obligation imposée par l'article 125 AUSCGIE[316]. Pour ce faire, ils doivent se réunir en « assemblées » où ils exerceront effectivement leurs prérogatives de contrôle et de direction générale[317]. Le problème vient du fait que la législation OHADA ne préserve valablement la présence ou la représentation aux assemblées (**Paragraphe 1**) que comme mode de prise de décision collective. Cependant, le système de vote par correspondance peut renforcer les droits des actionnaires. Aussi, à notre avis, l'indifférence aux moyens de télécommunication constitue une limitation sévère de cette représentation (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : La faible participation aux assemblées

La démocratie actionnariale de l'assemblée générale des actionnaires s'améliore de jour en jour. C'est pourquoi tout actionnaire peut exprimer son avis sur l'ordre du jour de l'assemblée générale sans être présent en personne. Le vote par correspondance (**A**) ou par visioconférence (**B**) est essentiel dans la gouvernance d'entreprise. Son évolution permet aux

[316] Cet article dispose, en effet, que « sauf disposition contraire du présent Acte uniforme, tout associé a le droit de participer aux décisions collectives. »
[317] GUYON Yves, *Droit des affaires, droit commercial général et sociétés*, Tome 1, Economica, 8e éd. 1994, p. 295.

actionnaires d'exercer plus efficacement leurs droits de participation lorsqu'il s'agit d'une prise de décision sociale[318].

A. La pratique des votes par correspondance

Selon Jean-Baptiste LHUILLIER, certains voient dans chaque nouveau droit accordé aux actionnaires minoritaires, notamment dans chaque nouveau droit de participation électronique, une avancée qualifiée de démocratique[319]. L'expression des actionnaires résidant à l'étranger est vouée à être renforcée, et si le vote sur papier reste la règle, c'est le principal motif de non-participation[320].

La question du vote à distance ou physique est un enjeu clé dans le contexte d'internationalisation des marchés financiers et de la volonté constante des investisseurs de participer en tant qu'actionnaires des sociétés dont ils souscrivent au capital[321].

Le vote par voie électronique ou par correspondance offre aux actionnaires, notamment non-résidents, qui n'ont pas l'intention d'assister personnellement à l'assemblée générale, un moyen attractif de s'exprimer sur la gestion sociale et de participer à l'expression de la volonté collective[322]. Le rôle du prestataire, particulièrement de la banque, n'est pas seulement d'informer l'actionnaire d'une assemblée à venir, mais aussi de lui transmettre toutes les informations le concernant et nécessaires au matériel de vote d'expression à distance, et enfin renvoyer ce vote devant l'assemblée générale[323] des actionnaires.

En outre, cela permettra à l'entreprise[324] d'économiser beaucoup d'argent. Cette réforme facilite la flexibilité dans la prise de décision et l'accès aux quorums. Cependant, une augmentation du quorum est un signe positif pour les actionnaires individuels et même les actionnaires[325] minoritaires. De plus, permettre aux actionnaires non-résidents de voter par voie

[318] MUBERANKIKO Gervais, *La place des associés minoritaires dans la gouvernance des entreprises OHADA,* L'Harmattan, 2019, p. 191.
[319] LHUILLIER Jean-Baptiste, *Le cyber-actionnaire : adaptation du droit du droit des sociétés à l'évolution de la technologie d'information et la communication,* thèse, droit, Paris Ouest Nanterre, p. 399.
[320] MUBERANKIKO Gervais, *op. cit*., p. 191.
[321] MOULIN Jean-Marc, *Droit des sociétés*, Gualino, Paris, 2006, p. 15.
[322] MUBERANKIKO Gervais, *op. cit*., p. 191.
[323] MOULIN Jean-Marc, *op. cit*., p. 15.
[324] Le vote à distance par correspondance sous format papier représentait un coût (imprimerie, acheminement, dépouillement manuel par des petites mains recrutées pour l'occasion, acheminement physique par camionnette à l'assemblée).
[325] MUBERANKIKO Gervais, *op. cit*., p. 192.

électronique aux assemblées générales est également un moyen de faciliter la participation des actionnaires à la prise de décision[326].

Afin de faciliter la participation des actionnaires à la vie de l'entreprise et de mieux lutter contre les effets néfastes de l'absentéisme, le législateur français a prévu le vote par correspondance dans la loi du 3 janvier 1983 relative au développement de l'investissement et à la protection de l'épargne. Au sein de l'OHADA, des interrogations se posent encore autour de son engagement, mais aussi autour des opportunités pour les actionnaires de participer à la prise de décision collective.

Dans les dispositions de l'AUSCGIE en son article 133 ressortent les conditions de décision aux AG propres à chaque forme sociale[327]. Une lecture hâtive pourrait montrer que le vote par correspondance est pratiqué dans l'OHADA. En fait, il n'en est rien de tel. La communication renvoie ici à un autre mode de prise de décision différent de l'assemblée générale des actionnaires, plutôt qu'au mode de participation à l'assemblée. Cette approche de la prise de décision est appliquée dans les SARL qui permettent des négociations écrites[328]. De plus, nous sommes favorables à la thèse selon laquelle le législateur OHADA n'a pas prévu de vote par correspondance dans les dispositifs de l'acte uniforme[329].

Toutefois, le droit des affaires prévaut en pratique et il est à noter que les actionnaires peuvent adresser leurs observations sur les résolutions par courrier, à condition que les courriers parviennent à la société avant l'assemblée. Ainsi la pratique du vote par correspondance montre l'intérêt de cette manière de participer[330] à la prise de décision collective.

Tout d'abord, il est important de le souligner, le vote par correspondance est un moyen apaisant pour les représentants des actionnaires. Son avantage est qu'il est simple et pratique,

---

[326] *Ibidem*.

[327] En France par exemple, c'est la loi n° 2019-744 19 juillet 2019 : *« Tout actionnaire peut voter par correspondance, au moyen d'un formulaire dont les mentions sont fixées par décret en Conseil d'État. Les dispositions contraires des statuts sont réputées non écrites.*
Pour le calcul du quorum, il n'est tenu compte que des formulaires qui ont été reçus par la société avant la réunion de l'assemblée, dans les conditions de délais fixées par décret en Conseil d'État. Les formulaires ne donnant aucun sens de vote ou exprimant une abstention sont considérés comme des votes négatifs. Si les statuts le prévoient, sont réputés présents pour le calcul du quorum et de la majorité les actionnaires qui participent à l'assemblée par visioconférence ou par des moyens de télécommunication permettant leur identification et dont la nature et les conditions d'application sont déterminées par décret en Conseil d'État ». V. art. L 225-107 C. com. https://www.election-europe.com/le-code-de-commerce/le-vote-prealable-a-la-tenue-de-lassemblee-generale/

[328] Voir article 333 de l'AUSCGIE.

[329] POUGOUE Paul-Gérard, ANOUKAHA François et NGUEBOU TOUKAM Jean, note sous l'article 538, de l'AUSCGIE, Traité et Actes uniformes commentés et annotés, Juriscope 2e éd., 2002

[330] https://books.openedition.org/puam/1063?lang=fr

car l'actionnaire n'a pas à trouver un mandataire qui accepte de voter comme il l'entend, il lui suffit de remplir un formulaire et de le retourner à la société, ce qui évite à l'actionnaire de se faire chanter. Le processus facilite également le décompte des voix, car pour chaque résolution à l'ordre du jour, les actionnaires expriment leur opinion pour ou contre, ou simplement s'abstiennent de voter. De plus, les bulletins de vote par correspondance sont toujours accompagnés de documents destinés à informer l'actionnaire de la marche de l'entreprise, ce qui renforce sans doute son droit de savoir.

Cependant, les bulletins de vote par correspondance ont été critiqués pour avoir privé l'intérêt des délibérations. Les réunions sont conçues pour permettre aux actionnaires de discuter des progrès de l'entreprise, plutôt que de simplement exprimer leur approbation ou leur désapprobation sur une question particulière. De plus, la doctrine fait de l'Assemblée générale une réunion d'échange de vues, qui doit avoir lieu avant un vote afin de clarifier le vote. L'objectif est d'avoir des actionnaires suffisamment qualifiés et informés pour exercer une influence sur les décisions de l'entreprise. Le comportement des actionnaires précités lors de l'assemblée n'a pas facilité les discussions attendues. La critique du vote par correspondance devrait donc être insoutenable.

Les gens se sont également demandé si les services postaux des pays de l'OHADA étaient fiables et pouvaient livrer et recevoir les bulletins de vote en temps opportun. Il est douteux que les bureaux de poste, notamment au Tchad, Burkina Faso, Cameroun… aient connu des réformes majeures qui devraient à terme répondre aux attentes des usagers et s'inscrire dans le cadre général de la réforme des télécommunications.

B. La pratique de vote par visioconférence

Le droit de vote est un droit fondamental des associés et il n'y a pas de différence juridique entre les droits de vote des actionnaires majoritaires et des actionnaires minoritaires. À cet effet, les petits et moyens actionnaires peuvent participer au vote par toutes les voies légales. Réduire le coût de la participation des actionnaires et supprimer les obstacles juridiques à la participation active est une priorité absolue[331].

La CCJA, lors de l'aménagement de son organisation pendant la période de la pandémie à COVID19 en 2020, avait affirmé en ces termes « […] Rien ne semble avoir été adopté pour

[331] DE BEAUFORT Viviane, « Gouvernance d'entreprise – De nouvelles orientations à échelle de l'Union européenne », *CEDE,* 2012, p. 15.

faciliter par exemple la tenue des différentes réunions et décisions annuelles et obligatoires des sociétés (conseils d'administration, assemblées, approbation des comptes, etc.). Il est important et urgent d'assouplir ces règles de manière temporaire pour recourir au système généralisé de visioconférence qui est impossible en l'état, sachant notamment qu'un tiers des membres doit être présent au conseil de manière physique et que les statuts doivent prévoir expressément le recours à ces moyens […] »[332]. De ce fait, l'utilisation des moyens de télécommunication lors des assemblées générales des associés est désormais une réalité pour les sociétés commerciales relevant de l'acte OHADA[333]. C'est pourquoi l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales y prévoit la possibilité pour les associés de voter à distance par correspondance[334]. « Ce vote est proposé comme un système permettant une meilleure diffusion du message inhérent à la tenue d'une assemblée générale auprès du plus grand nombre d'actionnaires de la société et, d'autre part, comme un nouveau moyen pour ces derniers d'exprimer facilement leur point de vue sur les projets de résolutions qui seront débattus et relayer les votes des actionnaires qui choisissent de ne pas être présents en personne le jour de l'assemblée en toute sécurité et facilité »[335].

Le vote par visioconférence ou tout autre moyen de communication distinct du vote par correspondance permet aux actionnaires de se connecter directement avec leurs collègues. Les statuts sont ainsi libres de définir les moyens techniques permettant aux actionnaires d'entendre et de voter à distance. Les méthodes ci-dessus permettent aux partenaires d'entendre et de voir ce qui se passe là où se tiennent les assemblées générales des autres partenaires en direct. Cela n'inclut pas les réunions tenues par téléconférence ou fax, car ces méthodes n'offrent pas de garanties suffisantes de sécurité et de fiabilité[336].

[332] CCJA, 1er avril 2020, n° 054/2020/CCJA/PDT, portant adoption de nouvelles dispositions pour les audiences de la CCJA. Ce texte est consultable à l'adresse suivante : https://lext.so/LIO8dz.
[333] MUBERANKIKO Gervais, *op. cit.*, p. 193.
[334] Voir Art. 133 al. 2 de l'AUSCGIE « si les statuts le prévoient, sont réputés présents pour le calculé du quorum et de la majorité les associés qui ont voté par correspondance. Dans ce cas, sont autorisés à voter par lettre au porteur contre récépissé, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par courrier électronique, les associés qui informé le dirigeant social désigné à cet effet par les statuts de leur absence au moins trois (3) jours avant la tenue de l'assemblée. Les votes par correspondance sont réceptionnés par la société au moins vingt-quatre (24) heures avant la tenue de l'assemblée ».
[335] MOULIN Jean-Marc, *op. cit.*, p. 1534.
[336] MUBERANKIKO Gervais, *op. cit.*, p. 193.

Paragraphe 2 : La faible utilisation des TIC

Utiliser les TIC dans des composants communs est un choix de modernité. En effet, un corollaire de la dématérialisation des titres a été l'augmentation des écritures en compte, et donc le développement du traitement électronique et automatisé de l'information.

Les moyens de transmission à longue distance ou de communication à longue distance sont tous deux des processus de transmission d'informations à longue distance[337]. Une mention spéciale peut être faite de la radio, du téléphone, du télex, du télécopieur. Certaines méthodes sont difficiles à utiliser, car elles créent de sérieux problèmes de preuve, comme le téléphone et la radio. En effet, n'importe qui peut simuler la voix de l'actionnaire et voter contre dans son intérêt. Pour les autres moyens de télétransmission, notamment Internet, les interrogations sur leur application restent à l'OHADA.

Le législateur a timidement amorcé l'utilisation de certaines formes de télécommunications pour impliquer les actionnaires dans la prise de décision collective (**A**), mais espère étendre cette utilisation à d'autres (**B**).

A. Le rôle des TIC dans le traitement des informations sociétales favorisant les actionnaires minoritaires

Selon l'article 456 de l'AUSCGIE qui dit clairement sauf disposition contraire des statuts de la société, un administrateur peut autoriser un autre administrateur à assister en son nom aux réunions du conseil par lettre, télécopie ou courrier électronique. Cela signifie que le formalisme dans la préparation des assemblées générales est contourné au profit de techniques plus souples.

La frilosité des législateurs vient du fait que cette possibilité ne concerne que la représentation des administrateurs aux conseils d'administration, et non les assemblées d'actionnaires. Peut-être cette prudence est-elle justifiée, puisque le nombre de dirigeants qui doivent se connaître est réduit, et que les actionnaires peuvent même se compter par millions.

Cependant, la question de la preuve reste entière. La transmission a toujours été manuelle ou postale. De plus, la loi exige une mention complète en cas de transmission en main propre et cachet de la poste, notamment à la date de l'accord. Les lois sont assez maladroites à

[337] *Le petit Robert*, 1990, p. 1933.

lire sur l'envoi de documents par fax[338], et certains États membres de l'OHADA ont des lois désuètes. En effet, les codes civils applicables dans ces pays n'attribuent qu'une valeur probante très limitée aux copies, mais le développement des techniques de reproduction des documents nécessite une profonde réforme du droit de la preuve, ce qui n'est pas le cas. Ainsi, la confiance qui caractérise le monde des affaires perdurera, on ne sait pour combien de temps, et c'est la seule garantie que chaque partie a du transfert d'informations.

La timidité est également due à la non-prise en compte des outils informatiques, en l'occurrence internet, mais pourrait être incluse dans les modalités d'expression des votes des administrateurs ou des actionnaires.

B. La résolution des problèmes de négligence en matière de TIC

Les nouvelles technologies de l'information et de la communication ont marqué le début de ce siècle. Ses atouts facilitent la communication dans tous les domaines d'activité. En matière de représentation des actionnaires, notamment en France, Internet a grandement facilité l'information des actionnaires et le vote aux assemblées générales[339].

De plus, il permet aux non-résidents de détenir une part significative du pouvoir de vote, entre 35 % et 40 % de la capitalisation boursière de la France. Compte tenu de cet exemple et des vents de privatisation qui continuent de souffler sur les pays de l'OHADA, il faut s'attendre à ce que les actionnaires des entreprises privatisées de la région résidant à l'étranger ne soient pas toujours présents aux assemblées. En particulier, s'ils ne sont pas en mesure d'assister au débat en personne lors de la réunion, ils peuvent participer à distance en votant.

L'avantage d'un tel système est un accès facile aux informations immédiatement disponibles, ce qui réduit la tâche d'impression et d'envoi de divers documents. De plus, les journaux officiels sont considérés comme un outil de travail pour les professionnels plutôt que pour les particuliers, car peu de gens les achètent.

Les faiblesses sont nombreuses. L'essentiel est que le texte est insuffisant pour considérer ces évolutions, notamment en termes de preuves. On peut faire mention également du faible taux de niveau de développement technologique des pays de la zone OHADA au regard de leur capacité à construire et maintenir des systèmes informatiques fiables. Peuvent-

[338] TERRE François, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 3e éd., 1996, p. 427 et 462.
[339] BISSARA Philippe, « L'utilisation des moyens de télétransmission et les assemblées générales d'actionnaires ». Rapport d'un groupe de travail de l'ANSA. http://www.ansa.asso.fr.

ils disposer d'un réseau fiable de contacts qui leur permettrait de mettre en œuvre le télé-vote ? En revanche, consacrer la représentation actionnariale par les NTIC n'est-il pas une réforme élitiste qui n'a pas beaucoup de sens puisque seuls certains professionnels s'intéressent aux outils informatiques. Combien d'Africains utilisent Internet comme un véritable outil de travail ? Certains estiment que les réformes proposées sont mal adaptées à ces enjeux.

Cependant, compte tenu de l'objectif de l'OHADA de promouvoir l'investissement en Afrique, nous pouvons accompagner la réforme de la représentation actionnariale, notamment par l'utilisation des NTIC, assurant « l'harmonie avec la culture juridique française et l'Europe »[340] et permettant aux investisseurs européens de se développer dans un environnement familier[341]. Dans le cas contraire, la représentation collective des actionnaires devrait être encouragée.

Section 2. Les distorsions relatives à la représentation des actionnaires

Les modèles de représentation traditionnels visent à assurer une représentation efficace des actionnaires. En particulier, les actionnaires absents sont représentés à l'assemblée générale par leurs mandataires désignés, représentants légaux ou juges.

On pourrait également envisager des droits de représentation pour le conjoint d'un actionnaire marié, ce qui permettrait à ce dernier d'agir au nom de l'autre partie alors que l'absence d'archives et l'administration de la succession sont en attente de résolution.

Cependant, l'inefficacité des schémas classiques est due aux insuffisances des représentations traditionnelles (**Paragraphe 1**) ainsi qu'aux limites des représentations forcées (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Les différences liées à la représentation en vertu de l'article 538 de l'AUSCGIE

La base juridique d'une telle représentation est l'article 538 de l'AUSCGIE qui précise qu'un actionnaire peut se faire représenter par un mandataire de son choix et fixe les formalités nécessaires à la validité de la procuration. Ainsi, un actionnaire peut nommer un autre

[340] PAILLUSSEAU Jean, *op. cit.*, p. 3.
[341] *Ibidem.*

actionnaire, son conjoint ou toute autre personne de son choix. Il serait judicieux de parcourir le contrat de la représentation (**A**) et d'examiner les difficultés qui l'accompagnes (**B**)

A. L'exagération relative à la formation du contrat de représentation

D'après l'article 538 de l'AUSCGIE, une procuration doit comporter : les noms, prénoms, le domicile, le nombre d'actions et le droit de vote du mandant, l'indication de l'assemblée pour laquelle la procuration est donnée, la signature du mandant précédée de la mention « bon pour pouvoir » et la date du mandat.

Le mandat est donné pour une assemblée. Il peut cependant être donné pour deux assemblées, l'une ordinaire, l'autre extraordinaire tenues le même jour ou dans un délai de sept jours. On peut se demander quelle forme doit prendre l'acte de délégation. Doit-il s'agir d'un document réel ou d'une signature privée ? Qu'il nécessite un enregistrement ou que sa validité soit uniquement liée au respect des exigences de l'article 538 AUSCGIE ? La confiance est une caractéristique du monde des affaires qui exclut généralement l'utilisation d'un comportement réel et vérifie le comportement privé. Il convient toutefois de se référer aux dispositions de la loi française[342] relatives à l'imposition du droit de timbre sur la procuration, c'est-à-dire que la procuration doit être enregistrée pour avoir force probante en cas de contestation. Cependant, la pratique des pays membres de l'OHADA n'impose pas d'exigences particulières sur les timbres.

La première exigence ne semble pas poser de problème, puisqu'elle identifierait à la fois le délégant et le nombre de voix dont il dispose pour les opérations de vote.

Le deuxième élément, concernant l'indication de la nature de la rencontre, est critiquable, de même que le troisième élément de mention manuscrite. L'attribution de la procuration sans le nom du mandataire mérite d'être étudiée.

Les actionnaires peuvent se faire représenter à trois types d'assemblées : Assemblée Générale Ordinaire, Assemblée Spéciale et Assemblée Extraordinaire. Premièrement, l'obligation d'indiquer la nature de la réunion apparaît stricte, et la règle imposable demeure qu'il s'agisse ou non d'une Assemblée ordinaire. Ainsi, si un mandataire peut représenter les actionnaires à un égard, il doit également le faire à un autre.

[342] COZIAN Maurice *et alii*, *op. cit.*, p. 276.

Ensuite, les actionnaires de référence induits en erreur ou négligents peuvent la confondre avec une assemblée générale extraordinaire et indiquer dans la circulaire de procuration qu'il s'agit d'une assemblée générale ordinaire. Par conséquent, ne pas valider cette procuration est préjudiciable. Par ailleurs, cette formalité est critiquable en droit anglo-saxon, où une procuration rédigée sous une forme raisonnable est censée suffire. La solution a permis à un juge dans un cas de vérifier une procuration qui spécifiait clairement une date pour une réunion, mais il s'agissait d'une réunion *ad hoc*.

Cependant, cette consigne n'est pas sans importance. Si deux assemblées générales se tiennent le même jour, une assemblée générale et une assemblée extraordinaire, cela peut être utile lorsque les actionnaires ont l'intention de désigner un mandataire pour assister à l'assemblée et assister en personne à l'autre assemblée. Exigences formelles pour la validité de cet acte illogique.

S'il est compréhensible que le mandant signe l'acte, puisque cela lui permet de prendre possession de l'acte, alors il semble excessif qu'il doive ajouter à l'acte « bénéfique au pouvoir ».

L'article 1326 du Code civil prévoit des formalités particulières lorsque l'acte n'est pas entièrement rédigé par le débiteur. Ces derniers doivent exprimer l'objet de leurs obligations de manière claire et non équivoque avant de signer, c'est-à-dire par une écriture manuscrite « faveur » ou « approbation » [343] sur l'acte. Elle ne peut donc s'entendre, dans le cas d'un contrat de représentation[344], que lorsque l'obligation est une somme d'argent ou un bien interchangeable avec l'obligation de le faire ou de ne pas le faire.

De plus, des retraits manuscrits sont effectués pour protéger le débiteur de la perception qu'il peut être à la merci des créanciers et peut faire des promesses fantaisistes. En énonçant que la signature du constituant doit être suivie de la mention bon pour pouvoir, censée protéger le débiteur de l'obligation, c'est-à-dire la représentation en espèces, le législateur communautaire a relancé une pratique qui avait été abandonnée par l'âge. En effet, les juges ont tiré une conséquence de la difficulté d'apposer les mentions manuscrites sur les formulaires

[343] TERRE François, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 3e éd., 1996, p. 452.
[344] La procuration aux fins de représentation s'analyse comme une obligation car l'exécution comprend le fait positif que le débiteur s'engage à exécuter.

de procuration en décidant qu'il n'y a pas lieu de mentionner « bon pour pouvoir » [345] avant de signer. Au-delà de cet illogisme, il faut voir dans cette attitude du législateur la protection des mandants de l'attention des professionnels qui exerceront pour le compte des actionnaires et qui peuvent avoir des contrats types de procuration.

Cependant, le parallèle avec le système des notes manuscrites en obligations suggère que les exigences en matière de notes devraient être plus strictes pour le profane que pour le professionnel[346]. Les indications du mandataire sur la procuration doivent être obligatoires ou méritent d'être étudiées avant sa validation.

L'article 528 de l'AUSCGIE ne fait pas référence aux avocats. Peut-on considérer cela comme un élément essentiel du contrat d'agence sans répétition, ou peut-on considérer comme valide le mandat inculte de l'agent ?

Cette question est délicate. La doctrine estime qu'il n'y a pas de clauses de concession vierges dans l'OHADA. Cependant, en matière de réglementation, on peut penser le contraire. Tout comme on ne peut déduire d'une simple lecture de l'article 538 de l'AUSCGIE que les délégations en blanc sont autorisées, on ne peut pas non plus déduire que les délégations en blanc ne sont pas autorisées. Si la procuration peut être effective sans désignation de mandataire, qui sera chargé d'exercer les droits de vote au nom de l'actionnaire représenté ? L'OHADA ne consacre-t-elle pas implicitement l'exercice du pouvoir comme un vide ?

Nous estimons que l'autorisation de l'agent non identifié est valide. Ainsi, un actionnaire peut envoyer une procuration à la société sans désigner de mandataire : ce sont des procurations en blanc.

En outre, en prenant exemple sur la loi camerounaise, le règlement de la CMF établit en son article 95 al. 2 que les documents adressés aux actionnaires par les prestataires de services d'investissement qui gèrent des portefeuilles de titres doivent être accompagnés d'un blanc à l'adresse générale de vote de l'assemblée. S'agit-il d'une copie maladroite de la loi française

[345] Trib. com. de la Seine, 6/05/1930, j. soc. 1931, 358, cité par MERCADAL Barthelemy et JANIN Philippe, *op. cit.*, p. 558. Voir également GUYON Yves, « Assemblées d'actionnaires », *Répertoire des Sociétés Dalloz*, 2002, p. 19.

[346] KALIEU Yvette, « La mention manuscrite dans le cautionnement OHADA ». Ohadata D-03-02, www.ohada.com, p. 8.

sur les marchés financiers, ou d'une expression de l'interprétation camerounaise de l'article 538 de l'AUSCGIE ? La seconde hypothèse est la plus plausible.

En effet, en raison du caractère supranational du législateur OHADA, il n'y a pas de conflit possible entre le droit OHADA[347] et le droit national. Mais lorsque le droit communautaire est muet sur une question, on peut se tourner vers les législations nationales pour combler le vide. L'Acte uniforme ne prévoyant pas expressément la pratique de l'autorisation en blanc, on peut se référer aux lois nationales des différents États et, dans ce cas, aux dispositions générales de la Commission des marchés financiers.

Toutefois, compte tenu de l'importance des instructions portées sur la procuration pour l'établissement de la feuille de présence[348], la personne qui peut conserver la procuration effective doit utiliser son nom aux endroits désignés. Les manifestations ambiguës se sont poursuivies.

B. La difficulté de la représentation

L'AUSCGIE reprend tacitement le droit antérieur en prévoyant qu'un associé peut se faire représenter par tout mandataire de son choix, c'est-à-dire qu'il peut désigner son conjoint, d'autres actionnaires ou tout tiers.

Le droit OHADA est très prudent en matière de représentation, car c'est sous cette forme que les actionnaires demandent la représentation sociale et il serait plus judicieux d'inclure une procuration au dossier. Remis à l'assemblée générale des actionnaires quelques jours avant l'assemblée générale des actionnaires. Ce processus expose l'entreprise à des charges financières supplémentaires, mais renforce les intérêts des actionnaires. Il est à noter que même en France, les sociétés ne sont pas tenues d'adresser copie des procurations aux actionnaires, mais c'est la pratique suivie par les administrateurs non majoritaires qui leur permet de contrôler la société.

Cependant, l'analyse a révélé des caractéristiques pertinentes de cette représentation, car les difficultés à trouver des actionnaires, la méfiance à l'égard des conjoints et l'incertitude

[347] ABARCHI Djibril, La supranationalité de l'OHADA, Ohadata D-02-02, www.ohada.com.
[348] Voir les articles 532 et 533 de l'AUSCGIE.

quant aux autres qualifications représentatives ont empêché ces innovations de produire les résultats souhaités.

L'un des époux peut autoriser l'autre à exercer en son nom les pouvoirs que lui confère l'institution du mariage[349]. Cette possibilité est largement reconnue dans les règles qui gouvernent les sociétés commerciales[350]. Depuis la loi sur les sociétés du 24 juillet 1867, les actionnaires peuvent se faire représenter aux assemblées générales par leur conjoint. Les législateurs ont fait valoir qu'en autorisant une telle représentation, la participation aux rassemblements devrait augmenter. Visiblement, les actionnaires ne sont pas très enthousiasmés par ce modèle. En tout cas, nous ne sommes pas surpris sous le régime matrimonial tchadien où le mari détient tout le pouvoir. Les épouses restent souvent à l'écart des affaires de leurs maris. Cependant, la tendance actuelle est d'élever le niveau d'instruction des femmes et de leur confier progressivement le rôle de compagnons masculins, mais la méfiance à leur égard persiste.

En règle générale, tout pouvoir accordé par l'un des époux pour administrer ses biens à l'autre doit toujours être révocable. On peut donc dire que, compte tenu du silence de l'Acte uniforme, cette obligation s'applique aux représentants des actionnaires. De plus, la loi sur l'institution du mariage n'est valable que si la disposition est révocable[351]. Cela signifie qu'une partie ne peut être effectivement représentée par une autre partie que si l'autorité peut être contestée au moment opportun. La règle est conçue pour protéger les conjoints qui commettent des crimes sans peser le véritable sens de leurs actes, puisque leur consentement pourrait facilement être dû à « l'intimité conjugale »[352].

La question du consentement protecteur nécessite une étude attentive des contrats de mariage, en particulier ceux qui prévoient des clauses qui confient les biens d'un époux à l'autre. La validité de ces dispositions peut être discutée au regard de l'immuabilité des conventions matrimoniales encore en vigueur dans certains États membres de l'OHADA[353] et de la nécessité de la révocabilité des mandats mandatés. Les actionnaires peuvent se faire représenter par tout autre actionnaire pour assister à l'assemblée générale des actionnaires, sauf

[349] MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, *Régimes matrimoniaux*, Paris, Cujas, 2e éd., 1991, p. 87 et s.
[350] TCHENDJOU Marius, « Le conjoint de l'associé », *RTD com*. juillet-septembre 1996, n° 29, p. 422.
[351] MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, *op. cit.*, p. 92.
[352] *Ibidem*, p. 76.
[353] À l'instar de ce qui se passe au Cameroun, des voix s'élèvent aujourd'hui contre ce principe. Voir en ce sens FOKO Athanase, *« Plaidoyer pour la mutabilité des conventions matrimoniales »*, JURIS PERIODIQUE n° 44, p. 53-61.

les restrictions prévues par la loi et les statuts de la société, tout actionnaire peut obtenir les pouvoirs conférés sans autres restrictions.

La première difficulté peut être que les représentants des actionnaires ne peuvent pas assister aux réunions en leur propre nom[354]. La doctrine est divisée sur ce point. Nonobstant certaines opinions contraires[355], il serait utile de reconnaître que la régularité du comportement d'un agent est évaluée en fonction du mandant plutôt qu'en fonction de la compétence de l'agent. De plus, ce dernier ne revendique pas ses propres actions mais agit simplement en tant que mandataire[356]. Par conséquent, nous permettrons aux actionnaires minoritaires qui ne peuvent pas assister aux assemblées générales en leur propre nom de représenter d'autres actionnaires.

La difficulté majeure pour l'actionnaire est celle de trouver une autre personne à qui il pourrait lui déléguer ses pouvoirs en le représentant à l'assemblée. Les actionnaires des sociétés anonymes ne se connaissent généralement pas. La libre cession des actions leur permet de changer de propriétaire en fonction des fluctuations du marché ou de la volonté des actionnaires. L'actionnariat peut aussi être éparpillé sur le territoire, rendant difficile la recherche d'un actionnaire même s'il accepte de voter dans le sens requis par le mandat. En effet, aucun actionnaire ou représentant ne peut être contraint d'accepter de représenter un autre actionnaire, notamment s'il entend voter différemment sur une question inscrite à l'ordre du jour. Cela peut justifier le recours à des tiers.

L'article 538 de l'AUSCGIE permet aux actionnaires de choisir « librement »[357] chacun leur représentant. Y voit-on la volonté de favoriser la professionnalisation de la représentation actionnariale, si manifeste en France, ou simplement de faciliter le quorum aux assemblées générales ? Il est impossible de dire si l'OHADA entend choisir une direction ou une autre. De plus, il serait utile de prévoir que l'agent doit posséder certaines qualifications. Sinon, cette méthode de vote n'est pas différente de ce que fait le pouvoir blanc, tant que les nominations de laïcs au Parlement sont clairement entre les mains des administrateurs.

[354] C'est notamment le cas lorsque les statuts exigent un certain nombre d'actions pour accéder à une assemblée ordinaire.
[355] HEMARD Jean, TERRE François et MABILAT Pierre, *Sociétés commerciales,* t. 2 cité par MERCADAL Barthelemy et JANIN Philippe, *op. cit*., p. 556.
[356] MERCADAL Barthelemy et JANIN Philippe, *op. cit*., p. 556.
[357] POUGOUE Paul-Gérard, ANOUKAHA François et NGUEBOU TOUKAM Jean, *op. cit*., p. 220.

Cependant, les parties peuvent surmonter ces inconvénients en contractant que l'agent soit doté de pouvoirs spécifiques. Le recours à des tiers apparaît comme un dernier recours pour les dirigeants sociaux qui craignent la participation de professionnels et d'experts aux rassemblements. La mentalité africaine est également un obstacle à l'utilisation de représentants tiers aux assemblées d'actionnaires. En effet, les secrets d'affaires ont encore un statut moral particulier. Peu de gens veulent impliquer des tiers dans leur entreprise. Cependant, la professionnalisation de la représentation est inévitable, surtout avec l'avènement des marchés financiers. L'actionnaire confie à un intermédiaire financier la gestion de ses actions et, le cas échéant, sa représentation aux assemblées générales, notamment lorsque l'actionnaire est une personne morale.

Paragraphe 2 : La spécificité de la représentation

En matière de représentation judiciaire, il faut se référer aux dispositions éparses de l'AUSCGIE. Outre la protection imparfaite des droits des personnes handicapées (**A**), la représentation judiciaire présente également des inconvénients (**B**).

A. La représentation des actionnaires incapables

Une personne incapable peut être un mineur ou un majeur incapable. L'imperfection de ce type de représentation actionnariale tient à des choix institutionnels et à la nécessité de recourir aux juges pour les créer.

Premièrement, en ce qui concerne les mineurs, il existe deux systèmes, comme on peut le voir à partir des articles 388 et s. du C. civ, chacun a des conditions spécifiques, mais malheureusement la jurisprudence confond les deux institutions. L'administration légale répond à deux conditions cumulatives pour sa mise en exécution. L'enfant doit être légal, adopté ou légalisé, et les deux parents doivent être vivants[358]. Le système est souple car sa mise en œuvre ne nécessite pas le recours à un juge. Le rôle d'administrateur légal appartient en principe aux parents exerçant les droits paternels[359], qui doivent gérer les biens du mineur et accomplir certains actes civils en son nom. Dans le fonctionnement administratif selon la loi, la complémentarité des fonctions des deux parents est soulignée : l'un gère et l'autre contrôle.

[358] V. Article 389-1 C. civ.
[359] Au Cameroun, au Tchad, au Burkina Faso… c'est le patriarcat qui s'impose. En France par exemple, le concept d'autorité parentale permet à la femme de se substituer au mari dans la gestion du ménage et de la famille, lorsque celui-ci est défaillant.

Le droit de garde naît au décès de l'un des parents ou, plus généralement, en l'absence de juridiction. Par ailleurs, la jurisprudence n'hésite pas à faire référence à la tutelle[360] en cas de décès d'un parent. La doctrine a vivement critiqué la décision d'un juge d'accepter une poursuite d'une veuve en tant qu'administrateur légal de ses enfants mineurs. Au décès d'un parent, les intérêts du mineur sont assurés par un tuteur désigné par un juge des tutelles. Les tuteurs subrogés et les conseils de famille sont les organes de contrôle.

Ensuite, en ce qui concerne les majeurs incapables, les articles 488 à 515 du Code civil prévoient deux institutions. : Interdiction judiciaire, avis judiciaire. Le premier concerne le majeur, qui est dans un état habituel de bêtise, de folie et de rage, même si cet état présente des intervalles lucides. La démence est l'absence ou l'affaiblissement de l'intelligence chez les adultes en raison de difficultés de développement mental ou d'une maladie mentale. Les furieux sont des gens extrêmement enthousiastes avec un névrosisme exagéré. Plus généralement, lorsqu'une personne est atteinte d'un handicap mental grave, il est nécessaire de désigner des institutions pour servir ses intérêts. Ces institutions sont équivalentes aux institutions de tutelle pour mineurs.

Le deuxième organe, le Comité judiciaire, est destiné aux « gens prodiges »[361], qui seront des personnes extrêmement coûteuses qui courent le risque d'épuiser tous leurs actifs en s'engageant trop[362]. Cela signifie-t-il qu'une personne qui fait preuve de négligence, agit avec insouciance et fait des promesses imprudentes doit être traduite en justice ? Il ne saurait en être ainsi. Il convient de se référer aux articles 508 et suivants du C. civ. L'adulte incapable dont il est question ici est mentalement déficient, mais incapable d'agir de façon autonome, et dont le comportement doit être contrôlé ou conseillé.

Ce que les deux systèmes ont en commun est le changement de la fonction mentale, la différence réside dans le degré de ce changement. Les cas graves sont interdits d'accès à la profession et les cas légers sont placés dans le Yuan judiciaire. La difficulté consiste toutefois à déterminer dans quelle mesure la capacité mentale est altérée, puisqu'une personne apparemment normale peut en fait être gravement atteinte au détriment d'elle-même et de ses intérêts.

---

[360] Note sous Cour d'appel de l'Ouest, arrêt n° 19/cout du 26 janvier 1996, affaire succession TENGOU Emmanuel. Juris périodique n° 40, avril-mai-juin 1999, p. 51 et s. l'auteur met en exergue le risque que court les biens du mineur lorsqu'il est soumis, à la mort de l'un de ses parents à l'administration légale.
[361] Art. 513 C. civ. Camerounais.
[362] TIMTCHUENG Moise, *Cours polycopié de droit des personnes*, 2005-2006, Inédit, p. 43.

Une autre difficulté réside dans la détermination de l'incapacité. Est-ce dû à un comportement professionnel anormal ou doit-il être déterminé médicalement ? La logique et la nécessité de la gestion des preuves nous feraient choisir la deuxième option. La personne fréquente-t-elle une institution spécialisée en maladie mentale ? On peut douter. De plus, les gens ont tendance à s'adresser aux guérisseurs traditionnels plutôt qu'aux centres hospitaliers, ce qui pose un problème de preuve lors de la mise en place d'institutions de protection des inaptes.

À première vue, il devrait être clair que l'accès à un juge n'est nécessaire que pour l'agence et l'exécution de la tutelle des majeurs incapables. En effet, en vertu de l'article 389 du Code civil, l'administration légale des biens et de la personne mineure est confiée au parent qui assure son autorité parentale. Cela signifie que l'un des parents exerçant l'autorité paternelle est l'administrateur judiciaire légal sans recours devant un juge.

La garde à vue, l'interdiction et les conseils juridiques sont autorisés par les juges avec la recommandation d'office des parents ou alliés, procureurs. L'intervention du juge ne consistait pas seulement à constater l'incompétence du major, mais aussi à désigner l'organisme représentant l'organisme.

Étant donné la réticence à détenir un juge, on peut se demander comment les biens d'un majeur devenu incapable sont gérés en attendant ou même sans qu'un juge ne soit détenu. Dans l'attente d'une décision sur la mise en œuvre du système du représentant des actionnaires incapables, le juge peut désigner un représentant légal pour gérer les actifs, mais la saisie préalable est toujours requise.

En dehors du recours au juge, il n'existe pas d'autres dispositions spécifiques pour organiser l'administration des biens d'une personne handicapée. On pense que la personne incapable contrôle toujours ses biens malgré l'incapacité, et peut donc participer à l'assemblée générale des actionnaires. Cet état de fait est triste car il met en péril ses opérations, c'est pourquoi les membres de la famille et même les successeurs peuvent prendre en main sur la base de la gestion d'entreprise. Trop souvent, les membres de la famille, ignorant la question de la représentation des inaptes, demanderont au juge d'assurer l'administration des biens menacés. Néanmoins, la situation au Cameroun est un véritable obstacle à une représentation actionnariale efficace.

B. La représentation judiciaire

Les juges exercent un pouvoir croissant dans les entreprises. C'est ainsi que les actionnaires défendent leurs droits, notamment face aux mandataires sociaux de mauvaise foi. À ce titre, son intervention vise à assurer le contrôle des actionnaires sur les opérations de l'entreprise.

Les juges peuvent naturellement constituer une source de représentation des actionnaires. En réalité, il s'agissait d'actionnaires qui ne pouvaient assister à l'assemblée, soit parce que leurs titres étaient contestés, soit parce qu'ils empêchaient le déroulement de l'assemblée. Cependant, cette intervention est incomplète car les juges ne peuvent agir d'office lorsque des droits sont violés et que certaines décisions rendues ne sont pas conformes à la loi.

Premièrement, lorsque la priorité d'un litige est contestée, les parties peuvent confier à un juge le soin de nommer un administrateur judiciaire. Ainsi, en cas d'urgence, lorsqu'il existe une contestation sérieuse entre actionnaires sur la priorité des actions, le juge peut désigner un syndic en référé chargé d'assister aux assemblées. Par son vote, il évitera de créer une situation irréversible en attendant la décision du juge de première instance[363]. Ce processus implique la remise physique du titre au destinataire, ce qui présente un risque de perte et de vol. C'est pourquoi, depuis la dématérialisation des titres, il est possible de geler la propriété du séquestre en transférant sur un compte spécial ouvert au nom du propriétaire[364], mais dont la propriété fera référence à l'existence et au nom du séquestre.

Ensuite, pour les minoritaires, des représentants légaux peuvent être nommés pour résoudre les obstacles causés par une forte opposition des petits et moyens actionnaires. Il s'agit des actionnaires minoritaires qui, par l'exercice de leur droit de vote, s'opposent aux décisions prises lorsque l'intérêt de la société l'exige, notamment lorsqu'aucun intérêt légitime ne justifie de telles décisions[365]. L'indemnisation des mauvais traitements infligés aux minorités peut inclure la distribution de dommages-intérêts en vertu du droit commun de la responsabilité

[363] Com, 15 février 1983, *Rev. Société,* 1983, 593 note GILBERTEAU

[364] MERCADAL Barthelemy et JANIN Philippe, *Mémento Pratique Francis Lefebvre : Sociétés commerciales,* Édition Francis Lefebvre, 1994, p. 776.

[365] POUGOUE Paul Gerard, ANOUKAHA François et NGUEBOU Jean, note sous article 538, *OHADA Traité et Acte uniformes commentés et annotés*, 2e éd., Juriscope, 2002, p. 76. Dès lors, le refus répété des petits et moyens actionnaires de voter pour l'augmentation de capital des fonds propres de l'entreprise proposée pour être restructurée conformément aux exigences des autorités de régulation est une attitude d'abus de pouvoir, qui menace la survie de l'entreprise. Paris, 25 mai 1993, *RDJA*, 8/93, n° 703, cité par MERCADAL Barthélemy et JANIN Philippe, *op. cit*., p. 585.

délictuelle, mais dans la plupart des cas, ces sanctions sont insuffisantes. Par conséquent, la Cour suprême a estimé qu'il existe d'autres solutions qui pourraient prendre en compte les intérêts de la société[366]. Ainsi, il est possible de désigner un mandataire pour représenter l'actionnaire minoritaire défaillant à une nouvelle assemblée et voter au nom de l'intérêt social sans préjudice des intérêts légitimes de l'actionnaire minoritaire[367]. En ce qui concerne l'article 131 de l'AUSCGIE énonçant que les minorités peuvent être tenues responsables lorsqu'elles sont maltraitées, on peut en déduire que l'AUSCGIE impose des sanctions simplement en autorisant une atteinte aux intérêts, une évolution qu'elle aurait pu envisager dans sa législation. Jurisprudence de 1993.

En outre, les actionnaires peuvent demander à un juge de désigner un représentant légal pour convoquer une assemblée générale des actionnaires. Cela se produit généralement lorsque l'organe directeur d'origine échoue et qu'une assemblée générale est requise. Ainsi, l'article 520 de l'AUSCGIE précise que les demandes doivent émaner d'un ou plusieurs actionnaires représentant le dixième du capital social. L'urgence démontre la compétence du juge de chambre pour statuer sur la demande[368].

Cependant, lors de l'exercice du contrôle, le juge peut, à la demande individuelle[369] ou collective d'actionnaires représentant le dixième du capital social, nommer un expert pour éclairer certaines opérations de gestion[370]. Les experts désignés agissent au nom et pour le compte des associés et leurs missions sont limitées au cadre fixé par les associés et approuvé par le juge.

Enfin, lorsqu'une personne morale ou un actionnaire de droit fait l'objet d'une action collective, le syndic le représente aux assemblées, notamment lorsque l'instance publique est une liquidation de biens. En effet, le syndic assiste le débiteur dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire et liquide les biens en son nom. S'adresser à un juge révèle les

[366] Com, janvier 1992, D. 1992. J. 337, note BOUSQUET Jean-Claude.
[367] Com, 9 mars 1993, D. 1993. J. 363, note GUYON Yves.
[368] POUGOUE Paul Gerard, ANOUKAHA François et NGUEBOU TOUKAM Jean, *Programme de formation,* www.ohada.com, p. 85. La compétence du juge des référés pour la désignation de l'expert de gestion (Cour Suprême du Niger, arrêt n° 01-158/C du 16/08/2001, SNAR LEYMA c/ Groupe HIMA SOULEY). Voir également Tribunal régional hors classe de DAKAR, jugement n° 871 du 21 mai 2002, Hassen YACINE c/société Natte industrie. La demande tendant à obtenir la désignation d'un expert chargé de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion ainsi que les demandes incidentes étant de la compétence du président du tribunal, le tribunal, lui-même, lorsqu'il est saisi, se doit déclarer incompétent. J-03-04, www.ohada.com.
[369] Article 159 de l'AUSCGIE
[370] MEUKE Bérenger Yves, « L'information des actionnaires minoritaires dans l'OHADA : Réflexion sur l'expertise de gestion ». Ohadata D-05-56, www.ohada.com.

difficultés rencontrées par les actionnaires qui souhaitent obtenir une procuration. Il ne faut pas non plus sous-estimer l'isolement des actionnaires par une certaine passivité.

Chapitre 2. La relativité des droits d'expressions aux assemblées

En relisant l'Acte uniforme, le législateur OHADA a accordé à tous les actionnaires les mêmes privilèges en matière de droit de vote, qu'ils soient majoritaires ou minoritaires. Cependant, ce pouvoir détenu par ces actionnaires peut être détourné ou abusé (**Section 1**) à des fins personnelles au détriment de la société[371]. Selon le Robert, l'abus de pouvoir s'entend comme l'usage du pouvoir dans un but différent de celui pour lequel il a été accordé. À cet égard, il convient de noter que l'abus de pouvoir implique un but, une intention ou un motif poursuivi par le pouvoir exécutif. La jurisprudence administrative fournit une abondante littérature sur l'abus de pouvoir. C'est un problème qu'un agent public exerce le pouvoir à des fins sans rapport avec l'intérêt général[372]. Dans ce cas, ce sont les partenaires minoritaires qui ont abusé du pouvoir qui leur était confié. L'abus de pouvoir des minorités découle de querelles profondes sur les votes des minorités. Et pour que ces querelles ne prennent pas d'autre dimension, le législateur OHADA met à la disposition des actionnaires les modes alternatifs de règlement des différends pour atténuer les tensions au sein de la société (**Section 2**).

Section 1. Les changements profonds dans le suffrage des minoritaires

Pour qu'une entreprise soit bien équilibrée, elle doit disposer d'un management de qualité et d'employés qui œuvrent pour le bien-être de l'entreprise. En d'autres termes, les associés de l'entreprise doivent exercer le pouvoir pour le bien collectif. Cependant, cette preuve est parfois négligée par les partenaires (actionnaires). Ces derniers abusent alors de leur pouvoir pour servir leurs propres intérêts, surtout ne favorisant en rien la société. Afin de mieux comprendre les mutations profondes du vote minoritaire (**Paragraphe 1**), il faut d'abord

[371] C'est pourquoi l'Acte uniforme dispose dans son article 4 : *« la société 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 pourrait en résulter. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes dans les conditions prévues par l'Acte uniforme. La société commerciale doit être créée dans l'intérêt commun des associés ».*

[372] DUPUIS Gérard, GUEDON Marie-José et CHRETIEN Patrice, *Droit administratif,* Paris, Dalloz, 11e éd., 2009, p. 655.

réfléchir à d'autres finalités du pouvoir avant d'explorer la question de la représentation collective dans l'exercice des droits des actionnaires minoritaires (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Le droit de vote principalement utilisé à d'autres fins

Selon le lexique juridique, l'abus de pouvoir est « un comportement illicite, pour une autorité exécutive, d'utiliser son pouvoir à d'autres fins que de lui permettre d'exercer l'autorité qu'elle exerce ». L'abus de pouvoir est un concept bien connu et bien développé en droit administratif. En droit des sociétés, chaque fois qu'un associé utilise son privilège ou son héritage dans un but autre que celui prévu par l'Acte uniforme et les statuts de la société, cela est considéré comme un abus de pouvoir. Cela peut s'expliquer par les obstacles à la prise de décision (**A**) et l'absence de prise de décision, ce qui est le résultat inverse du résultat attendu (**B**).

A. Les obstacles suivant la prise de décision

Le droit de vote est l'arme politique la plus importante que possède un actionnaire[373]. L'analyse de l'utilisation de ce pouvoir de vote révèle des attitudes qui peuvent constituer des obstacles à la prise de décision. Dans ces attitudes, on peut remarquer non seulement de la pure méchanceté, mais aussi des actions managériales contre les intérêts de la société.

Le concept de malveillance met en évidence trois éléments fondamentaux. Ces facteurs comprennent la malveillance, l'opposition abusive et le manque de bon sens. Il convient de noter que la malveillance et le manque de bon sens se traduisent par une forte volonté des actionnaires non seulement de nuire à la majorité des associés mais également d'empêcher que des décisions pouvant bénéficier à la survie de l'entreprise ne soient prises sans justification. Cela se traduit alors par un manque de respect à l'engagement du partenaire. Contrairement à la malveillance, il est important de noter que les bonnes intentions sont justifiées par le fait que les actionnaires n'ont pas rompu leurs promesses. En d'autres termes, ce sont ces derniers qui remplissent leurs obligations et veillent au respect de leurs engagements. Ainsi, l'abstention déraisonnable des actionnaires minoritaires ne peut inspirer la confiance des grands actionnaires, ni même rassurer les grands actionnaires. Ainsi, un partenaire qui exprime un vote négatif ne peut être assimilé à un individu qui exprime du bon sens. Trouver les motifs de son refus nous conduira à tracer une ligne entre ses intérêts personnels et le bien commun. Si l'on

[373] MUBERANKIKO Gervais, *La place des associés minoritaires dans la gouvernance des entreprises en droit OHADA* , L'Harmattan, 2019, p. 192.

considère que l'intérêt des actionnaires fait partie intégrante de l'intérêt de l'entreprise, il va sans dire que les petits et moyens actionnaires doivent d'abord servir les intérêts sociaux. Qu'en est-il des comportements managériaux contraires aux intérêts sociaux ?

L'intérêt social est une notion forgée par la jurisprudence au fur et à mesure des besoins, ce qui explique que son application soit largement déterminée alors que sa notion reste incertaine[374]. Est considérée comme intérêt de la société toute attitude des associés susceptible de contribuer au meilleur fonctionnement de la société. En cas de violation des intérêts de l'entreprise, il est important d'identifier non seulement le responsable des actions, mais également les conséquences de ces violations. L'article 891 de l'Acte uniforme prévoit la répression des atteintes aux intérêts de la société des « gérants, administrateurs, présidents-directeurs généraux, directeurs généraux, directeurs généraux ou directeurs généraux délégués des sociétés à responsabilité limitée » à des fins personnelles ou matérielles ou intérêts des personnes morales, ou à des fins personnelles ou matérielles ou au profit des personnes morales ou pour leur intérêt direct ou indirect. Il y a quelques leçons à tirer de cette disposition.

La première est que les infractions dénoncées sont toutes caractérisées par des atteintes aux intérêts sociaux. La seconde semble être que le facteur psychologique est double. En ce sens, la malveillance de l'auteur est abusée, ainsi que la fraude particulière associée à la poursuite de fins personnelles. En outre, il convient de préciser que les associés votant avec des intérêts différents de ceux du cabinet ou issus d'intérêts minoritaires ou majoritaires peuvent être contraires aux intérêts du cabinet. Malheureusement, les gens ont constaté l'existence de décisions allant à l'encontre des exigences des intérêts de la société[375]. Le but est d'évaluer les raisons de l'inconduite. Certains litiges au sein de l'entreprise trouvent leur origine dans une atteinte aux intérêts de l'entreprise. De telles violations nécessitent l'intervention d'un juge. Ce dernier intervient pour mettre de l'ordre et, le cas échéant, annoncer des sanctions contre les fauteurs de troubles.

S'agissant des actes de la direction contraires aux intérêts de l'entreprise, il est donc nécessaire de connaître tous les actes des associés pour les besoins de la direction ou de l'entreprise, qui sont peu susceptibles de favoriser le fonctionnement harmonieux de

[374] COZIAN Maurice, VIANDIER Alain et DEBOISSY Florence, *Droit des sociétés*, Litec, 21e éd., 2001, p. 181.
[375] Cass. Com., 18 avril 1961.

l'entreprise. En d'autres termes, ce sont des comportements qui entravent la survie sociale. Qu'en est-il du droit de contester la gestion sociale ?

B. Les contestations abusives

En effet, la responsabilité des actionnaires minoritaires peut être engagée en cas d'abus d'une participation minoritaire en vertu de l'Acte uniforme de la loi sur les sociétés commerciales. Selon l'art, il y a abus des minorités. Paragraphe 131 de l'article 2 de l'AUSCGIE, lorsque les actionnaires minoritaires s'opposent en exerçant leur droit de vote à la prise d'une décision, lorsque l'intérêt de la société l'exige et qu'ils ne peuvent justifier cet intérêt.

Ainsi, cet abus comprend une interruption déraisonnable du fonctionnement social. De toute évidence, les conditions sont presque les mêmes que d'abuser de la majorité. C'est-à-dire que la minorité s'abstient en faveur de l'intérêt général et de l'avantage escompté. Souvent, les actionnaires s'abstiendront de voter, empêchant l'entreprise de prendre des décisions importantes. Par exemple, selon la Cour de cassation, une minorité constitue un délit d'abus si l'attitude de la minorité est contraire à l'intérêt général de l'entreprise, puisqu'elle interdirait l'exercice d'une activité essentielle à l'intérêt général et seule activité professionnelle de la société promouvoir l'intérêt personnel au détriment de tous les autres associés[376]. Cela suppose donc une décision qui requiert un quorum, que la majorité ne peut atteindre seule.

La question est cependant de savoir s'il y a abus du seul fait qu'une minorité s'oppose à l'adoption d'une mesure d'importance sociale, même si elle est adoptée face à une telle opposition. Le législateur n'en a rien dit, seule la jurisprudence permet de répondre par la négative, les objections des actionnaires n'ont aucune incidence sur le passage de la délibération, d'autant plus que l'action est prise après la délibération[377].

En résumé, l'abus des actionnaires minoritaires peut être assimilé à l'abus de pouvoir des actionnaires minoritaires.

Les déséquilibres de pouvoir des actionnaires peuvent également s'étendre à leurs droits financiers. Le fait que des sociétés commerciales se constituent au bénéfice mutuel des associés est un dénominateur commun. Un actionnaire ou un groupe d'actionnaires peut enfreindre cette

[376] Cass. com., 15 juillet 1992, Bull. civ. IV, n° 279
[377] TGI du Mfoundi, jugement n° 205 du 12 janvier 2004, Aff. SNAC c/MOUICHE.

exigence. Les dérives analysées ci-dessus ont des implications sur les droits financiers de ces acteurs au sein de l'entreprise. Il est donc nécessaire d'étudier attentivement la nature de ces attaques et leurs conséquences.

En premier lieu, conformément aux articles 125, 283, 284, 288 de l'Acte uniforme, l'assemblée générale prend ses décisions en séance à l'unanimité ou à la majorité, selon le cas. Lors de ces assemblées, les grands actionnaires peuvent exercer leur influence démocratique dans le seul but de s'octroyer l'essentiel de l'avantage financier. Or, une corporation est constituée pour le bien commun des associés, ceux-ci étant tous supposés égaux en droits et en devoirs. Selon les termes de l'art, chaque actionnaire doit participer aux profits et pertes proportionnellement à son apport en capital[378]. Ainsi, constitue la faute, le déséquilibre de facto qu'ils ont créé.

Les groupes majoritaires constituent une réelle menace pour les minorités. En effet, l'article 146 de l'AUSC prévoit que le mode de paiement des dividendes est déterminé par l'assemblée générale. Il convient de rappeler que les décisions de l'assemblée générale des actionnaires obéissent à la règle de la majorité. Par conséquent, il a été prouvé que les actions malveillantes des principaux actionnaires peuvent nuire aux intérêts financiers des actionnaires minoritaires. En outre, une augmentation de capital ne peut entraîner une augmentation de l'engagement des actionnaires sans consentement. De même, le vote pour garder tous les bénéfices ne peut pas être le résultat de la malveillance des principaux actionnaires, mais de l'intérêt de l'entreprise.

Il convient de noter que les atteintes aux droits financiers sont souvent l'œuvre de la majorité, qui dispose de l'arme politique la plus importante, et la plus puissante : le droit de vote. Dans de tels cas, les minorités ne peuvent que se tourner vers les juges pour rétablir la loi, non sans conséquences.

En ce qui concerne l'impact des atteintes aux droits financiers des actionnaires, force est de constater que la réaction des petits et moyens actionnaires face à l'abus de confiance des gros actionnaires a un impact sur l'environnement social et économique, notamment la dissolution des sociétés et/ou l'intervention accrue des juges dans la société.

[378] Art. 4 al. 2 de l'AUSCGIE

Quant aux actions en dommages et intérêts contre l'associé coupable, celles-ci ne posent pas de difficultés significatives. Une fois la faute établie, l'établissement d'un abus majoritaire ou minoritaire faisant généralement l'objet d'un contrôle judiciaire par expertise de gestion.

Le fait d'annuler l'effet pervers et de remettre en cause les erreurs des actionnaires ordinaires en assemblée, protégeant ainsi les actionnaires de la malveillance de leurs adversaires, et le fonctionnement normal de celui-ci lorsque ces mécanismes dits traditionnels ne parviennent pas à contenir la crise afin que l'entreprise puisse continuer à fonctionner, puis d'autres sanctions entrent en jeu, notamment l'intervention d'un tiers.

Paragraphe 2 : Le comportement abusif des minorités

Il faut définir les critères (**A**) de définition des minorités abusives avant d'envisager une action en justice (**B**).

A. De l'abus de comportement

Deux problèmes se posent lorsque l'on se réfère à l'abus des minorités, en particulier en ce qui concerne les opérations visant à le détecter, car ces conséquences de l'abus de pouvoir n'ont émergé que récemment dans le discours juridique[379] et, par conséquent, ses normes sont encore à l'épreuve. Littéralement, la première de ces questions est de savoir comment s'exprime cet abus ; la seconde, tout aussi importante, est de savoir si tout comportement négatif d'un ou plusieurs partenaires (minoritaires) doit être considéré comme constituant un abus envers une minorité.

Aux termes de l'article 131, alinéa 2, de l'Acte uniforme relatif à la loi sur les sociétés commerciales et les groupements d'intérêt économique, un abus de minorité est commis « lorsque les actionnaires minoritaires s'opposent en exerçant leur droit de vote jusqu'à ce qu'une décision soit prise ». Comme on peut le voir dans cet extrait, l'abus des minorités apparaît comme une passivité, une omission, selon la typologie héritée de la doctrine[380]. Un tel comportement comprend, dans le sens le plus large du terme, le blocage de la majorité des voix requises pour prendre une décision collective particulière de telle ou telle nature. Ici, la minorité

[379] 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 SA. Fromageries Bel. (Revue sociétés, 1990, p. 613, note M. BOIZARD ; JCP éd., 1990. N° 21589, note M. Germain), et par la Chambre commerciale de la Cour de cassation française, le 14 janvier 1992 dans l'arrêt VITAMA.

[380] CABRILLAC Maryse, De quelques handicaps dans la construction de la théorie de l'abus de minorité, *Mélanges offerts* à A COLOMER, Paris, Litec, 1993 p. 111.

en présence refuse d'approuver une délibération dont la validité est conditionnée par une majorité déterminée par la loi. Beaucoup d'exemples aléatoires pour illustrer cela.

Le premier réside dans le comportement de quelqu'un qui, sans raison apparente, s'abstient de voter lors d'une assemblée décidant de la transformation de l'entreprise dont il est associé. Ici, l'abstention entravera inévitablement le fonctionnement du plan, puisque la transformation suppose la modification des statuts de la société dans des conditions formelles, conformément à l'article 181 de l'Acte uniforme. Lorsque la transformation a pour objet de créer une société dans laquelle la responsabilité devient illimitée, l'alinéa 3 impose que l'opération soit décidée à l'unanimité des associés, et toute stipulation contraire est réputée non écrite.

Un autre exemple est la décision de tenir une réunion sur des questions telles que les fusions, les scissions et les apports partiels de capital, et de refuser d'exprimer des opinions sans raison justifiable ou en faveur de l'intérêt personnel. Si tel est le cas, c'est que l'article 197 de l'Acte uniforme, à lui seul, soumet ces opérations aux conditions requises pour modifier les statuts, et décide d'autorité, dans la mesure du possible, que les opérations projetées aboutissent à une ou plusieurs sociétés. L'engagement accru des associés ne peut être décidé qu'à l'unanimité des associés ou actionnaires précités. La dernière série d'exemples où l'abus de minorités peut être justifié concerne l'attitude de quelqu'un qui, pour des raisons purement personnelles, renonce à voter lors d'une assemblée destinée à décider du transfert du siège social d'une entreprise, que l'on espère sauver; la personne physique qui, de mauvaise foi, s'abstient de voter lors d'une assemblée appelée à décider de la prorogation de la durée de la société ; le droit d'une personne d'empêcher l'augmentation ou la diminution du capital social dont l'opération est indispensable à la survie de la société ; l'objection systématique, sans argument sérieux, d'une personne à voter sur une délibération dont les conséquences modifieraient l'objet de la société ; dans la loi dans les circonstances prescrites, toute personne qui, inspirée par l'intention léser, n'accepte pas la dissolution anticipée de la société, notamment lorsque les capitaux propres sont réduits de plus de la moitié du capital social[381]. En raison des pertes constatées dans le résumé des états financiers. En effet, dans ces différents exemples, la validité de la décision à prendre par la loi dépend de la participation d'un certain pourcentage

[381] Sur l'ensemble, voir note Com., 15 juillet 1992, Bulletin Joly sociétés, 1992, p. 1083, note LE CANNU.

d'actionnaires requis par toute modification du contrat social[382], qui, selon l'article 72, dépend de la forme.

S'il ne fait aucun doute que l'usage passif des privilèges politiques constitue un terrain fertile pour l'abus des minorités, on peut se demander si un tel abus ne devrait pas pouvoir rester en dehors du contexte des processus de blocage organisationnel par des décisions collectives. Pour ceux qui s'appuient sur le libellé de l'article 131 ciblant spécifiquement les minorités abusives, une réponse négative est justifiée. En effet, elle n'est sanctionnée que lorsque les actionnaires minoritaires, en exerçant leur droit de vote, vont au-delà de ce qui peut être considéré comme normal, ou, si l'on choisit ainsi, des conditions habituelles d'exercice de ce droit. Dès lors, l'abus de minorité ne peut être envisagé que dans le cadre d'une assemblée déjà tenue, au moment précis où l'assemblée est appelée à délibérer. La lecture du deuxième titre de l'ouvrage qui développe l'article 131 confirme cette analyse, puisqu'il est intitulé « Décisions collectives : principes généraux ».

Comme l'indique clairement l'article 131, alinéa 1er, de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, la condition préalable à l'abus de minorités est que les membres du révolté s'opposent à la décision prise en exerçant leurs droits politiques, tandis que sur le d'une part elles sont nécessaires à l'intérêt de l'entreprise, d'autre part elles ne peuvent justifier d'un intérêt légitime.

Deux vérités destinées à caractériser les minorités abusives sont ici puissamment proclamées. La première vérité est que les intérêts des associés doivent céder le pas à ceux de l'entreprise. Reprenant la formule de LESOURD[383] et à BISSARA[384], tant que la décision de dissoudre un groupe n'est pas prise, ceux qui y participent ou en assument la direction doivent assurer la prospérité et le bon fonctionnement du groupe dans le respect du contrat social. Ainsi, du moins selon l'opinion dominante[385], l'intérêt de la société apparaît comme l'intérêt suprême

[382] Articles 22, 27, 31, 33, 66 et s de l'AUSCGIE.
[383] LESOURD Noëlle, *L'annulation pour abus de droit des délibérations d'assemblées générales, RTD com., 1962 p. 13.*
[384] BISSARA Philippe, « L'intérêt social », *Rev. Soc.*, 1999, chron. p. 12.
[385] Implicitement, Com., 15 juil. 1992, *D.* 1992, p. 279, note H. Le Diascorn, *RTD com*, 1993, p. 112, obs. REINHARD Yves. Surtout, voir not. : VENIZET A., « La position des juges sur l'intérêt social », *Dr. et patrimoine*, 1997, p. 50 ; CONSTANTIN Alexis, « L'intérêt social : quel intérêt ? », *Études offertes à Barthélemy Mercadal*, éd. F. Lefebvre, Paris, 2002, p. 317 et s. ; MEUKE Bérenger Yves, « De l'intérêt social dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », *Penant* 2007, p. 401 ; PIROVANO Antoine, « La boussole de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *D.* 1997, Chron., p. 189 et s., BISSARA Philippe, *op. cit.*, p. 5 et s. ; MARTIN Didier, « L'intérêt des actionnaires se confond-il avec l'intérêt social ? », *Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt*, Joly éd., Paris, 2005, p. 360 et s. ; MOUTHIEU Monique Aimée, *L'intérêt social en droit des sociétés*, thèse d'État, droit, Yaoundé II, 2006 ;

de la personne morale elle-même, c'est-à-dire que l'intérêt de la société est celui d'un agent économique considéré comme poursuivant ses propres buts[386]. La « boussole sociale » détermine notamment la conduite à tenir dans les grands cas[387], où l'intérêt « collectif » prime sur celui de ceux qui ont contribué à sa création, qu'ils soient majoritaires ou minoritaires. Par ailleurs, dans tous les cas où une décision contestée affecte la survie de l'entreprise, il y aura sans aucun doute des cas d'abus de participation minoritaire, susceptibles de remettre en cause son intégrité juridique ou l'intégrité de son patrimoine[388]. Le groupe majoritaire contrôlant les tribunaux aura la charge de constater que l'attitude de l'inculpé est contraire aux intérêts de l'entreprise[389], c'est-à-dire qu'il y a un « déplacement de fonction ». Dans de nombreux cas, on peut en déduire que l'accusé savait que ses actions étaient contraires aux intérêts du groupe, et donc destinées à nuire, cependant, je tiens à souligner que ce n'est pas une condition nécessaire pour maltraiter une minorité.

Le deuxième fait, tout aussi important, est que la violation des intérêts sociaux ne suffit pas à caractériser l'abus des minorités ni à condamner l'accusé. Il est tout aussi important que les griefs contre des partenaires ou groupes de partenaires récalcitrants soient acceptés que de tels intérêts soient ignorés à des fins égoïstes. Le problème d'un individu ou d'un groupe particulier car sa pérennité est remise en cause. Dans de tels cas, l'utilisation de privilèges politiques ou non politiques à des fins différentes de celles pour lesquelles ces pouvoirs ont été

GOFFAUX-CALLERBAUT Géraldine, « La définition de l'intérêt social : retour sur la notion après les évolutions législatives récentes », *RTD com*. 2004, p. 35 et s. cité par KUATE TAMEGHE Julien Sorel, *Interrogations sur l'abus de minorité dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique,* p. 9.

[386] Si le plus grand nombre semble favorable à cette thèse, il faut dire qu'il n'en a pas toujours été ainsi.
C'est l'école de Renne qui, la première, a défini l'intérêt social. Selon elle, il s'agissait de l'intérêt de l'entreprise dans son ensemble, c'est-à-dire la synthèse des intérêts des différentes catégories ou acteurs (associés, salariés, créanciers…) qui composent la société, l'animent, la font vivre.
Un autre courant, développé à partir du discours en lien avec le gouvernement d'entreprise (corporate governance), a reproché à la thèse fonctionnaliste d'accorder peu d'importance aux associés dans l'identification de l'intérêt social. À son sens, il s'agirait de l'intérêt commun des associés car la société n'est créée que pour faire des bénéfices à partager entre ceux qui l'ont initiée. De plus, la société a comme particularité d'être une personne juridique abstraite ou fictive.
Un dernier courant a reproché au précédent, en orientant l'intérêt social vers les seuls associés, de ne pas inscrire l'entreprise dans le long terme. De son point de vue, cet écueil ne pourrait être surmonté que si l'intérêt social réalise un compromis efficace entre les intérêts égoïstes ou altruistes des uns et des autres et, ainsi, garantit la pérennité de la société. Vu sous cet angle, il s'agirait non seulement de l'intérêt des associés, mais aussi et surtout du sujet de droit qui naît à l'occasion de la signature des statuts ou de l'immatriculation au registre du commerce.

[387] PIROVANO Antoine, « La boussole de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *D.* 1997, Chron., p. 189 et s.

[388] Paris, 26 juin 1990, *op. cit.* Voir CONSTANTIN Alexis, « La tyrannie des faibles. De l'abus de minorité en droit des sociétés », in *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Paris, Dalloz, 2003, p. 222.

[389] Com., 31 janv. 2006, *Bull. Joly sociétés,* 2006, n° 163, note P. SCHOLER ; 20 mars 2007, *Bull. Joly sociétés,* 2007-6, n° 199, note SCHMIDT Dominique, *JCP éd. E* 2007, 1755, note VIANDIER Alain, *Revue sociétés*, 2007, p. 807, note CHAMPETIER DE RIBES JUSTEAU Anne-Laure.

accordés serait sanctionnée. Cependant, cette voie doit être suivie avec beaucoup de prudence : il est parfaitement légal, et les tribunaux en ont décidé ainsi, que les personnes donnent la priorité à la satisfaction de leurs intérêts, notamment en évitant des charges déraisonnablement lourdes, et en faisant échouer les sociétés dont la solvabilité est en cause. Devenir un actionnaire majoritaire initié par une personne, privilégiant la logique de profit à court terme des titres de sa société[390]. Un autre corollaire est qu'il est toujours considéré comme un acquis qu'un actionnaire donne la priorité à ses intérêts personnels lorsque la décision à prendre n'est appropriée que pour le groupe[391]. À l'inverse, l'objection minoritaire devient illégitime dès lors qu'une décision qui n'est plus opportune mais nécessaire ou cruciale est interdite, puisqu'elle remet en cause l'existence même de la société[392].

B. Les sanctions applicables

Face au blocage provoqué par les réparations, la question est de savoir si aucune autre sanction ne préservera les intérêts des acteurs sociaux. Pour ceux qui n'insistent que sur le contenu de l'article 131 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, l'hésitation est permise. Au contraire, en référence aux autres dispositions de cet article L'Acte uniforme et les droits étrangers ont légitimé des réponses différentes. Pour s'en convaincre, il suffit de lister les principaux conseils qui s'y trouvent, et de lire la polémique qu'ils suscitent parfois encore aujourd'hui.

Le premier d'entre eux est la dissolution. L'article 200 de l'Acte uniforme relatif à la loi sur les sociétés commerciales et au GIE, ne s'y référant qu'à celui-ci, dispose qu'une société cesse « […] par déclaration de dissolution anticipée par la juridiction compétente, à la requête des associés, pour juste cause, notamment à la non mise en œuvre des obligations des associés ou les différences entre les associés empêchent le bon fonctionnement de la société »[393]. En toute logique, les juridictions nationales sont félicitées pour avoir statué sur des affaires

[390] Paris, 26 juin 1990, *op. cit.*, com., 20 mars 2007, *op. cit*.
[391] Versailles, 25 novembre 1987, Bull. Joly société, 1988, p. 16.
[392] Paris, 26 juin 1990, op. cit.
[393] Cela va évidemment emporter l'apurement du passif et la répartition de l'actif restant entre associés. Sur ces points, voir not. A. FENEON, « La mésentente entre associés dans les sociétés anonymes OHADA. Prévention et mode de règlement », *Penant* n° 848, juil-sept 2004, p. 276 ; H. MATSOPOULOU, « La dissolution pour mésentente entre associés », *Revue sociétés,* 1998, chron., p. 21 et s.

quelques années seulement après l'entrée en vigueur de la loi uniforme pertinente[394]. Impossible d'en être autrement : dans la plupart des cas.

Dans ce cas, l'abus de minorité n'était pas le résultat d'une querelle ponctuelle et temporaire entre les partenaires. C'était le signe d'un malaise plus profond, d'une chaîne de déchirements qui a conduit à la formation d'alliances qui se sont affrontées au sein de l'entreprise pendant relativement longtemps. La « fraternité » fait maintenant défaut. La disparition de la société peut devenir inévitable[395]. L'ostracisme d'une minorité de frondeurs est-il prévisible au-delà d'un démantèlement précoce ? La doctrine[396], suivant la loi, a tendance à répondre positivement. Plusieurs articles de l'Acte uniforme y font expressément référence. Cela concerne notamment l'article 274 et s. qui rappellent la règle selon laquelle les parts d'une société en nom collectif ne peuvent être transmises qu'avec l'accord unanime des associés, mais prévoit qu'à défaut d'accord unanime, les statuts peuvent prévoir une reprise procédurale pour permettre aux associés cédant de se retirer[397]. L'enseignement de cet extrait est clair : les associés minoritaires peuvent être exclus si l'exigence de renforcer la majorité constituerait un obstacle à l'adoption de décisions importantes par le cabinet. Cependant, comme le suggèrent les rédacteurs de l'Acte uniforme précité, cette voie proche de l'amputation chirurgicale ne peut être suivie qu'avec prudence : l'expulsion est une mesure exceptionnelle. Celle-ci ne peut être envisagée que dans la double condition prescrite par la loi et assortie d'une indemnisation[398].

---

[394] TGI Ouagadougou, n° 303, 14 avril 1999, ohadata J-02-47, www.ohada.com , obs. ISSA-SAYEGH Joseph ; TC Bamako, n° 281, 3 nov. 1999, ohadata J-02-41, www.ohada.com ; TGI Ouagadougou n° 215, 21 février 2001, ohadata J-04-01, www.ohada.com ; n° 631, 12 juin 2002, ohadata J-04-18, www.ohada.com ; TPI Abidjan, n° 80, 10 avril 2001, ohadata J-02-96 ; Abidjan, n° 1048, 10 juillet 2001, ohadata J-02-173, www.ohada.com ; CA Ouagadougou, n° 40, 02 mai 2003, *op. cit.* ; TRHC Dakar, n° 85, 9 avril 2004, ohadata J-06-167, www.ohada.com ; n° 142, 27 mai 2005, ohadata J-06-174, www.ohada.com. À dire vrai, la solution était déjà énoncée dans le Code civil, notamment aux articles 1869 et 1871. Au Cameroun, la Cour suprême l'avait rappelée dès son arrêt du 17 fév. 1983, Nanfah Paul c/ Panka Paul et Zébazé Siméon, *RCD* n° 31-32, p. 348 ; *Les grandes décisions de la jurisprudence civile camerounaise*, Bamenda, 2008, p. 222 et s., obs. ANOUKAHA François. Voir aussi : Pau, 2 déc. 1986, *Cah. jur. d'Aquitaine*, 1987-1, p. 97 ; Paris, 29 janv. 1993, *RTD com*. 1993, chron, p. 666, obs. CHAMPAUD Claude et DANET Didier ; Com., 13 fév. 1996, *D*. 1997, p. 108, note GIBIRILA Deen.

[395] BARBIERI Jean-François, « Retour sur les sanctions de l'abus de minorité », *Mélanges en l'honneur de D. Schmidt,*
Joly, Paris, 2005, p. 55, n° 6 ; H. MATSOPOULOU *op. cit.*

[396] J. -P. STORCK, « La continuation d'une société par l'élimination d'un associé », *Revue sociétés,* 1982, p. 233 et s.

[397] On signalera que l'article 280 de l'Acte uniforme envisage, dans des circonstances différentes, il est vrai, la possibilité d'un retrait de l'associé. Il y a alors lieu, y peut-on lire, d'envisager « le remboursement de ses droits sociaux dont la valeur est fixée, à défaut d'accord entre les parties, par un expert désigné par le président de la juridiction compétente statuant à bref délai ». À dire vrai, cette mesure n'est pas incompatible avec le prononcé par le juge de dommages et intérêts. Elle pourrait donc venir en complément de cette sanction.

[398] Com., 15 nov. 1976, *D*. 1977, IR, p. 67 ; 11 mars 2008, *Rev. Soc.*, 2008, p. 355, note BARBIERI Jean-François ; Paris, 30 oct. 2007, *RTD com*. 2008, chron., note CHAMPAUD Claude et DANET Didier.

Une autre sanction possible en cas de minorités abusives est la substitution d'un juge à la personne morale ou à la société habilitée à prendre telle ou telle décision. L'économie est telle que, pour surmonter l'hésitation ou l'empêchement que peut créer l'indemnisation, les juges devraient pouvoir statuer isolément, permettant ainsi de vaincre l'opposition indue d'une minorité[399]. Connue sous le nom de décision par vote équivalent ou de résolution directe, cette solution n'a pas fait l'unanimité. La première chose à souligner est qu'il serait illégal d'empêcher une résolution qui aboutit à des minorités abusives qui supposent en grande partie des modifications du statut. Cette modification s'opère cependant dans les circonstances et les conditions minimales prescrites par la loi dans les diverses formes de société qu'elle reconnaît et organise. Dans tous ces cas, une chose demeure constante, c'est que seule l'assemblée générale des actionnaires a le droit de décider de la répartition du résultat social, de l'augmentation ou de la réduction de capital, de la prorogation de la durée de la société, de l'apport de capital, etc. Son siège est transféré d'un pays à un autre, transformé en une autre forme, fusionné, scindé, etc.

D'autres griefs ont été soulevés quant à la possibilité de permettre aux tribunaux d'appliquer des résolutions qui ne peuvent pas être votées en raison d'abus de minorités. Partant de la théorie du « gouvernement des juges », certains proposent que le devoir des juges ne soit pas de gérer des entreprises. Selon certains, il est d'autant plus inadmissible de l'autoriser à s'immiscer dans la gestion d'une entreprise, puisqu'on ne sait pas où commencera ou se terminera l'ingérence, et en plus, il est mal armé dans ce domaine, notamment parce que de sa formation[400].

De tels arguments expliquent pourquoi la Cour de cassation a longtemps condamné des jugements constitutifs d'action sociale dans les arrêts Six et Flandin. Dans le premier de ces arrêts, la Haute Cour, après avoir rejeté l'acceptation par le juge du fond de l'abus de minorité, a déclaré que « même s'il est établi, l'abus de minorité est peu susceptible d'entraîner une détermination de validité de légalité irrégulière »[401]. Dans le jugement de deuxième instance, il a d'abord été reconnu que l'attitude de la cour d'appel consistant à refuser d'augmenter le capital lorsque cela était nécessaire constituait un abus de droit. Pourtant, il l'a condamné parce qu'il a décidé pour ces motifs que sa condamnation conduirait à l'adoption d'une résolution

[399] NEMEDEU René, obs. sous Abidjan, 7 avril 2000, *Juridis Périodique*, n° 60, oct.-déc. 2004, p. 112.
[400] LE CANNU Paul, « L'abus de minorité », *op. cit.*, p. 434 ; LUCAS François-Xavier, *op. cit.*, p. 9 ; NEMEDEU René, *op. cit.*, p. 113.
[401] Com., 15 juil. 1992, *op. cit*. Dans le même sens, mais implicitement, voir Dakar, arrêt n° 564, 26 déc. 2003, *ohadata J-02-102*, *www.ohada.com.*

contestée qui ne pourrait pas être votée faute de majorité qualifiée. Les juges de la Cour suprême ont conclu qu'en statuant ainsi, bien que le tribunal ne puisse se substituer aux groupes sociaux compétents et décider que leurs décisions valent résolutions, la cour d'appel a violé la loi[402].

Compte tenu des critiques de la plupart des auteurs et de la poursuite de cette tendance jurisprudentielle, il est parfois recommandé d'utiliser des mandataires *ad hoc* pour assister à de nouvelles assemblées et voter au nom des actionnaires minoritaires défaillants dans les décisions qui sont dans l'intérêt de la société mais ne portent pas préjudice aux intérêts légitimes de la minorité[403]. Il serait ici préférable de permettre au juge de désigner un ou plusieurs mandataires en référé chargés de représenter une minorité rebelle à l'assemblée générale. La mesure doit être comprise. Lorsque les associés sont présents et entendent voter contre la décision lors du vote ou de l'abstention, il n'est pas question de les remplacer par des mandataires. Cela signifie que ce recours judiciaire n'est ouvert que s'ils réitèrent leur volonté en assemblée générale qui devrait prendre les décisions les plus importantes concernant l'avenir de l'entreprise. Il devrait être mis en œuvre, à condition qu'il soit vraiment nécessaire de les remplacer par des représentants[404] pour prêter attention[405].

---

[402] Com., 9 mars 1993, *D.* 1993, p. 363, note Y. Guyon ; Rouen, 13 juin 2000, *op. cit.*

[403] Ainsi s'exprimaient les juges de la Cour de cassation française dans l'arrêt Flandin précité. Dans le même sens, implicitement ou explicitement, voir : Cotonou, n° 178/99, 30 sept. 1999, préc. ; Abidjan, n° 258, 25 fév. 2000, ohadata J-02-132, www.ohada.com , note anonyme, 7 avril 2000, Ohadata J-02-69 ; Cotonou, n° 250,/2000, 17 août 2000, Ohadata J-06-101, www.ohada.com ; CS du Niger, n° 01-158/C, 16 août 2001, ohadata J-02-28, www.ohada.com , obs. ABARCHI Djibril ; TR Thiès, ord. du 28 mars 2002, Ohadata J-03-33, www.ohada.com ; TRHC. Dakar, ord. n° 1729, 31 déc. 2002, ohadata J-03-182, www.ohada.com ; TR Niamey, ord. n° 296, 31 déc. 2002, ohadata J-04-79, www.ohada.com

[404] ABARCHI Djibril, obs. sous CS du Niger, n° 01-158/C, 16 août 2001 préc.

[405] Les prémices d'une telle approche peuvent être retrouvées :

- Aux articles 35 et 36 qui décident que les associés doivent être consultés, un mois avant la date d'expiration de la société à l'effet de décider de sa prorogation. « À défaut, tout associé peut demander au président de la juridiction compétente […] la désignation d'un mandataire de justice chargé de provoquer la consultation prévue à l'article précédent ».
- à l'article 127 déjà cité qui prévoit, lorsque les copropriétaires d'une part indivise ne s'entendent pas sur l'identité de celui d'entre eux qui les représentera dans les assemblées d'associés, qu'un mandataire puisse être désigné en leurs lieu et place par la juridiction compétente du lieu du siège social, à la demande de l'indivisaire le plus diligent ;
- à l'article 208 qui prescrit, lorsque la liquidation amiable est décidée par les associés qui ensuite ne s'entendent pas sur l'identité du liquidateur, que ce dernier est désigné par décision de justice pour conduire la liquidation en leurs lieu et place ;
- aux articles 319 alinéa 4 et 321 alinéa 4, respectivement consacrés à la cession de parts entre vifs et à leur transmission pour cause de décès qui prévoient, dans l'éventualité où la société refuserait soit de consentir à la cession par un associé de ses titres soit d'agréer le successeur ou l'héritier d'un participant décédé, que les associés sont tenus, dans un délai de trois mois à compter de leur opposition, d'acquérir les parts du cédant ou du défunt à un prix qui, à défaut d'accord entre les parties, est fixé par un expert nommé par le président de la juridiction compétente, à la demande de la partie la plus diligente ;
- à l'article 337, alinéa 3, ainsi rédigé : « […] tout associé peut demander en justice la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée et de fixer son ordre du jour » ;

Les magistrats seraient donc avisés de rester en retrait, est-il écrit[406] ; ils n'interviendraient que dans les cas où il y a urgence à « redresser » les décisions collectives de minorités parfois représentées par des dirigeants inefficaces[407].

Même s'il est si limité, le remplacement des actionnaires minoritaires mandataires temporaires ne recueille pas l'adhésion de tous. Entre autres choses, elle n'était perçue que comme une simple forme d'ingérence déguisée – aboutissant au déguisement d'une décision judiciaire digne d'un vote – que la Cour suprême a pourtant rejetée à de nombreuses reprises[408]. Certains estiment également que l'impartialité de ce type de « représentation forcée » des petits et moyens actionnaires ne peut être garantie. En fait, on craint que sa nomination ne soit motivée uniquement par la nécessité de statuer sur des décisions fortement opposées par la minorité et qu'il se sente obligé de s'aligner sur la majorité[409]. Par ailleurs, le processus de sélection d'un mandataire temporaire pouvant être long, il n'est pas sûr que la disparition de l'entreprise puisse être évitée, surtout si des délibérations litigieuses doivent être adoptées au plus vite. Par ailleurs, la nomination d'administrateurs provisoires devant être portée à la connaissance des tiers notamment par l'inscription au Registre du commerce et du crédit mobilier[410], il apparaît que cette mesure grèverait le crédit de la société et de ses actionnaires[411]. Enfin, lorsqu'il s'agit d'une unité économique de taille moyenne, et dans le cas assez marginal de la désignation ponctuelle d'un représentant intérimaire, les frais occasionnés par son intervention peuvent aggraver[412] les difficultés financières de l'entreprise, jusqu'à la faillite de celle-ci.

Une autre solution indirectement préconisée en cas de minorités abusives est la nullité[413]. L'hypothèse principale discutée est que, si les réunions ne se tiennent pas de façon

- à l'article 516, alinéa 2-2° , lequel envisage lorsqu'une assemblée n'a pas été convoquée par le conseil d'administration ou par l'administrateur général auxquels il attribue cette compétence, la possibilité qu'elle soit convoquée par « un mandataire désigné par le président de la juridiction compétente, statuant à bref délai, à la demande de tout intéressé en cas d'urgence, soit d'un ou de plusieurs actionnaires représentant au moins le dixième du capital social s'il s'agit d'une assemblée générale ou le dixième des actions de la catégorie intéressée s'il s'agit d'une assemblée spéciale » ; à l'article 518 alinéa 5 qui traite du support de la convocation des actionnaires aux assemblées d'associés, y compris dans le cas de figure où « l'assemblée est convoquée par un mandataire de justice ».

[406] BARBIERI Jean-François, *op. cit.*, p. 56.
[407] Abidjan, 7 avril 2000, préc. ; TR Thiès, 28 mars 2002, préc.
[408] BARBIERI Jean-François, *op. cit.*, p. 56.
[409] NEMEDEU René, *op. cit.*, p. 113.
[410] La règle est notamment inscrite aux articles 32 et 33 de l'AUSCG
[411] ROHART-MESSAGER I., « À propos des conflits d'intérêts dans les sociétés », *Petites affiches* n° 71, 8 avril 2008, p. 15.
[412] LUCAS François-Xavier, *op. cit.*, p. 9.
[413] Pour une analyse approfondie, voir not. : GRILLET-PONTON V.-D., « La méconnaissance d'une règle impérative de la loi, cause de nullité des actes et délibérations des organes de la société », *Revue sociétés*, 1984, p. 259 et s. ; BI OULA K., « Le recul de la nullité dans l'Acte uniforme OHADA sur les sociétés commerciales et le

régulière, le but est d'empêcher certaines personnes d'y assister, d'autant plus qu'il est raisonnable de supposer que, si lesdites réunions se tenaient normalement, elles auraient recours au droit de veto, pouvoirs qui leur sont conférés par décret ou loi[414]. Ici, à y regarder de plus près, la minorité coupable d'abus peut être composée d'un petit groupe de personnes qui, par des accords écrits ou verbaux avec l'amont, veulent écarter toute personne qui ne serait pas d'accord avec leur point de vue. Il peut également consister en un administrateur qui convoque un conseil d'administration auquel il est seul présent, conseil consigné dans un procès-verbal de la réunion, dans lequel l'identité du responsable n'apparaît jamais, et aucune autorisation n'est attachée[415]. Dans ces cas, il est prévisible qu'une demande d'annulation puisse viser et influencer le comportement irrégulier de la convocation elle-même[416], ou la décision de la minorité d'agir de concert pour empêcher le comportement de l'entreprise de passer la délibération nécessaire[417]. L'ordonnance de référé n° 70 du 23 avril 2001[418] du président du tribunal de grande instance de Niamey l'illustre bien : certains associés n'ont pas libéré la totalité du capital à leurs frais dans les délais prévus par la loi et les statuts de la société. Conscients des conséquences du non-respect de cette promesse, et qu'ils avaient été remplacés par l'un des leurs, devenant ainsi l'actionnaire majoritaire de la société, les actionnaires défaillants ont convoqué une assemblée générale extraordinaire au cours de laquelle, entre

groupement d'intérêt économique », *Penant* n° 848, 2004, p. 352 ; N. XUAN CHANH, « La nullité des sociétés commerciales dans la loi du 24 juill. 1966 », *D.* 1968, Chron., p. 27.

[414] À titre d'exemple, voir Com., 6 juil. 1983, *Revue des sociétés* 1984, p. 76, note Y. Guyon où est annulée une assemblée convoquée 14 jours plutôt que quinze jours avant sa tenue. Adde : TPI Abidjan, n° 1245, 21 juin 2001, *ohadata J-02-19, www.ohada.com,* obs. ISSA-SAYEGH Joseph *;* Com., 9 juil. 2002, préc. ; Civ., 21 oct. 1998, préc.

[415] Si l'annulation est retenue ici, c'est qu'« on ne peut pas savoir si le conseil d'administration a été convoqué à la majorité prévue par les statuts, ni si le quorum et la majorité des administrateurs censée voter la délibération litigieuse a été respectée » : Abidjan, n° 1176, 24 août 2001 préc.

[416] Dakar, n° 564, 26 déc. 2003, préc. ; TRHC Dakar, n° 583, 28 avril 2003 , préc. ; Abidjan, n° 688, 25 juin 2004, *ohadata J-05-195, www.ohada.com;* TRHC Dakar, n° 2301, 27 oct. 2004, préc.

[417] Cette solution est affirmée dans l'Acte uniforme, notamment :

- aux articles 242 et 244 qui traitent de « la nullité d'une société ou de tous actes, décisions ou délibérations… » ;
- à l'article 303 alinéa 3 qui, après avoir donné des indications au sujet des modalités de prise de décisions au sein des sociétés en nom collectif, énonce : « Toute assemblée irrégulièrement convoquée peut être annulée… » ;
- à l'article 339 qui, après l'article 338 consacré aux modalités de convocation des assemblées au sein des SARL conclut : « Toute assemblée irrégulièrement peut être annulée » ;
- à l'article 428 selon lequel « les délibérations prises par le conseil d'administration irrégulièrement constitué sont nulles » ;
- à l'article 519 alinéa 4 qui, à la suite de l'exposé des règles de convocation communes à toutes les assemblées d'actionnaires, prescrit : « Toute assemblée irrégulièrement convoquée peut être annulée… ». Dans le même sens, de nombreux extraits de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (à l'instar des articles 288 alinéa 2, 306 alinéa 2, 338 alinéa 3, 345 alinéa 5) prévoient, si les documents à communiquer aux associés avant la tenue de l'assemblée générale annuelle (rapport de gestion, inventaire, états financiers de synthèse, rapport du commissaire aux comptes) ne l'ont pas été, que le texte des résolutions prises en violation de cette prescription peut être annulé.

[418] Ordonnance de référé n° 70 du 23 avril 2001, *ohadata J-02-35, www.ohada.com. Adde :* TRHC Dakar, n° 583, 28 avril 2003, préc. ; 2301, 27 oct. 2004, préc.

autres, le projet était de changer le nom de l'entreprise. Pour connaître des litiges soulevés par des actionnaires devenus actionnaires de référence, le président du tribunal de grande instance de Niamey rappelle la règle posée par l'article 775 alinéa 2 de l'Acte uniforme. L'action en non-paiement de la somme due ne confère plus aux actionnaires le droit de vote dans les assemblées et pour la détermination du quorum. Sur cette base, il a conclu que ceux qui convoquaient l'AG n'avaient aucune raison de la convoquer. Il fait donc droit à la demande de l'actionnaire majoritaire d'obtenir une déclaration de nullité de l'interdiction d'assemblée et de l'acte de convocation.

Comme on pouvait s'y attendre, certaines doctrines désapprouvent également de telles sanctions. Elle soutient qu'à tout moment, la validité de la nullité suppose que le comportement qu'elle sanctionne ait abouti à l'adoption d'une décision positive. Cependant, en cas d'abus de minorité, du moins si l'on s'en tient à l'hypothèse principale mentionnée à l'article 131 de l'Acte uniforme, à savoir un vote négatif, un vote blanc ou une abstention, l'attitude d'irrépressibilité ne sera pas débouchée sur une résolution indispensable adoptée, mais rejetée. Donc, si l'annulation élimine le processus de prise de décision qui produit des abus, en même temps, elle ne semble pas garantir que le mal en question soit traité. En profondeur, en examen, elle ne permet pas elle-même de démanteler le statu quo[419] par l'abus de décisions paralysantes.

Dans les cas d'abus de minorités, la dernière mesure parfois suggérée est la punition. La procédure consiste à donner aux tribunaux le pouvoir d'interdire à la minorité qui entrave le fonctionnement de la société de mettre fin à de tels comportements, et d'accompagner leur décision de condamner à payer telle ou telle somme d'argent pour retarder l'exécution de l'affaire. À l'analyse, les actionnaires minoritaires sont confrontés à un dilemme : soit remplir leurs engagements et participer à la détermination de l'orientation générale de l'entreprise qui leur est imposée par le pacte social, soit se permettre de supporter des charges importantes en argent.

L'objection ici est que si la décision litigieuse aurait pu facilement infliger une amende alors qu'elle était simple dans ses termes, alors si la situation se complique, comme lorsque son projet de délibération ne vise plus à éviter la disparition de l'entreprise, mais prolonge ou poursuit son activité[420]. De plus, elle est assez difficile à appliquer lorsque l'abus d'actionnaire

[419] CONSTANTIN Alexis, « L'intérêt social : quel intérêt ? », *Études offertes à Barthélemy Mercadal*, p. 228, n° 14.
[420] TRICOT Daniel, « Abus de droit dans les sociétés. Abus de majorité et abus de minorité », *RTD com*, 1994, p. 624.

minoritaire ne découle pas d'un refus illégal de voter, mais d'un usage abusif d'autres privilèges accordés aux actionnaires par la loi et les statuts.

Au terme des questions soulevées par l'article 131 de l'AUSCGIE, le droit OHADA semble avoir opté pour une conception restrictive des minorités abusives. Cela se produit dans les deux sens. D'une part, le législateur indique que l'abus des règles relatives aux actionnaires minoritaires n'est permis que si les actionnaires minoritaires, en exerçant leur droit de vote dans les assemblées soumises à délibération, empêchent la prise de décisions alors qu'elles sont inspirées par l'intérêt social et qu'ils ne peuvent justifier de la légalité. L'intérêt est justifié. D'autre part, cela a été extrapolé à partir de règles publiées précédemment, et les législateurs ont estimé qu'il était inapproprié dans le libellé de l'article 131 de ne traiter explicitement que l'abus des minorités, même s'il traitait indirectement d'autres situations où des abus pourraient se produire. Le blâme est jeté sur les partenaires qui constituent la minorité. Il peut en être ainsi en cas de recours intempestif à l'expertise de gestion, d'exercice inapproprié du droit à l'information ou à la communication des livres et documents sociaux.

Le système de sanction des abus envers les minorités n'est pas non plus satisfaisant. Il est indéniable que l'Acte uniforme incrimine les abus de minorités et les sanctions pénales encourues au titre des droits de la quasi-totalité des parties au Traité OHADA. Bien sûr, la dissolution est envisageable, et le principe d'indemnisation a été accepté et avalisé par la plupart des gens. Il n'en demeure pas moins qu'il est regrettable que les conditions de base d'une telle indemnisation ne soient pas précisées, avec référence au droit national le cas échéant. Plus fondamentalement, les éditeurs peuvent regretter. Il y a des parties du texte communautaire qui ne confirment pas les solutions plus fermes et plus publiques établies par ailleurs, comme la désignation d'un mandataire dont le rôle est de représenter la minorité défaillante aux assemblées générales afin d'agir en son nom et de la représenter. Votez pour abolir les abus indirects, abolir les amendes. Il est dommage que certaines de ces sanctions aient été élaborées dans ces pays bien avant l'élaboration de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et que le bien-fondé de nombre d'entre elles n'ait pas été plus sincèrement critiqué.

Cela dit, comme le souligne à juste titre un auteur[421], cette voie ne peut être empruntée qu'avec prudence. En effet, encore faut-il que le tribunal choisisse parmi cette série de mesures

[421] CONSTANTIN Alexis, *op. cit.*, p. 19.

les mesures les plus appropriées et les plus efficaces qu'il juge les plus appropriées et les plus efficaces selon les circonstances particulières de chaque affaire. Dans cette perspective, lorsque les raisons doivent être entendues et prononcées, il va de soi qu'idéalement certaines de ces sanctions seraient cumulables.

Section 2. Le recours aux modes alternatifs de règlement de différends pour une protection efficace (MARD) des minoritaires

Les MARD sont des mécanismes de résolution de conflits, qui se sont développés parallèlement au mécanisme classique, notamment étatique avec pour objectif de faciliter le règlement des différends. Ils sont caractérisés par la confidentialité, la transparence et la rapidité contrairement à la justice étatique qui est publique et par conséquent non confidentielle. Ceci serait désavantageux pour les actionnaires et la société en cas de crise. Il existe plusieurs types de mode de justice privé dans la pratique des affaires dans l'espace OHADA, mais la conciliation, l'arbitrage et la médiation se présentent comme les modes alternatifs les plus utilisés. Ils occupent une place majeure dans le système de justice alternative organisé par les pouvoirs publics de l'OHADA.

Les MARD sont librement diligentés par les parties au courant duquel un tiers neutre, appelé médiateur, arbitre, ou conciliateur, aide celles-ci à « comprendre leur position et leurs intérêts respectifs dans le différend qui les oppose pour qu'elles puissent régler celui-ci par un accord conventionnel »[422]. Il s'agit donc d'une vraie procédure qui exige certainement l'observation de certaines règles ou principes[423], même si la procédure se veut consensuelle parce que conventionnelle. Il convient donc de s'intéresser à l'aspect bénéfique de ces MARD pour la protection des actionnaires minoritaires. Ainsi, il est question d'examiner la confidentialité et de la transparence dans les procédures de MARC (**Paragraphe 1**) avant de s'appesantir sur l'exécution de l'accord de médiation (**Paragraphe 2**) proprement dit.

Paragraphe 1 : La transparence, un atout pour les minoritaires

Le droit des MARD est conçu comme une discipline dont les piliers sont basés sur les principes de la confidentialité en exigeant plus la transparence. Pour ce faire, il serait opportun de faire la lumière sur cette notion de transparence (**A**) avant d'aborder ses exceptions (**B**).

[422] VAUGON Isabelle, « La médiation commerciale : une alternative au système judiciaire », *in* Journal africain du Droit des Affaires (L'Afrique du droit qui parle du droit de l'Afrique !), n° 1, 2011, p. 8.
[423] Art. 8 de l'AUM.

A. La transparence comme moyen de protection

Dans toutes les disciplines, il est recommandé la transparence. Cette notion ne connaît aucune limite. Sur le plan politique, elle est un critère indispensable de la démocratie, permettant de légitimer le pouvoir politique[424]. Certains hommes politiques en ont usé pour en faire un programme de gouvernement[425]. Un moyen pour combattre les maux qui minent notre société. Il existe un lien commun entre la démocratie et la transparence. Si le peuple (les gouvernés) est informé de la gestion de la chose publique, il pourrait exercer un pouvoir de contrôle sur les gouvernants. La transparence est incontestablement liée à l'éthique de contrôle de pouvoir et de participation. Elle fait aussi allusion à la démocratie de surveillance et d'État de droit. « Un pouvoir démocratique […] se situe aux antipodes de la transparence »[426]. La transparence apparaît comme une idéologie en politique, elle est même prévue dans la déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dont l'article 15 dispose : « la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration ». Sur le plan juridique, cette notion est perceptible. Le droit administratif exige la transparence. Le droit privé aussi n'est pas indifférent à l'exigence de la transparence. Le droit des affaires qui plaçait autrefois le secret des affaires dans sa pratique s'ouvre de plus à la transparence. Elle agit métaphoriquement comme une « glace sans tain »[427], c'est la vitre par laquelle les personnes intéressées peuvent obtenir des informations sur une entreprise[428]. C'est pourquoi elle est indispensable pour les actionnaires, surtout minoritaires, d'avoir un œil sur le fonctionnement de la société. Elle se présente comme un système de bonne gouvernance des sociétés commerciales. Le législateur OHADA, qui met au centre de sa politique la bonne gouvernance des sociétés commerciales, accorde une place de choix à la transparence. Parce que l'objectif est d'attirer les investisseurs sur son territoire[429].

[424] RIDEAU Joël, « Jeux d'ombres et de lumières en Europe », in Joël Rideau (dir.), La transparence dans l'Union européenne : mythe ou principe juridique ? Paris, LGDJ, 1999, p. 6.
[425] La Glanost (c'est une politique basée sur la transparence de la gestion des affaires publiques, caractérisée par la publicité des débats et qui visait à promouvoir la démocratie par la suppression des reliquats de Stalinisme) de Mikhaïl Gorbatchev en 1985 ; dans le programme présidentiel de Barack Obama, il s'est engagé par voie de circulaires à promouvoir le règne d'un gouvernement plus transparent, participatif et collaboratif
[426] AKONO ADAM Ramsès, « Droit OHADA des modes alternatifs des litiges et l'exigence de transparence », La Baselextenso, janvier 2020, p. 15.
[427] Propos du doyen Jean CARBONNIER, in Pierre CATALA, « L'information légale dans les affaires », JCP E, 1994, I 387, p. 448.
[428] AKONO ADAM Ramses, *op. cit*., p. 4.
[429] MOUSSA Samb, « Gouvernance et transparence en droit des sociétés dans l'espace OHADA : perspectives de droit dur (hard law) et de droit souple (soft law) », BDE, 2017/1, p. 1.

Il est évident que les MARD sont une forme de justice privée, confidentielle, amiable, mais il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'une justice qui devrait être au-dessus de tout soupçon. Les actionnaires minoritaires devraient avoir un sentiment que cette forme de justice tant exaltée dans les milieux d'affaires est fondée sur l'éthique et doit inspirer la confiance. L'intervention d'un tiers (médiateur, conciliateur ou arbitre) dans le règlement des différends ne doit être entachée d'aucune intention malveillante. La privatisation de la justice et la montée en puissance des MARD exigent un certain nombre de principes d'éthique[430] et de compliance[431].

La discrétion est le talon d'Achille du système de justice privé basé sur les MARD. Elle pourrait susciter chez les actionnaires minoritaires de la méfiance. La mise en application de la transparence au sein de la société pourrait dès lors rassurer les minoritaires et légitimer le processus. La transparence est utilisée pour assurer la légitimité des MARD et peut avoir pour effet la mise en confiance des actionnaires. « Il n'est pas question d'imposer la transparence de manière radicale, surtout lorsqu'on est en présence de l'arbitrage qui, est ontologiquement des procédures discrètes, confidentielles et amiables, mais de considérer que cette forme de justice qui est rendue par des personnes privées est sous le contrôle du droit et de la société »[432]. La transparence doit être omniprésente entre les actionnaires et les dirigeants sociaux. Au nom des principes de loyauté et du contradictoire, les parties aux conflits ont l'obligation d'échanger mutuellement les documents, pièces et autres éléments de procédure utiles au règlement du litige. La transparence entre le tiers chargé de régler le litige et les justiciables doit également exister[433].

À cet effet, l'Acte uniforme portant sur la médiation en son article 9 réglemente les échanges entre les médiés et le médiateur « le médiateur peut rencontrer les parties ou communiquer avec elles, ensemble ou séparément. Lorsque le médiateur souhaite rencontrer ou s'entretenir avec l'une des parties et/ou son conseil séparément, il en informe l'autre partie et/ou

[430] MAFONGO Kamga, « L'éthique dans l'arbitrage OHADA : Étude à la lumière de la pratique internationale », *Penant, n° spécial Arbitrage et Médiation,* Janvier-Mars 2016, n° 894, p. 71.
[431] Il arrive souvent que le contentieux sur la compliance soit porté devant les arbitres, pour cela, ils doivent eux-mêmes être exemplaires et au-dessus de tout soupçon de corruption sous peine de voir leurs sentences annulées ou faire l'objet d'un refus d'exequatur, v. DARGHAM Christian, FEIGHER Janice, FONTMICHEl Maximin et SIINO Benjamin, « Arbitrage et compliance : au cœur de la lutte contre la corruption en matière civile et commerciale », Revue internationale de la Compliance et de l'Éthique des affaires, n° 6, décembre 2019, dossier 192.
[432] AKONO ADAM Ramsès, « Droit OHADA des modes alternatifs des litiges et l'exigence de transparence », La Baselextenso, janvier 2020, p. 3.
[433] *Ibidem.*

son conseil au préalable ou dès que possible après sa rencontre ou communication unilatérale avec l'une des parties. Lorsque le médiateur reçoit d'une partie des informations concernant le différend, il peut en révéler la teneur à toute autre partie à la médiation. Toutefois, lorsqu'une partie donne au médiateur une information sous la condition expresse qu'elle demeure confidentielle, celle-ci ne doit être révélée à aucune autre partie à la médiation ». Il est fait mention ici d'un climat de confiance basé sur la transparence entre les médiés et le médiateur. Elle n'est pas seulement prévue en médiation mais en arbitrage et conciliation. Elle vise à garantir le caractère indépendant et impartial des MARD et à instaurer un climat de confiance au tiers (médiateur, conciliateur ou arbitre) chargé de régler les différends.

En ce qui concerne l'arbitrage, le législateur OHADA prévoit dans l'AUA en son article 3 que « l'arbitrage peut être fondé sur une convention d'arbitrage ou sur un instrument relatif aux investissements, notamment un Code des investissements ou un traité bilatéral ou multilatéral relatif aux investissements ». De ce qui précède, il est à retenir que le législateur OHADA s'est fixé comme objectif dans l'AUA la promotion d'une économie résiliente en attirant les investisseurs. Il est question d'affirmer la place de l'arbitrage dans le règlement de litige qui oppose les investisseurs (actionnaires, dirigeants sociaux) eux-mêmes et entre un investisseur privé et un État souverain. Pour ce dernier, « sous couvert de légitimité démocratique et de sauvegarde de l'intérêt public, la confidentialité est évincée au profit de la transparence. En intégrant expressément les litiges relatifs aux investissements dans son domaine, il va sans dire que les règles de transparence vont s'appliquer à l'arbitrage de l'OHADA. Celles-ci s'expriment par les obligations de révélation et de divulgation ».

Les mécanismes d'expression de la transparence dans les MARD sont nombreux. Mais la divulgation et la révélation occupent une place très importante dans la procédure. L'obligation de transparence impose aux arbitres, médiateurs, conciliateurs, avant de mener leur mission, de révéler tout problème pouvant affecter leur impartialité, indépendance ou neutralité. Le législateur en fait mention à l'art. 7 al. 3 de l'AUA : « L'arbitre doit avoir le plein exercice de ses droits civils et demeurer indépendant et impartial vis-à-vis des parties ». En ce qui concerne la médiation, il est prévu à l'art. 5 de l'AUM al. 6 va dans le même ordre d'idée en ces termes : « lorsqu'une personne est sollicitée en vue de sa désignation en qualité de médiateur, elle signale toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance. À compter de la date de sa nomination et durant toute la procédure de médiation, le médiateur révèle aux parties, sans tarder, toutes circonstances nouvelles susceptibles de soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son

indépendance ». Dans l'Acte uniforme portant procédure collective d'apurement du passif en son art. 5-4 al. 2 dispose que « le conciliateur doit avoir le plein exercice de ses droits civils, justifier de sa compétence professionnelle et demeurer indépendant et impartial vis-à-vis des parties concernées par la conciliation ».

L'arbitre, le médiateur ou le conciliateur a l'obligation d'informer les parties aux différends sur toute information le concernant et qui ne pourrait pas mettre à mal la procédure. Cette position rassure les actionnaires minoritaires et les protège de toute manipulation au profil des majoritaires ou les dirigeants sociaux. En cas d'omission de révéler certaines informations, la procédure n'est pas systématiquement suspendue ou annulée mais le juge étatique, pourrait s'investir pour établir en quoi le fait non révélé porterait atteinte à l'indépendance de l'arbitre. Dans le même ordre d'idée, la jurisprudence de la CCJA considère aussi que l'omission de divulgation des informations sur l'arbitre entraîne la nullité de la sentence arbitrale sans pour autant que le juge démontre en quoi les faits omis par les arbitres affecteraient leur indépendance[434].

[434] Dans un arrêt en date du 29 juin 2017, la CCJA approuve un arrêt de la Cour d'appel de Douala (Cameroun) du 19 décembre 2014 qui avait jugé qu'« il est de jurisprudence que l'arbitre doit révéler toute circonstance de nature à affecter son jugement et à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur ses qualités d'impartialité et d'indépendance qui sont de l'essence même de la fonction arbitrale. En s'abstenant de se prononcer sur l'allégation d'absence d'impartialité soulevée par le demandeur, l'arbitre a commis un dol procédural de nature à remettre en cause non seulement son indépendance, mais aussi la sentence arbitrale à venir (…) ». Dans cette affaire, le requérant reprochait à l'arrêt de la Cour d'appel d'avoir considéré que la non-révélation par l'un des arbitres de ses liens avec le conseil de la partie demanderesse est un dol procédural de nature à remettre en cause non seulement son indépendance, mais aussi la sentence. Or, selon le moyen, la révélation mise à la charge de l'arbitre par l'article 7 de l'AUA originel n'est constitutive d'obligation que si l'arbitre suppose en sa personne une cause de récusation ; qu'il s'agit de rechercher dans ces liens une situation récurrente ou notoire de nature à affecter raisonnablement le jugement de l'arbitre, en faisant apparaître un risque certain à l'égard d'une partie à l'arbitrage. En l'espèce, selon le requérant, la Cour d'appel n'a pas caractérisé en quoi le fait prétendument non révélé par l'un des arbitres portait atteinte à son indépendance. En donnant raison à la Cour d'appel d'avoir annulé la sentence arbitrale pour manquement à l'obligation de révélation pesant sur l'arbitre, la CCJA adopte une interprétation large de l'article 7 de l'AUA originel qui n'est pas limité aux seules causes de récusation. Les circonstances de nature à affecter l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre s'étendent au-delà du périmètre des causes légales de récusation. Dans le cas d'espèce, la CCJA estime que le silence gardé par l'arbitre face à son interpellation formelle par une partie sur la nature des liens de collaboration qu'il entretient avec le conseil de l'autre partie a créé « dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur ses qualités d'impartialité et d'indépendance qui sont même de la fonction arbitrale ». La non-divulgation des liens entre l'arbitre et le conseil du demandeur, doublée de sa réticence à répondre à une demande explicite formulée par une partie est un motif suffisant pour cette dernière de douter légitimement de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre. Ce n'est donc pas à l'arbitre d'apprécier l'opportunité des faits à révéler, mais aux parties de décider, après la révélation, d'exercer ou non leur droit à récusation ». KOMLANVI Agbam, « La décision du 29 juin 2017 de la CCJA en matière d'obligation de révélation de l'arbitre : Une première déjà questionnée par la réforme du droit OHADA de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 417.

Il est remarqué à la lecture des textes du traité OHADA qui organise les MARD, l'obligation de divulgation est un impératif. Cet impératif comporte quelques difficultés qu'il serait important de dénoncer.

B. La confidentialité dans la transparence comme bouclier de protection des minoritaires contre les tiers

Comme tout principe, la transparence connaît une évolution fulgurante dans les modes alternatifs de règlements de différends, même si elle n'est pas souvent souhaitée dans ce cas. À vouloir chercher à être très transparent, le MARD risque de s'éloigner de ses objectifs. Cela se fait constater en arbitrage, en conciliation et en médiation.

L'arbitrage OHADA repose sur un système dualiste. D'une part, il est *ad hoc* parce qu'il émane des institutions privées. D'autre part, il est institutionnalisé sous l'égide de la CCJA. Ce droit a vu le jour dans un contexte d'insécurité juridique au moment où la justice étatique ne remplissait pas sa mission convenablement dans l'espace OHADA. Il a pour objectif de promouvoir l'investissement et d'instaurer un climat de confiance entre parties. Il a aussi pour vocation de protéger les actionnaires qu'ils soient minoritaires ou majoritaires, autrement dit les investisseurs. Cependant, l'arbitrage ne semble pas être appliqué initialement aux différends sur le terrain de l'investissement ou dans un contexte d'investissement international. A priori, l'arbitrage a pour vocation de régler les différends d'ordre commercial, donc contractuel. L'arbitrage ne se limite pas aux aspects commerciaux mais aussi civils.

Ensuite, l'arbitrage OHADA ne connaît pas le recours à la procédure à l'acceptation de l'intervention d'un tiers impartial, indépendant et neutre que la juridiction peut entendre dans le but de lui apporter la lumière en fournissant des éléments propres à faciliter son information, sa compréhension, sans pour autant qu'il soit possible de récuser son intervention.

Enfin, les règles instaurées par le législateur donnent la possibilité aux personnes morales de droit public d'y recourir, « ne prennent cependant pas suffisamment en compte la dimension d'intérêt public que protège l'État dans sa relation d'investissement. La protection de l'intérêt public paraît très cruciale dans le cadre d'un arbitrage entre un investisseur et un État au point que l'on est souvent obligé de transcender la confidentialité pour laisser éclore la transparence ». Cependant, le principe de confidentialité occupe une place même dans la réforme de 2017. Elle est au centre de la procédure qui gouverne l'arbitrage. La confidentialité est par définition une obligation imposée au destinataire d'une information de ne pas la révéler

à autrui, en vue d'en empêcher une utilisation préjudiciable. Cette confidentialité, dans le règlement des différends au sein d'une société, protège aux mieux la société et ses investisseurs, contre l'œil extérieur. Les parties ont cette faculté de prévoir ou pas la confidentialité dans leur convention arbitrale. Elle peut être faite par écrit ou par tout autre moyen permettant d'administrer les preuves. L'article 3 de l'AUA par exemple prévoit une convention arbitrale par référence[435].

L'acte de mission de l'arbitre comporte la clause de confidentialité ou résulte de la référence à un règlement d'arbitrage. L'avantage d'insérer cette clause est que la portée de l'obligation de confidentialité prise par les actionnaires leur apparaîtra clairement, puisque les grandes lignes de la procédure seront déjà tracées ainsi que les enjeux du litige.

Bien qu'elle soit rigoureusement établie par le législateur OHADA dans l'AUA, la confidentialité se présente au fur et à mesure comme « un colosse aux pieds d'argile »[436]. Au-delà de la transparence dans les conventions arbitrale qui connaît une avancée très importante dans l'espace OHADA, telle que développée plus haut, la confidentialité se voit fragiliser par cette montée en puissance. « Ces inflexions, sans toujours poursuivre l'objectif de transparence, visent à protéger tantôt l'ordre public de fond, tantôt l'ordre public procédural. S'agissant de l'ordre public de fond ou substantiel, les obligations résultant des lois de police, pénales, fiscales, financières, de défense de l'intégrité du territoire peuvent faire sauter le parapluie de la confidentialité »[437]. C'est pourquoi la CCJA avait pris une position sur une sentence arbitrale qui serait contraire à l'ordre public international lorsqu'elle statue sur la validité d'un acte réglementaire, lequel relève des prérogatives régaliennes d'un État. En ce qui concerne l'ordre public procédural, « il impose le respect des principes de justice liés à un procès équitable (droits de la défense, principe du contradictoire, égalité de traitement des parties, possibilité

[435] « La convention d'arbitrage par référence désigne une convention arbitrale qui n'est pas contenue dans le contrat litigieux mais dans des conditions générales ou dans un autre acte (par exemple, le contrat principal auquel le contrat litigieux se rapporte ou un contrat antérieur). On en vient à penser que cette disposition admet la confidentialité par référence. Ce qui signifie qu'une obligation de confidentialité, non explicitement stipulée dans le contrat litigieux est valable, par référence écrite à un autre document liant les parties qui la contient. Il s'agit bien d'une convention de confidentialité par référence à un document la stipulant. Il est de principe qu'en matière d'arbitrage international, la clause compromissoire de confidentialité par référence écrite à un document qui la contient est valable. Sur la question de la validité de la clause d'arbitrage par référence, deux approches s'affrontent : celle large ou libérale et celle restrictive. L'approche large ou libérale admet la présomption de consentement en cas de connaissance de la clause compromissoire par référence ». AKONO ADAM Ramsès, « Droit OHADA des modes alternatifs des litiges et l'exigence de transparence », La Baselextenso, janvier 2020, p. 9.

[436] V. L'article 36 de la loi n° 99/015 du 22 décembre 1999 portant création et organisation d'un marché financier au Cameroun qui, réprime le délit.

[437] *Ibidem.*

d'exercice des voies de recours, etc.) »[438]. Le respect du principe de la confidentialité est difficilement respecté face à ces principes supérieurs de justice.

Pour ce qui est de la conciliation, le législateur OHADA met un accent particulier sur la survie des sociétés commerciales. Celle-ci est mise en pratique en amont dans la procédure préventive des difficultés des entreprises. Elle est définie à l'article 2 de l'AUPC. Sa mission première est de trouver une solution amiable entre le débiteur et ses créanciers. D'abord ,la conciliation est une procédure non contraignante, son ouverture est laissée à la seule volonté du débiteur exclusivement. Ce qui n'est pas le cas en droit français. Le législateur français a laissé l'ouverture de cette procédure à l'appréciation du débiteur ; il est libre d'en faire recours ou pas. Même si le législateur OHADA donne la possibilité aux créanciers, par une requête conjointe, de se joindre au débiteur pour saisir le président de la juridiction compétente prévue à l'article 5-2 de l'AUPC. Il est évident que le débiteur est au centre de la procédure de conciliation. La fin de la conciliation est inscrite à l'article 5-8 de l'AUPC. Le dispositif qui encadre le déroulement de la conciliation repose sur la liberté et le règlement amiable de la procédure. L'ouverture de cette dernière n'affecte pas le droit des parties au litige.

Enfin, la confidentialité est aussi au cœur de la procédure de conciliation. Elle permet à la société commerciale de se mettre à l'abri de toute situation compromettant son fonctionnement autrement dit en évitant une situation irrémédiablement compromise (cessation de paiement). Les parties permet aussi de créer un climat de confiance entre les investisseurs qu'ils soient minoritaires ou majoritaires et les créanciers de la société. Le principe de confidentialité est affirmé en ces termes « Toute personne qui a connaissance de la conciliation est tenue à la confidentialité » à l'article 5-1 al. 3 de l'AUPC. C'est un impératif pour la conciliation, parce qu'elle présente tout au long de la procédure jusqu'à la conclusion d'un accord. La décision de l'homologation de l'issue de la conciliation ne fait pas l'objet d'aucune publicité, puisqu'elle reste confidentielle. La décision ne peut pas faire l'objet d'un recours. En attendant que le législateur OHADA se prononce sur la portée ou l'entendu de la confidentialité dans la procédure de la conciliation, le législateur français[439] considère cette dernière comme gage de protection des entreprises en difficulté dans la procédure préventive. Toutefois, il peut être dérogé au principe de confidentialité prévu par la loi lorsque les informations divulguées sont dans le but légitime d'informer le public sur des questions d'intérêt général.

[438] Ibidem.
[439] Livre VI du Code de commerce (mandat *ad hoc* et de la conciliation).

« Dans un arrêt du 13 février 2019, la chambre commerciale de la Cour de cassation affirme qu'une Cour d'appel a fait une juste application de l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales lorsqu'elle juge que les informations diffusées par une société éditrice d'un site d'informations financières en ligne sur l'ouverture et le déroulement exact d'une procédure préventive couverte par la confidentialité, n'étaient pas de nature à nourrir un débat d'intérêt général sur les difficultés des sociétés en cause, mais tendaient principalement à satisfaire les intérêts de ses abonnés, public spécialisé dans l'endettement des entreprises, et que leur publication risquait de causer un préjudice considérable »[440]. Il est évident que l'arrêt confirme l'idée selon laquelle, il est difficile de réaliser une confidentialité absolue. Pourtant, la confidentialité devrait se concilier à la transparence pour rendre plus efficace la protection des actionnaires dans la procédure de conciliation. Cette confidentialité voulue dans la conciliation facilitant le règlement amiable de litige peut être restreinte dans la mesure où les informations diffusées lors de la procédure sont pour la satisfaction d'un intérêt général et non d'un petit groupe. Qu'en est-il de la médiation ?

Sur la question de la médiation, la confidentialité demeure également au centre de la procédure. Elle est prévue aux articles 9, 10 et 11 de l'AUM. Elle est présentée sous deux angles. Premièrement, elle a une portée externe, opposable à tous. Le médiateur et les médiés ne doivent pas divulguer aux tiers les éléments et informations portant sur le processus de la médiation. C'est le cas aussi des tiers n'ayant pas participé au processus de la médiation. La portée de l'obligation de confidentialité paraît large à ce niveau. Une fois que l'information confidentielle a été diffusée et portée à la connaissance d'un tiers, elle ne peut plus être révélée, et alors un tiers dépositaire de ce secret est tenu de le conserver. Ici, la confidentialité montre ce que l'on peut qualifier de confidentialité interne, opposable entre les parties. Ainsi, lorsqu'une partie donne au médiateur une information sous la condition expresse qu'elle demeure confidentielle, celle-ci ne doit être révélée à aucune autre partie à la médiation. Le principe de confidentialité est d'autant mieux établi à l'article 11 de l'AUM. Deuxièmement, elle ne paraît pas absolue dans le processus de la médiation. Elle peut déroger par une prescription légale ou une convention. Afin d'élargir notre curiosité sur la médiation, il serait primordial de passer en revue l'accord de médiation.

Paragraphe 2 : L'exécution de l'accord de médiation en droit OHADA

[440] AKONO ADAM Ramsès, « Droit OHADA des modes alternatifs des litiges et l'exigence de transparence », La Baselextenso, janvier 2020, p. 10.

Après les instants d'échanges entre les parties et le médiateur, après que celles-ci aient avec l'aide du médiateur trouvé ou non une solution à leur différend, la toute dernière étape de la procédure de médiation est soit de parvenir à un accord, soit de déclarer l'échec de la médiation. L'issue souhaitée est bien évidemment la conclusion de l'accord porteur de la solution du différend marquant d'un point de vue procédural, le succès de la médiation par la résolution définitive du différend[441]. Il s'agit là de la seule fin heureuse de la procédure de médiation que l'on peut imaginer[442]. C'est aussi elle qui fera l'objet de développement, car l'échec de la médiation se soldant par une déclaration écrite du médiateur constatant l'échec de la médiation[443] ne souffre d'aucun débat. Le dossier est définitivement classé et les parties peuvent envisager le recours contentieux. Ainsi, lorsque les parties parviennent à un accord sur tout ou partie de leur différend, le médiateur consigne cela dans un document que les parties signeront. Le médiateur signe également le document, mais à titre de témoin[444]. Cette dernière précision n'a pas été énoncée dans l'Acte uniforme.

Traiter de l'exécution de l'accord de médiation revient à passer en revue sa nature, les obligations qui y sont attachées et surtout les suites qui lui sont réservées. Il est donc important d'examiner les dispositions y afférentes. À cet effet, l'analyse portera sur la force obligatoire de l'accord de médiation (**A**) et les issues de cet accord (**B**).

A. La force obligatoire de l'accord de médiation

L'accord conclu par les parties est un contrat et par conséquent est obligatoire et lie celles-ci. Cet accord est donc susceptible d'exécution forcée conformément aux prévisions du législateur[445]. L'on constate ainsi que l'accord issu de la médiation ne déroge pas au principe des contrats[446]. Il lie les parties et met définitivement fin au différend dont il est objet[447]. L'accord tire donc sa force obligatoire de sa nature contractuelle. Le fait d'être obligatoirement consigné par écrit lui donne une certaine valeur (**1**). Aussi, sa nature lui confère une certaine autorité (**2**).

[441] POLI Catherine, « OHADA et médiation : enfin un Acte uniforme consacré à la résolution amiable des différends en droit des affaires », éditions Wolters Kluwer France, *in* Lettre de la CIB n° 4, février 2018, p. 36, disponible sur https://www.actualitesdudroit.fr.
[442] Toutes les autres causes étant négatives ; Art. 12 de l'AUM.
[443] Art. 12 point b) de l'AUM ; Art 14 point 2 al. 2 du Règlement de médiation du CAMC-O.
[444] Art. 15 al. 1 du Règlement de médiation du CAMC-O.
[445] Art. 16 al. 1 de l'AUM.
[446] Art 1134 du Code civil burkinabè de 1804.
[447] Art. 15 al. 1 *in fine* du Règlement de médiation du CAMC-O.

1. La valeur de l'accord écrit

Un acte écrit est selon le rédacteur du Code civil, tout acte émanant de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué[448]. Pour adapter la définition au contexte, il sera simplement retenu que l'écrit est la matérialisation des faits dans un document pouvant servir de preuve. Sa valeur probatoire est certes reconnue par le droit positif[449]. Pour ce qui est de l'accord de médiation, il doit obligatoirement être consigné par écrit (**a**) et est en principe insusceptible de recours (**b**).

a. L'exigence d'un constatant de l'accord de médiation

À la lettre de l'AUM, la procédure de médiation prend fin par « la conclusion d'un accord écrit issu de la médiation […] »[450]. Le texte ajoute que « si, à l'issue de la médiation, les parties concluent un accord écrit réglant leur différend, cet accord est obligatoire et les lie »[451]. Il résulte de ces dispositions que l'écrit est obligatoire pour constater l'accord de médiation. Ainsi, il ne peut y avoir d'accord verbal de médiation.

Le constat est que dès le départ, le législateur OHADA est loué pour la simplicité qu'il accorde à la procédure notamment, son absence de formalité. Cependant, au moins à l'accord de médiation, il existe une sorte de formalisme qui y est attaché : sa forme écrite obligatoire. Il faut reconnaître que le législateur OHADA a peut-être un peu emboîté le pas du législateur européen en la matière[452], mais s'est quand même démarqué de leur prédécesseur qui n'a pas pris le soin de faire cette précision ou ce choix[453].

La convention de médiation peut être écrite ou verbale[454]. Cependant, l'accord de médiation est forcément écrit[455]. Ainsi, on comprend par-là que tout accord intervenu entre les parties et qui n'est pas constaté par écrit est exclu du champ d'application de l'AUM relativement à l'accord de médiation. Cette technique d'entrée sans formalité et de sortie formelle de la procédure de médiation prévue par le législateur peut sembler sage et même

[448] Art. 1347 du C. civ. burkinabè de 1804.
[449] Art. 1343 du C. civ. burkinabè de 1804.
[450] Art. 12 point a) de l'AUM.
[451] Art. 16 al. 1 de l'AUM.
[452] Art. 6 de la 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.
[453] Art. 14 de la Loi Type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale (2002).
[454] Art. 4 al. 1 de l'AUM.
[455] Art. 16 al. 1 ; Art. 12 al. 1.a de l'AUM.

« séduisante » au point de lui porter le slogan : « entrer aisément dans la médiation, sortir durablement du conflit »[456].

Cette exigence de l'écrit peut se justifier par le fait que s'il s'agit d'une médiation judiciaire, les parties doivent à l'issue de la procédure de médiation, présenter au juge ou à l'arbitre qui les avait renvoyées à la médiation, un document attestant qu'elles sont parvenues à un accord. Ainsi, le juge ou l'arbitre pourra constater l'accord intervenu[457] et pourra bien évidemment mettre fin à l'instance judiciaire ou arbitrale. De même, pour y apposer la formule exécutoire, le juge devra constater l'accord écrit[458]. Tout ceci fait que l'accord ne peut se présenter que sous la forme écrite. Aussi, cette forme permet sans effort d'attester l'existence de l'accord. Elle sécurise donc le résultat atteint par le processus. Mais, il ne s'agit là que du volet *ad probationem*[459] de l'exigence de l'accord écrit. Or, l'écrit obligatoire n'est pas que pour des raisons de preuve, mais aussi *ad solemnitatem*[460].

D'autres cependant pensent que ce formalisme attaché à l'accord de médiation est sans intérêt majeur, car les parties exécutent très souvent l'accord de médiation de façon volontaire[461]. Cela peut sembler également logique étant donné que l'on conçoit mal que pour un accord que les parties ont elles-mêmes conclu à l'amiable et sans contrainte, son exécution devienne problématique. Aussi faut-il considérer le fait que l'OHADA est une zone au sein de laquelle l'informel a une certaine prévalence. Pour l'heure, ce serait un empiétement sur les atouts de la procédure que de vouloir coûte que coûte associer le formalisme à l'exécution de l'accord de médiation[462]. Les rédacteurs de l'AUM doivent encore se pencher sur la question. L'accord de médiation ne se confond pas avec un contrat ordinaire.

b. La force abstraite de l'accord de médiation

L'accord de médiation est tout particulier dans sa constitution. Il se distingue d'un contrat ordinaire qui regorge des obligations auxquelles les parties sont tenues. Il va bien au-

[456] KOITA Yacouba-Sila, « La Médiation ou le Blivet du droit OHADA », *Penant*, n° 910, 2019, p. 28-48.
[457] Art. 12 dernier alinéa de l'AUM.
[458] Art. 16 al. 4 de l'AUM.
[459] Littéralement : en vue de la preuve. Mot qui qualifie une exigence de forme qui ne constitue pas un élément intrinsèque de validité, mais qui est simplement requise pour établir l'existence ou la teneur d'un acte. V. PISIER Eveline et DUHAMEL Olivier, *Locutions latines juridiques*, imprimé en Italie, Dalloz, 2007, p. 9.
[460] Pour la solennité. Expression signifiant que la forme prescrite est exigée pour la validité de l'acte et qu'en son absence il y lieu à nullité. *Ibid.*
[461] VAUGON Isabelle, « La médiation commerciale : une alternative au système judiciaire », *in Journal africain du Droit des Affaires* (L'Afrique du droit qui parle du droit de l'Afrique !), n° 1, 2011, p. 9.
[462] Coût moindre ; gain de temps.

delà. En effet, l'accord de médiation est le résultat d'une interactivité ayant conduit à une solution traduisant les attentes de l'une et l'autre des parties[463]. Il s'agit d'un acte naturellement harmonieux qui nécessite d'être respecté.

Le contexte de conclusion de l'accord lui donne une force exécutoire abstraite à laquelle les parties ne peuvent déroger. En fait, l'accord de médiation matérialise une justice faite d'équilibre et de proportion, une justice qui répartit les droits au plus près des intérêts de chaque partie, une justice qui apaise, prend en compte l'exécution, ménage les relations futures des parties et préserve le tissu social[464].

Il faut relever que l'accent mis sur le principe de confidentialité n'est pas anodin[465]. Le législateur l'a voulu ainsi afin de mettre les parties en confiance. Dès lors, au cours de la médiation, les parties peuvent exprimer librement leur sentiment sans craindre que cela ne soit divulgué. Elles peuvent également dissiper les malentendus et exposer des faits plus ouvertement qu'à un procès. Comme ce sont elles-mêmes qui trouvent la solution, elles ont le devoir moral de respecter le contenu de l'accord[466]. L'accord de médiation devient la loi des parties. Celles-ci l'ont produit, elles s'y soumettront donc naturellement. L'efficacité de l'accord de médiation est exceptionnelle au point où, en principe, les parties ont chacune intérêt à ce qu'il soit respecté et surtout bien exécuté. Il faut relever qu'aussi confidentielle que soit la procédure de médiation, la divulgation des informations y relatives peut être rendue nécessaire pour des raisons d'exécution de l'accord[467].

Aussi, l'accord de médiation n'est pas forcément fondé sur le droit. Il y a toute une combinaison de morale, de psychosociologie, d'altérité ou d'équité, de promotion de la liberté de décision pour soit gérer les conflits, soit conduire un projet relationnel. C'est ainsi que l'on parle parfois de médiation d'autorité et de médiation professionnelle[468]. À ce sujet, l'AUM ne reste pas non plus muet, car il dispose que le médiateur doit accorder aux parties, un traitement

[463] LEXAVOUE, (société d'avocats), « Les modes alternatifs de règlement des conflits », Edito, disponible en ligne sur www.lexavoué.com.
[464] LEXAVOUE, *ibid.*
[465] Art. 8, 9 al. 2 et 10 de l'AUM.
[466] VARADY Lilla, « La médiation judiciaire en détail », *in Village de la justice*, disponible en ligne sur https://www.village-justice.com.
[467] Art. 10 de l'AUM.
[468] LASCOUX Jean-Louis, « Les premiers pas de l'OHADA vers la médiation », mai 2019, disponible en ligne sur www.officieldelamediation-fr.cdn.ampprojet.org.

équitable[469]. Il n'est pas question d'appliquer strictement le droit, mais plutôt d'aménager afin d'aboutir à un accord qui sera réellement celui des parties.

De même, la loyauté et la bonne foi demeurent la règle de conduite de la procédure. Il s'agit d'une règle qui exige des sujets de droit, en l'espèce, les parties, une loyauté et une honnêteté hors de toute intention malveillante[470]. Le droit positif exige également que les conventions soient exécutées de bonne foi[471]. En tant que convention, l'accord de médiation n'en fera pas exception. De plus, on voit mal les parties saboter un accord auquel elles y ont mis tant d'intérêt. C'est à cela que l'on reconnaît le caractère exécutoire abstrait de l'accord de médiation. Ceci découle de la nature même et du contexte de conclusion de l'accord en question. Celui-ci inspire la confiance des parties qui doivent s'y soumettre.

Pour assurer plus d'efficacité à la procédure de médiation et accorder à l'accord la valeur qu'il faut ou alors renforcer son caractère exécutoire, le législateur a prévu certaines modalités qu'il convient d'aborder.

2. L'autorité de la chose transigée.

L'accord de médiation, contrat liant les parties, tire également sa force de l'autorité qui lui est conférée. En plus de la force obligatoire naturelle dont traite l'AUM, l'accord de médiation est susceptible d'exécution forcée[472]. Afin donc de garantir cette exécution forcée, l'AUM prévoit que les parties auront le choix entre le dépôt de l'accord au rang des minutes d'un notaire (**a**) et l'homologation de l'accord ou l'exequatur de la juridiction étatique compétente (**b**).

a. Le dépôt au rang des minutes d'un notaire

Il s'agit de l'un des moyens appliqués par le législateur OHADA pour garantir l'exécution de l'accord issu de la médiation. Cette option consiste pour les parties à déposer

[469] Art. 7 al. 3 de l'AUM.
[470] JOURDAIN P., *Rapport français dans les travaux de l'association H. Capitant consacrés à la bonne foi,* p. 121, cité par JOLY-HURARD Julie, « Conciliation et médiation judiciaires », PUAM, open édition books, disponible en ligne sur https://books.openedition.org.
[471] Art. 1134 al. 2 du cc. Burkinabè.
[472] Art. 16 al. 1 de l'AUM.

l'accord au rang des minutes d'un notaire[473] avec reconnaissance d'écriture et de signature[474]. Le dépôt de l'accord se fait par requête conjointe des parties. Le notaire à cet effet, pourra décerner à la partie intéressée, une grosse ou une copie exécutoire[475].

En effet, le notaire intervient en dehors de tout débat porté devant un juge. Son rôle est principalement réceptif. Il dresse des actes authentiques. Ainsi, leur force exécutoire se conçoit alors comme un effet que la loi accorde à ces actes et qui permet que la contrainte publique soit utilisée pour obtenir l'exécution forcée d'une obligation partiellement ou totalement inexécutée. Le notaire exerce pour ce faire des prérogatives de puissance publique déléguées par l'État[476].

Classiquement, c'est en recourant au juge que les acteurs à un accord de médiation peuvent donner à cet accord un caractère exécutoire. Le législateur OHADA a donc voulu innover en prévoyant l'option de la voie notariale pour rendre l'accord de médiation exécutoire.

Contrairement à la législation européenne qui laisse la liberté à chaque État membre de faire application de sa législation relative à la formule exécutoire de l'accord[477], le législateur OHADA est à féliciter pour sa précision. Pour cela, on peut dire que le droit OHADA accorde un intérêt particulier à la question de l'exécution effective de l'accord de médiation. La mise en place de ce système original pour rendre exécutoire l'accord de médiation dans l'espace OHADA, assure d'une certaine manière l'efficacité de la médiation dans ledit espace[478]. Cependant, la littérature sur la voie notariale prévue par le texte uniformisé est peu abondante.

On constate aussi que le législateur n'autorise pas en la matière l'initiative individuelle de la partie la plus diligente. La requête doit être conjointe[479]. Cette exigence de la demande commune des parties peut s'expliquer par la volonté du législateur d'étendre le caractère amiable du processus à l'exécution. Toutefois, cette explication n'est pas viable dans la mesure où cela est faisable en matière d'homologation. Ainsi, son exclusion dans la procédure notariale s'accorde difficilement avec l'objectif escompté qui est manifestement de faciliter autant que

[473] C'est-à-dire près le notaire, afin que celui-ci se charge d'attester l'originalité de l'Acte, si l'on s'attelle à la définition de « minute » du lexique. V. GUINCHARD Serge et DEBARD Thierry (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 20e éd., 2013, p. 595.
[474] POLI Catherine, « OHADA et médiation : enfin un Acte uniforme consacré à la résolution amiable des différends en droit des affaires », *op. cit.*, p. 37.
[475] Art. 16 al. 2 de l'AUM.
[476] LACHANCE Martine, « Le notaire, un frein au développement des affaires ? », *Revue du notariat*, vol. 109, n° 2, 2007, p. 239-263.
[477] Art. 6 de la 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.
[478] KENFACK Hugues, *op. cit.*, p. 5.
[479] Art. 16 al. 2 de l'AUM.

possible l'acquisition du titre exécutoire[480]. De même, arriver à la phase d'exécution sous la contrainte altère déjà le caractère amiable de la procédure. On peut y voir même un commencement de la phase contentieuse puisqu'un accord amiable doit en principe s'exécuter sans contrainte.

En outre, il s'agit d'une façon pour le législateur OHADA de maintenir le juge à l'écart de la procédure de médiation. En fin de compte, c'est une sage option que le législateur offre aux parties à la médiation, car l'objectif même de la consécration de la médiation, c'est de permettre aux parties non seulement de régler leur litige à l'amiable, mais aussi et surtout de le régler hors du cadre judiciaire. Maintenant, si malgré tout, les parties optent pour l'homologation, le droit OHADA de la médiation leur garantit une procédure sans encombre.

b. L'homologation de l'accord ou d'exequatur

Les parties disposent d'une autre possibilité de rendre exécutoire leur accord. Il s'agit d'une voie judiciaire à cause de l'implication du juge. En effet, si le législateur s'est efforcé de garder le juge à l'effacement de la procédure de médiation, la phase exécutoire de la procédure pourrait toujours le faire intervenir. Les parties ont donc la possibilité, par requête conjointe ou à défaut par celle de la partie la plus diligente, de demander l'homologation de l'accord de médiation ou l'exequatur de la juridiction compétente[481]. Les notions d'homologation et d'exequatur renvoient quasiment à la même situation à la différence que la seconde renvoie aux relations privées internationales. Il est question que ce soit pour l'homologation ou l'exequatur, de l'approbation ou de la reconnaissance par le juge compétent, d'un acte auquel il confère la force exécutoire[482].

Le juge statue par voie d'ordonnance et ne peut apporter aucune modification à l'accord soumis à l'homologation[483]. Cette précision est d'une grande importance. Elle signifie que l'intervention du juge ne touche pas à l'intégrité de l'accord. La volonté des parties et leur liberté sont une fois de plus respectées. Le juge se limite donc à vérifier l'authenticité de l'accord et s'il ne porte pas atteinte à ordre public, à l'approuver et y apposer une formule exécutoire conformément à la demande dans un délai maximum de quinze jours ouvrables à

[480] KOITA Yacouba-Silla, « La Médiation ou le Blivet du droit OHADA », *op. cit.,* p. 14.
[481] Art. 16 al. 3 de l'AUM.
[482] GUINCHARD Serge et DEBARD Thierry (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 20e éd., 2013, p. 408.
[483] Art. 16 al. 3 de l'AUM.

compter du dépôt de la demande[484]. Il convient de relever également que la célérité caractéristique de la procédure de médiation est respectée. Les rédacteurs de l'AUM ont prévu un délai assez court pour que les parties entrent rapidement dans leur droit. À cet effet, si à l'expiration de ce délai aucune réponse n'est donnée à la requête des parties, l'homologation est réputée acquise. Et la partie la plus diligente peut saisir le greffier en chef ou l'organe compétent pour faire apposer la formule exécutoire[485].

Cette précision du non-respect de l'ordre public, le délai prévu et la force exécutoire automatique sont valables tant pour l'homologation que pour l'exequatur[486]. D'aucuns pensent qu'il est important d'alerter les parties, notamment les Centres de médiation, sur l'importance de faire apposer la formule exécutoire sur leur accord afin de se prévaloir de tout droit qui en découlerait[487].

Aussi louable que cette démarche prévue par l'AUM soit, il est quand même regrettable de constater que le législateur laisse encore une fois sur la soif, du fait de son silence sur la question de la juridiction compétente pour connaître de l'homologation. Cette imprécision peut causer des difficultés quant à la détermination de la compétence d'attribution. On s'interroge donc sur ce choix du législateur OHADA en la matière. Est-ce une façon de laisser cette question à la souveraineté des États membres ? Si tel est le cas, il est toujours convenable de le préciser pour éviter tout flou à ce sujet[488]. Aussi, si tel est le choix du législateur, cela porte à croire que ce dernier s'attelle à un travail d'harmonisation plutôt que d'uniformisation[489].

La question de la force obligatoire de l'accord de médiation ainsi examinée, il convient également d'analyser celle des suites possibles que l'on peut donner à cet accord.

B. Les issues de l'accord de médiation

Les parties sont définitivement liées par cet accord, celui-ci peut faire l'objet d'une exécution forcée. Il n'y a qu'une obligation qui peut faire l'objet d'une exécution par voie de

[484] Art. 16 al. 4 de l'AUM.
[485] Art. 16 al. 6 de l'AUM.
[486] Art. 16 al. 5 et 6 de l'AUM.
[487] CHAZAI A. et FONGA V., « focus sur la médiation : l'innovation marquante du droit OHADA en matière de règlement amiable des différends », 9 mars 2018, p. 6.
[488] L'idéale serait d'opter pour l'harmonisation dans l'homologation à l'image des États du CILSS. V. la Loi n° 2002-28 du 9 décembre 2002 à Dakar, autorisant le Président de la République à ratifier la version révisée de l'accord portant réglementation commune aux États membres du CILSS sur l'homologation des pesticides, adoptée à N'Djamena (Tchad), le 16 décembre 1999.
[489] KOITA Yacouba-Silla, *op. cit.*, p. 18.

contrainte. Les parties sont donc tenues de l'exécuter et surtout, de bonne foi[490]. De ce fait, si les parties ne remplissent pas leurs obligations, elles peuvent voir leur responsabilité contractuelle engagée. Aussi, lorsque l'accord pose un problème, le législateur a prévu des voies de recours auxquelles la partie intéressée peut faire référence.

L'accord de médiation étant un contrat à part entière, il sera traité comme tel et la question de la responsabilité des parties également[491]. Il est donc question à ce niveau de la responsabilité civile contractuelle prévue aux articles 1147 et suivants du Code civil[492]. Cette responsabilité est mise en œuvre en cas d'inexécution des obligations contractuelles ou de mauvaise exécution de ces obligations en l'espèce, celles prévues dans l'accord.

Pour aller à la médiation, il faut nécessairement qu'il ait un différend, un désaccord entre les parties, qui fera l'objet d'un règlement amiable[493]. La solution qui constituera l'accord de médiation est issue d'un processus créatif dans lequel les parties sont acteurs[494]. Cette solution ne leur est pas imposée, elle est créée par elles-mêmes avec le concours du médiateur. Les parties ont donc fait des sortes de concessions dans l'accord, qui doivent être respectées. Chacune s'engage à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose[495].

L'inexécution consistera pour la partie fautive, à faillir aux obligations auxquelles elle s'est engagée en ne l'exécutant pas. Les parties se doivent d'honorer leurs obligations. La partie qui manquera son obligation verra sa responsabilité engagée sur la base des articles 1147 et suivants du Code civil. En effet, la partie qui n'aura pas rempli sa part du contrat contenu dans l'accord de médiation devra payer à l'autre des dommages et intérêts à raison de l'inexécution. Ce qui suppose aussi que l'inexécution de l'accord a causé un préjudice à la partie qui s'en prévaut, car l'existence du dommage est une condition de la responsabilité contractuelle. Celle-ci a naguère fait l'objet d'un revirement jurisprudentiel[496]. Cette condition n'est pas prise en compte lorsqu'il s'agit d'une demande en exécution forcée. Ceci, pour protéger les intérêts des parties.

---

[490] Art. 1134 du CC. burkinabè de 1804.
[491] Art. 12 al. 1.a) et art. 16 al. 1 de l'AUM.
[492] Cc. Burkinabè de 1804.
[493] Art. 1 al. 1.a) de l'AUM.
[494] LEXAVOUE, (société d'avocats), « Les modes alternatifs de règlement des conflits », *op. cit.*, p. 26.
[495] Art. 1101 du cc. Burkinabè de 1804.
[496] V. Arrêt du 10/05/2005, *RTDC*, p. 594 et civ.1, 26/02/2002 RJDA 2008 n° 730 : ces arrêts sont en contradiction. Le second énonçait que même dans l'obligation de ne pas faire, il faut déterminer le montant des dommages et l'intérêt parce qu'il peut y avoir un préjudice. Pourtant, dans le premier, la Cour de cassation avait refusé de donner des dommages et intérêts au motif qu'il n'y avait pas de préjudice à l'inexécution de l'obligation de ne pas faire.

Le préjudice dont il est question doit bien entendu exister et être certain. La partie se prévalant de l'inexécution de l'accord par l'autre ou les autres parties doit souffrir d'un dommage réel et doit pouvoir le prouver. Le dommage en question doit avoir un lien direct avec l'inexécution[497]. Aussi, il convient de relever que l'allocation des dommages et intérêts ne constitue pas une sanction de la faute, mais consiste à réparer le préjudice causé. Notons que la procédure se passe devant la juridiction étatique compétente et non plus à l'amiable. L'évaluation du préjudice se fera donc au jour du jugement et sera laissée à l'appréciation souveraine du juge.

Cette procédure de droit commun n'est qu'une option pour la partie diligente. Celle-ci peut également décider en cas d'inexécution volontaire des obligations contenues dans l'accord de médiation, demander à la juridiction compétente d'homologuer l'accord et d'y apposer la formule exécutoire. Ainsi, l'accord pourra être exécuté par voie de contrainte[498].

L'on peut remarquer que le Règlement CAMC-O a du moins abordé la question de la responsabilité des parties. Le Centre a plutôt opté pour l'homologation en cas d'inexécution. L'AUM, quant à lui, n'en a pas fait état, laissant ainsi la décision aux parties. L'on pourrait de ce fait penser que le législateur a également opté pour l'homologation. Aussi, ce choix serait limité dans la mesure où la partie diligente peut ne pas vouloir faire exécuter l'accord par contrainte, mais entend plutôt demander réparation du préjudice subi du fait de l'inexécution. Ainsi, ne pas attirer l'attention des parties sur leurs responsabilités et voies et moyens pour obtenir réparation des dommages causés du fait des manquements crée encore une difficulté.

La responsabilité des parties dans la mise en œuvre de l'accord de médiation n'est pas engagée qu'en cas d'inexécution des obligations. Cette responsabilité peut également être engagée en cas de mauvaise exécution des obligations de l'accord de médiation.

Les parties ne s'obligent pas seulement à donner, faire ou ne pas faire quelque chose, mais aussi et surtout à bien le faire, c'est-à-dire à bien exécuter leurs obligations. La mauvaise exécution est le fait de ne pas exécuter ses obligations conformément aux termes du contrat ; en l'espèce de l'accord. Par exemple, s'il existe une obligation de veiller à la conservation de la

[497] Par exemple, le défaut de livraison d'une commande par l'une des parties ayant occasionné la perte d'un marché à l'autre partie.
[498] Art. 15 al. 3 du Règlement de médiation du CAMC-O.

chose, la partie sur qui pèse cette obligation est tenue d'apporter à la chose tous les soins d'un bon père de famille[499]. Cela dit, les parties doivent veiller à bien exécuter leurs obligations.

Aussi, pour ce qui est de l'obligation de livrer, elle a également beaucoup d'implications[500]. Elle implique la réception et la prise de livraison de la chose objet d'accord. Il faut noter que ces deux actes sont liés à l'obligation première : livrer la chose. Si la partie créancière de l'obligation de livrer prend effectivement livraison, c'est que l'obligation a été bien exécutée et que par conséquent elle ne peut se plaindre d'une quelconque non-conformité plus tard[501]. La réception est un acte juridique qui traduit l'agrément de la chose[502]. Elle n'est pas translative de propriété. La prise de livraison, quant à elle, est un acte matériel et correspond à l'entrée en possession de la chose, objet de l'accord. La prise de livraison emporte donc présomption de remise de la chose. Elle est translative de propriété conformément à la disposition du Code civil relative à l'obligation de livrer[503].

La mauvaise exécution engage au même titre que l'inexécution la responsabilité de la partie fautive. Elle entraîne donc la condamnation de celle-ci, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts. Cependant, si la mauvaise exécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, et si elle n'est pas de mauvaise foi, sa responsabilité ne saurait être engagée[504].

Le retard dans l'exécution[505] peut être assimilé à la mauvaise exécution. La part du contrat a été remplie, mais juste avec retard. C'est donc ce retard qui donnera droit à la partie qui s'en plaint, à des dommages et intérêts.

Il faut noter également que si l'accord a été homologué, et que par la suite une des parties ne respecte pas l'engagement issu de l'accord, l'autre partie a toujours la possibilité de le faire directement, par voie d'huissier par exemple, sans forcément se lancer dans une procédure judiciaire[506]. L'on peut y voir un avantage à l'homologation de l'accord de médiation. Au

[499] V. Art. 1137 du cc. Burkinabè de 1804.
[500] Art. 1138 du cc. Burkinabè de 1804.
[501] Art.1138 al. 2 du cc. Burkinabè de 1804.
[502] DUTILLEUL François et DELEBECQUE Philippe, *contrats civils et commerciaux*, Paris, Dalloz, 8e éd., 2007, p. 648.
[503] Art. 1138 al. 2 du cc. Burkinabè de 1804.
[504] Art. 1147 du cc. Burkinabè de 1804.
[505] Art. 1137 du cc. Burkinabè de 1804.
[506] Service Public Fédéral, « la médiation : une alternative au tribunal », Bruxelles, p. 8. Disponible sur le site htts://www.justice.belgium.be.

moins, les parties peuvent s'éviter un procès, pour l'allocation des dommages et intérêts, qui pourrait s'avérer long.

Toujours est-il que le silence du législateur sur une question aussi importante laisse à désirer. Cela amène à s'interroger sur la valeur de l'accord non homologué. Est-ce fait sciemment pour amener les parties à faire homologuer leur accord ? Pourtant, le législateur ne semble pas en faire une obligation[507]. Le flou y demeure donc.

Les parties n'ont pas que des obligations à leur charge. Elles ont aussi des droits, dont les recours possibles qu'elles peuvent exercer contre l'accord de médiation.

Il convient de préciser que les recours dont il est question ici concernent l'accord homologué ou en tout cas, sont en relation avec la situation d'homologation. Ceci semble logique, car un accord non encore homologué ne présente aucun intérêt à y opposer un recours puisqu'il s'agit de l'accord des parties, constitué d'une solution non imposée[508]. Ainsi, l'homologation automatique et le refus d'homologation ou d'exequatur sont des situations pouvant occasionner des recours.

L'homologation ou l'exequatur automatique est une expression trompeuse. En réalité, l'homologation ou l'exequatur ne s'acquiert pas de façon automatique sans aucune procédure préalable. Les parties doivent d'abord en faire la demande. C'est à la suite de cette demande et en l'absence de réponse de la juridiction compétente dans le délai de quinze jours que l'homologation ou l'exequatur est acquis automatiquement. La partie la plus diligente pourra demander au greffe ou à tout autre organe qui en a la charge d'apposer sur l'accord de médiation, la formule exécutoire[509].

Il convient de relever que l'accord homologué ou ayant fait l'objet d'exequatur ne peut faire l'objet de recours[510]. Ceci s'explique par le fait que l'homologation ou l'exequatur ne peut être invalidé que pour motif de non-conformité à l'ordre public, le juge ne se bornant qu'à vérifier l'authenticité de l'accord sans toucher à son intégrité[511]. Ainsi, seul l'accord homologué automatiquement peut faire l'objet de recours. De ce fait, si la partie adverse estime que l'accord de médiation est contraire à l'ordre public, elle peut saisir la Cour Commune de Justice et

[507] Art. 16 al. 3 de l'AUM.
[508] Art. 7 al. 4 de l'AUM.
[509] Art. 16 al. 6 de l'AUM.
[510] Art. 16 al. 7 de l'AUM.
[511] Art. 16 al. 4 de l'AUM.

d'Arbitrage d'un recours contre l'homologation ou l'exequatur automatique dans les quinze jours de la notification de l'accord revêtu de la formule exécutoire[512].

La Cour dispose en général d'un délai maximum de six mois pour statuer. Mais, dans ce cas[513], les délais prévus par le Règlement de procédure de la Cour sont réduits de moitié, soit trois mois. Encore un délai revu à la baisse pour rendre le processus encore plus efficace. Aussi, le recours suspend toute exécution de l'accord[514].

Il convient de saluer l'effort considérable du législateur OHADA qui a voulu laisser le juge complètement en dehors de la procédure de médiation. Certes, il est quasiment impossible d'imaginer une procédure d'homologation sans l'intervention du juge. Malgré ce recours incontournable, l'on remarque bien que le législateur a limité l'intervention du juge à un rôle administratif. Ainsi, le texte OHADA de la médiation relativise les pouvoirs en vue d'assurer une efficacité et une célérité certaine de la procédure.

Le fait également de prévoir, bien que de manière assez brève, un recours contre l'accord ayant reçu homologation ou exequatur automatique est une forme de garantie pour les parties. Cependant, il faut reconnaître également qu'il s'agit d'un cas certainement rare. Car on conçoit mal qu'un accord traduisant l'aboutissement d'un processus de médiation sous la conduite d'un médiateur ou pire, organisé par un Centre de médiation ne respecte pas l'ordre public. Le médiateur veille en effet scrupuleusement à ce que les parties ne s'engagent pas dans une voie illicite[515], conformément à la disposition de l'Acte uniforme[516]. On pourrait même envisager l'application du principe *nemo auditur*[517] en guise de sanction contre la partie qui exercerait un recours contre l'accord homologué, car l'on peut se demander pourquoi elle aurait signé l'accord si elle estimait que celui-ci ne respectait pas les règles d'ordre public. Cette voie de recours paraît certes intéressante, mais moins pertinente.

En vue de mieux garantir la sécurité juridique de l'accord issu de la médiation, le législateur a prévu une seconde voie de recours. La décision du juge portant refus d'homologuer l'accord issu de la médiation est le second motif donnant droit à la partie qui le désir, d'exercer

[512] Art. 16 al. 6 de l'AUM.
[513] Encore un avantage de la médiation.
[514] Art. 16 al. 6 de l'AUM.
[515] BUHLER Michel W, « le 10e acte uniforme de l'OHADA sur la médiation », *op. cit.*, p. 9.
[516] Art. 8 de l'AUM.
[517] Intégralement : *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, qui signifie, nul ne peut invoquer en justice sa propre turpitude. PISIER Eveline et DUHAMEL Olivier, *op. cit*., p. 61.

un recours. L'Acte uniforme prévoit que le juge ne peut statuer sur le contenu de l'accord de médiation soumis à homologation ou exequatur, mais si cet accord ne respecte pas les règles d'ordre public, il peut refuser d'accorder l'homologation ou l'exequatur[518]. Le respect des règles d'ordre public est donc le seul motif de refus d'accorder l'homologation ou l'exequatur.

Pour ce qui est de la question de l'ordre public, le doute ou les imprécisions qui s'y rapportent n'ont pas encore été levés, ni par la loi ni par la doctrine. Le législateur OHADA ne fait pas exception. Il ne se donne pas la peine de préciser ce qu'il entend par ordre public. L'ordre public est un concept très vaste qui touche aux rapports de la vie en commun sur le plan politique et juridique. Il s'agit d'un caractère de règles juridiques qui s'imposent dans les rapports sociaux, pour des raisons de moralité ou de sécurité impératives[519]. Ce sont en effet des mesures de maintien de l'ordre et des mesures de police administrative. La notion d'ordre public est complexe. L'on ne peut énumérer de façon exhaustive les actes portant atteinte à l'ordre public, car celui-ci varie d'un État à un autre. Ce qui est contraire à l'ordre public dans un État peut ne pas l'être dans un autre[520]. C'est une notion omniprésente à la fois dans le droit public et le droit privé. Elle ne se laisse donc pas facilement enfermer dans une géométrie simple et sa définition est malaisée. Il suffit de consulter les dictionnaires juridiques pour le constater[521]. Il est à se demander s'il ne serait pas préférable que le législateur OHADA définisse la notion d'ordre public et en établisse les règles, ledit espace étant un seul et même en vertu de l'harmonisation. Néanmoins, le silence du législateur sur la question peut se justifier par les difficultés qui y sont liées, l'espace étant composé d'États ayant chacun ses règles d'ordre public.

Si d'aventure, le juge refuse d'accorder l'homologation ou l'exequatur au motif que l'accord est contraire à l'ordre public, l'AUM prévoit que la partie la plus diligente peut saisir la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage d'un pourvoi, et ce, uniquement en cas de refus d'homologuer[522]. Tout comme pour le recours contre l'homologation ou l'exequatur

[518] Art. 16 al. 3 *in fine* et al. 5 de l'AUM.
[519] GUINCHARD Serge et DEBARD Thierry (dir.), *op. cit.,* p. 644.
[520] Le port des mini-jupes par exemple dont avait légiféré le législateur burkinabè est un type d'accoutrement normal en France et ne saurait de ce fait être contraire à l'ordre public.
[521] Lire l'allocution de LOUVEL Bertrand, prononcée en ouverture du colloque organisé par la Cour de cassation et le Conseil d'État français le 24/02/2017, sur « L'ordre public : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation », disponible en ligne sur www.courdecassation.fr.
[522] Art. 16 al. 7.

automatique, la Cour statue dans un délai réduit de moitié sur le délai maximum de six mois prévu dans le Règlement de la Cour[523].

Il faut relever que l'Acte uniforme ne s'attarde pas sur la question de recours en général et particulièrement sur celle du pourvoi en cas de refus d'homologuer. L'on espère juste que la Cour fera diligence pour statuer le plus rapidement possible afin de vider le contentieux, car il serait paradoxal de s'entendre en concluant un accord de médiation censé apaiser les parties puis de guerroyer ensuite sur son exécution[524].

L'on remarque aussi que le législateur OHADA a voulu être moins généreux en matière d'ouverture des voies de recours. Pour ce qui est du refus d'homologation ou d'exequatur de l'accord de médiation, celui-ci n'est susceptible que d'un pourvoi devant la CCJA. Le législateur limite par cela le recours au juge ; ce qui traduit l'originalité et le pragmatisme du droit OHADA en la matière[525].

Il est tout de même nécessaire de souligner que le pourvoi en cas de refus d'homologuer ne vide pas l'accord de tous les vices qui l'entachent. Il prive simplement l'accord de son bénéfice d'exécution forcée. Seule une instance introduite au fond aux fins d'annulation de l'accord issu de la médiation pourra les faire disparaître[526] ; et cela, l'AUM ne le prévoit pas. Pourtant, il est primordial de ne pas laisser perdurer un tel accord. Il est néanmoins étrange d'envisager qu'un accord, censé être conclu dans le respect de la volonté des parties, de l'intégrité morale, des règles d'ordre public[527], puisse être entaché de vices.

En somme, l'analyse pratique de l'Acte uniforme relatif à la médiation aura permis d'étudier la mise en œuvre effective de la médiation dans l'espace OHADA. Force est donc de constater qu'il existe un nombre satisfaisant de Centres de médiation dans ledit espace, même si la qualité de service de médiation n'est pas la même partout. En nous fondant sur le CAMC-O qui est l'un des Centres les plus influents de l'espace[528], nous sommes arrivés à la conclusion que l'on fait de plus en plus recours à la médiation ; que celle-ci produit un résultat plutôt encourageant pour l'attraction des investisseurs et le développement économique de l'OHADA.

---

[523] *Idem*.
[524] KENFACK Hugues, *ibid*.
[525] KOITA, *op. cit.*, p. 16.
[526] Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation (GEMME), extrait de Bulletin de la Cour de cassation française, « comment homologuer un accord de médiation ? » hors-série, p. 2.
[527] Art. 8 de l'AUM.
[528] DEWEDI Eric, « le nouvel acte uniforme OHADA sur la médiation et la pratique de la médiation dans l'espace OHADA : quels apports en pratique ? », Disponible en ligne sur https://www.actualitesdudroit.fr.

Cependant, tout comme dans son aspect théorique, l'AUM contient des failles du point de vue pratique. Ce qui ne facilite pas sa mise en œuvre et qui pourrait si cela n'est corrigé, jouer sur l'efficacité de la médiation dans l'espace OHADA. L'exécution de l'accord issu de la médiation n'est pas non plus sans problème. Il existe certes des garanties y relatives, mais la simplicité et l'originalité du législateur en la matière s'accordent mal avec ses hésitations concernant certaines questions non moins importantes[529].

[529] S'agit du formalisme soudain que le législateur attache à la conclusion de l'accord de médiation et du vide que celui-ci laisse sur la question d'homologation de l'accord et des voies de recours en général. KOITA (Y-S.), *op. cit.*, p. 16.

CONCLUSION DU TITRE 2

Le droit d'expression est indissociable de la qualité des actionnaires dans une société commerciale. Le vote peut être exercé exclusivement par les actionnaires, à condition que ceux-ci s'abstiennent d'abuser de leur pouvoir. L'abus se présente sous deux formes : par la majorité ou par la minorité. En droit français, l'abus du droit de vote est d'origine jurisprudentielle, tandis qu'en droit OHADA, les articles 130 et 131 de l'AUSCGIE expliquent respectivement l'abus de majorité et de minorité. Ripert retient une théorie rigoureuse qui reconnaît que l'abus découle, entre autres, d'une intention de nuire. Alors que les intérêts individuels sont requis, l'AUSCGIE apporte beaucoup de nuances aux intérêts sociaux. Les textes précisent que les décisions de la majorité ou de la minorité portant atteinte à l'égalité des associés ne peuvent être considérées comme un abus de pouvoir que si l'intérêt de l'entreprise n'est pas justifié. En cas de conflit avéré, il est souhaitable d'avoir recours aux MARD qui constituent un excellent moyen de règlement de différends. Cela est dû notamment à leurs principes directeurs que sont la confidentialité et la transparence.

Les deux principes sont en situation de dialectique permanente. Cependant, l'examen des nouveaux textes OHADA des modes alternatifs de règlement des litiges laisse apparaître que le principe de confidentialité l'emporte sur celui de transparence qui émerge tant bien que mal. Les recours aux MARD pour régler les conflits au sein de la société. En effets, les modes alternatifs de différends connaissent une avancée fulgurant dans la zone OHADA grâce à leur efficacité. Grâce à ces mécanismes, les actionnaires qu'ils soient minoritaires ou majoritaires sont efficacement protégés dans leurs différends, y compris la société elle-même, parce que la transparence et la confidentialité sont au centre de la procédure. Cela permet tant bien que mal de préserver l'image aussi de la société.

DEUXIÈME PARTIE : L'AFFINEMENT DU SYSTÈME DE PROTECTION DES ACTIONNAIRES MINORITAIRES POUR UNE PLUS GRANDE EFFICACITÉ

La force et la cohésion de toute société reposent sur la confiance nécessaire qu'ont les actionnaires envers ceux qu'ils ont mandatés (les dirigeants sociaux) pour en assumer la gestion[530] et la direction ; les décisions prises par les dirigeants sociaux vont en effet avoir des conséquences pour la personne morale, ses associés soumis aux aléas de l'entreprise, et de manière plus générale, ses partenaires, salariés ou créanciers. Cette confiance est d'autant plus solide que les relations entre associés et dirigeants sont claires ; pour cela, une information correcte et fiable est indispensable[531].

Il est indéniable que des protections considérables ont été mises en place pour les privilèges des actionnaires minoritaires lors de la réunion, ce qui est une étape très louable vers l'objectif d'attirer les investissements et la compétitivité des économies africaines. Cependant, pour que ces mesures soient adéquates et concrètes, le législateur OHADA a offert aux actionnaires de multiples possibilités d'attaquer les pratiques commerciales qui ont porté atteinte à leurs droits dans le passé, dont les droits sont les plus vulnérables au quotidien.

[530] « Le droit des sociétés a tendance à ne pas définir directement la gestion, mais à la considérer comme fonction assumée par un organe déterminé (expert de gestion), composé par ceux que l'on appelle les dirigeants. Les expressions sont lâches : veiller à la bonne marche des affaires sociales, agir en toutes circonstances au nom de la société… On pourrait dire que la gestion correspond à l'exercice de l'activité de la société, mais avec des sens différents selon l'organisation retenue. On peut distinguer la gestion quotidienne, et la gestion à long terme ; mais il serait irréaliste de dire que les organes de gestion des sociétés ne peuvent ni ne doivent s'occuper des questions du moyen et long terme. La distinction entre le sens large et le sens étroit dépend donc en réalité d'une répartition variable selon les types légaux et selon les solutions statutaires retenues ». Voir LE CANNU Paul et DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 4e éd., 2012, p. 279.

[531] DANA-DEMARET Sabine et DANNENBERGER Frédéric, *Fasc. C-415 :* Sociétés, Expertise de gestion, Expert in futurum, commentaire, *Juris Classeur Sociétés Formulaire,* 5 juillet 2022, p. 1.

Afin de permettre la transmission d'une telle ou telle opération de gestion[532], le législateur[533] OHADA a accordé dans l'Acte uniforme le droit aux actionnaires de demander la nomination d'un expert de gestion. Sa nomination peut être judiciairement réclamée par les actionnaires minoritaires ou par le ministère public[534].

La direction de la société place les dirigeants sociaux au premier plan, mais elle peut et doit faire intervenir des organes extérieurs chargés d'assurer une bonne gouvernance afin que l'organe de contrôle puisse prendre ses responsabilités (**Titre 1**). Si l'étendue des protections contre les comportements de gestion et de contrôle démontre une volonté claire de protéger les actionnaires minoritaires, il n'en reste pas moins que la mise en place de mécanismes pertinents peut rencontrer de nombreux écueils d'où la nécessité de les renforcer (**Titre 2**).

[532] La gestion, dans son sens étroit, incombe à des organes dont les noms sont différents selon la forme juridique (gérant, directeur général, administrateur du GIE, etc.) Ces organes sont parfois collégiaux (conseil d'administration, directoire). Ils assument d'abord la gestion interne, c'est-à-dire qu'ils animent la société (convocation des autres organes, proposition de résolution, etc.) ensuite ils sont chargés de la gestion externe, c'est-à-dire qu'ils agissent au nom de la personne morale à l'égard des tiers (contrats, actions en justice, formalités…), avec une plus ou moins grande autonomie de décision. De plus, ils peuvent répondre pénalement des délits commis au nom de cette personne morale, la responsabilité de celle-ci n'excluant pas la leur (art 121-2., al. C. pén. Français ; titre 5 du C. pén. Tchadien…). Enfin, ils dirigent l'entreprise, c'est-à-dire qu'incarne le chef d'entreprise, au nom de la société employeuse. V. LE CANNU Paul et DONDERO Bruno, Droit des sociétés, *op. cit.,* p. 279.

[533] En France par exemple, c'est la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales qui a institué l'expertise de gestion. CONSTANTIN Alexis, *Droit des sociétés,* Dalloz, coll. « *Les mémentos* », 6e éd., 2014, p. 262.

[534] Le cas de la France c'est l'Autorité de Marché Financier (AMF) qui s'en charge des sociétés cotées et le comité d'entreprise qui deviennent de la sorte eux-mêmes, d'une certaine manière, des organes de contrôle. Il faut aussi noter qu'en principe, à la différence de l'administrateur provisoire, création de la jurisprudence, l'expertise de gestion est une création de la loi. Sa désignation n'est possible que dans les SA (C. com., art. L. 225-231), les SAS (C. com. art. L.225-231 sur renvoi de l'art. 227-1 al. 3) et les SARL (C. com. art. L. 223-37). Voir CONSTANTIN Alexis, *Droit des sociétés, les mémentos*, *op. cit.,* p. 99. Plus loin, La haute Cour juge que la conclusion d'une convention de compte courant d'associé est une opération de gestion au sens de l'article L. 223-37 du Code de commerce, de sorte que l'associé qui a fait un apport en compte courant est fondé à solliciter la mise en œuvre d'une expertise de gestion pour connaître le sort réservé à son investissement (Cass. com. 21 avr. 2022 n° 20-11.850 : JurisData n° 2022-006430). Il est ici fait droit à la demande, car la société ne tenait aucune comptabilité, ne réunissait pas les assemblées générales, et le gérant demeurait silencieux aux sollicitations de l'associé, qui justifiait ainsi d'un intérêt légitime. Voir DANA-DEMARET Sabine et DANNENBERGER Frédéric, *Fasc. C-415 :* Sociétés, Expertise de gestion, Expert in futurum, commentaire, *op. cit.,* p. 1.

TITRE 1. LA PROTECTION CONTRE DES ACTES COMPROMETTANT LA GESTION DE LA SOCIÉTÉ

Les activités d'une société commerciale sont exercées par un groupe de personnes appelées managers qui représentent les actionnaires et non leurs agents. La gestion des affaires de l'entreprise par ces dirigeants peut ne pas plaire à tous les acteurs sociaux, leur suscitant ainsi un sentiment de méfiance, ce qui signifie bien sûr qu'ils ont le droit d'examiner et d'évaluer cette gestion. De même, la prospérité d'une société dépend de la transparence de sa gestion, qui doit être maîtrisée.

Le législateur OHADA illustre bien la situation en organisant en faveur des actionnaires soucieux de la gestion des sociétés, des procédures destinées à éviter que ces dernières ne déposent le bilan[535] (**Chapitre 1**). Des sanctions peuvent être prononcées lorsque les mesures prises ne parviennent pas à enrayer la mauvaise dynamique des dirigeants ou des personnes chargées d'assurer le bon fonctionnement de l'entreprise (**Chapitre 2**).

[535] Par procédure d'alerte de contrôle de gestion, il faut entendre l'ensemble des formalités auxquelles les actionnaires doivent se soumettre en présence, soit de faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de l'entreprise (art. 150 à 152 de l'AUSCGI), soit de faits obscurs et inquiétants qui nécessitent qu'une lumière soit faite, car il faut le souligner, même en présence d'abus les plus flagrants, rien ne saurait se concevoir en dehors du droit.

Chapitre 1 : La mise en place de procédures spécifiques permettant d'identifier les actes opposant les intérêts des actionnaires minoritaires

L'intention du législateur OHADA est de donner un nouveau souffle au développement économique et social par l'intermédiaire des sociétés commerciales, qui s'efforcent de réglementer en détail tous les abus possibles desdites sociétés afin de renforcer les privilèges des sociétés commerciales. En fait, certains de ces abus peuvent révéler une particularité à laquelle il ne peut être remédié que par la conduite de procédures spécifiques. Ils sont de nature moderne parce qu'ils n'existent pas réellement dans l'ancienne loi[536]. C'est parce qu'ils surviennent dans un contexte précis qu'ils retiennent notre attention. En effet, prévenir les difficultés et les abus est la politique la plus satisfaisante en termes[537] de protection des actionnaires, car la meilleure façon d'aborder les difficultés est bien sûr de les étouffer dans l'œuf[538].

Cependant, afin de détecter des problèmes même mineurs, il est nécessaire d'être vigilant et, de préférence, de disposer d'un système d'information fiable sur la santé de l'entreprise[539]. Ainsi, comme beaucoup de droits modernes, le législateur OHADA s'est

[536] À cet effet, il est question de faire mention de la période d'avant l'entrée en vigueur de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales en France.
[537] GUYON Yves, *Droit des affaires, droit commercial général et sociétés, op. cit.,* p. 433.
[538] À cet égard, il faut penser aux mesures préventives dans les procédures collectives, « Mieux vaut prévenir que guérir ». Cette vieille sagesse populaire est particulièrement vraie pour les entreprises en difficulté. « Prévenir, selon le Professeur Yves Chaput, c'est avant tout amener les dirigeants à prendre conscience de la situation actuelle et de l'évolution de l'entreprise. C'est ensuite mettre en place des possibilités d'alerte, voire de règlement amiable des difficultés naissantes lorsque l'évolution défavorable se confirme ». Voir CHAPUT Yves, *Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises*, PUF, 1986, n° 2.
[539] De manière générale, « c'est l'ensemble des questions d'ordre juridique qui doit faire l'objet d'un traitement approprié : il peut être recommandé d'assurer certains biens de l'entreprise, d'élaborer des conditions générales, des contrats-types, de suivre le recouvrement des créances en utilisant toutes les techniques et règles y afférentes (il peut être recommandé de commencer par se munir d'une sûreté dès la conclusion du contrat ou d'émettre une lettre de change à la livraison de la marchandise ou après la prestation du service ou encore de recourir aux procédures simplifiées de recouvrement sans oublier les saisies conservatoires et d'exécution), de protéger efficacement les droits de propriété industrielle et commerciale de l'entreprise, de suivre les baux commerciaux de l'entreprise, devenus baux professionnels avec la révision de l'AUDCG le 15 décembre 2010, que celle-ci ait la qualité de bailleur ou de locataire, d'insérer dans les contrats une clause attributive de compétence territoriale (si les deux parties ont la qualité de commerçant, art. 51 du Code de procédure civile) ou une clause compromissoire dans ses contrats afin que les litiges qui viendraient à naître soient tranchés par la voie de la conciliation ou de la médiation ou celle de l'arbitrage, d'attacher à la situation juridique du personnel toute

préoccupé de la prévention des difficultés des entreprises, tant dans le cadre de la loi uniforme d'organisation des procédures collectives de règlement des responsabilités que de l'acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et au groupement d'intérêt économique[540]. Seule cette dernière image nous concerne. On peut donc distinguer selon que ces procédures sont judiciaires (**Section 1)** ou extrajudiciaires (**Section 2**).

Section 1. Le déclenchement proprement dit de la procédure juridictionnelle

L'AUSCGIE a introduit une nouvelle mesure d'information d'importance capitale : l'Expertise de Gestion (**Paragraphe 1**), également appelée expertise minorité[541]. Prévue aux articles 159 et 160 de la loi précitée, elle constitue une mesure complémentaire, complémentaire à l'avertissement, de détection des difficultés rencontrées par les entreprises reconnues par les actionnaires. Cependant, il présente de nombreuses limites qui le rendent difficile à mettre en œuvre (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : L'applicabilité de la procédure

Selon un auteur, la mise en place de la compétence managériale est l'une des innovations les plus notables de la réforme du droit des sociétés commerciales OHADA[542]. Mais la question se pose de savoir en quoi consiste réellement cette innovation. Cela soulève la question de l'utilité de la compétence managériale et de son domaine (**A**), dont l'étude suscite l'intérêt dans sa mise en œuvre (**B**).

A. La compétence managériale de l'expert

Il importe de comprendre la place de cette institution (**1**) et son champ d'action (**2**).

1. L'importance de l'expertise

La compétence managériale est une innovation importante, impressionnante et correspond au souci principal d'assurer une information fiable et nécessaire aux actionnaires, y

l'importance que celle-ci requiert, autrement dit pratiquer une gestion performante des ressources humaines de l'entreprise… » C'est si vrai que l'on fait état à l'heure actuelle de la nécessité d'audits juridiques. SAWADOGO Filiga Michel, OHADA, « Droit des entreprises en difficulté », *op. cit*., p. 28.

[540] FENEON Alain, Les droits des actionnaires minoritaires dans les sociétés commerciales de l'espace OHADA », Penant, avril-juin 2002, p. 158. V. MODI KOKO BEDEY Henri Désiré, « La réforme du droit des sociétés commerciales », Rev. Soc., avril-juin 2002, p. 255.

[541] V. POUGOUE Paul-Gerard, *op. cit*., p. 86 ; CHARTIER Yves, *Droit des affaires, les sociétés commerciales*, PUF, 1992, p. 334.

[542] MODI KOKO BEDEY Henri Désiré, « La réforme du droit des sociétés commerciales », *op. cit*., p. 255.

compris minoritaires. Ces derniers, représentant une fraction raisonnable du capital social, se voient offrir la possibilité d'ouvrir une enquête sur une ou plusieurs opérations de gestion qu'ils jugent peu claires ou suspectes. Conformément aux dispositions des articles 159 et 160 de la loi uniforme, les actionnaires qui, malgré les rapports de gestion, les comptes annuels et, le cas échéant, les rapports des commissaires aux comptes, ou qui ont des questions sur la situation de la société, s'estiment insuffisamment informés. Ils peuvent demander une expertise en gestion. À noter que cette mesure qui se veut essentiellement une source d'information et un moyen de pilotage de la gestion sociale des actionnaires minoritaires s'inscrit avant tout dans un grand chantier que le législateur africain de l'OHADA a lancé pour la meilleure protection de l'intérêt social[543]. L'entreprise est en effet le siège d'un grand nombre d'intérêts parfois divergents qu'il faut gérer au mieux pour que l'entreprise fonctionne mieux.

Inspiré de la loi française de 1966, le législateur a édicté des lois qui permettent l'organisation des sociétés économiques tout en élargissant les droits d'information et l'intervention des actionnaires dans la vie sociale. Il est plus qu'important que le législateur OHADA prenne des mesures drastiques pour protéger le patrimoine d'une entreprise et de ses composantes afin de sauvegarder l'intérêt social ou la société[544]. La priorité des pays OHADA s'oriente sur la recherche constante de la transparence dans la gestion de l'information et le contrôle des entités économiques est une nécessité absolue. À cet égard, l'internationalisation de l'économie, exige un certain respect entre actionnaires minoritaires et majoritaires pour la nécessaire stabilité et cohésion de l'entreprise. La protection des actionnaires minoritaires, par exemple, est désormais devenue une question complexe pour les économies africaines. Le pouvoir majoritaire est essentiellement un pouvoir autoritaire qui n'a fait que croître et se consolider par l'institutionnalisation progressive des fonctions de dirigeants sociaux, ce qui en soi n'est pas regrettable, car pour être efficace la gestion doit être un[545]. Mais la marginalisation de la minorité résultant de ce point de vue contribue, à notre avis, à renforcer les exigences de leur protection. De ce fait, le législateur OHADA s'en est particulièrement préoccupé.

Contrairement au mandat institutionnel, l'expert se voit confier un mandataire *ad hoc* chargé d'une mission d'audit très précise et ponctuelle dans les entreprises. Il pourrait s'agir

[543] MEUKE Bérenger Yves, « L'information des actionnaires minoritaires dans l'OHADA : réflexion sur l'expertise de gestion »., www.ohada.com, ohadata-20, p. 3.
[544] En effet, sollicité la justice dans le but d'obtenir des renseignements approfondis sur la gestion conduite par les dirigeants démontre que la circulation de l'information entre les différents organes sociaux est déficiente voire qu'elle est délibérément entravée.
[545] MEUKE Bérenger Yves, *op. cit.*, p. 4.

d'une histoire ouverte aux actionnaires qui ressentiraient le besoin d'utiliser cette procédure. Bien que la procédure commence par un recours devant le juge, qui a le pouvoir de désigner un expert, cela ne signifie pas nécessairement l'ouverture d'un litige judiciaire. En particulier, les informations obtenues dans le cadre de cette disposition seront plus complètes que celles fournies dans le cadre du fonctionnement normal de l'entreprise. En cas de crise d'incompréhension ou de conflit, tout change. Les actionnaires qui soupçonnent des erreurs et/ou des abus de gestion souhaitent être pleinement informés. Le savoir-faire de la gestion conduira alors à divulguer des faits que les managers ont refusé de communiquer, s'abritant derrière le principe de confidentialité dû à la plupart des opérations de gestion. Cela signifie que l'expertise est un multiplicateur d'influence pour les actionnaires par rapport à leurs prérogatives. L'intérêt de l'institution semble donc évident. D'une part, elle limite les conséquences d'une gestion déloyale de l'entreprise en pointant à un moment les erreurs encore réparables, et d'autre part, en prouvant la faute des dirigeants, elle peut préparer et faciliter l'exercice d'une éventuelle action en responsabilité.

Cependant, il ne faut pas surestimer l'étendue de la compétence de gestion, car, malgré des avantages évidents, la mesure n'a que des effets limités. Il ne s'agit en fait que d'une mesure d'information et rien de plus. Ainsi, la sanction effective des dirigeants suppose la mise en œuvre d'autres démarches judiciaires, qui ne s'exercent en pratique qu'en présence d'actionnaires minoritaires particulièrement militants. De plus, l'information en question ne sera pas portée à la connaissance de la communauté actionnariale dans l'immédiat, puisqu'elle n'interviendra qu'à la prochaine assemblée générale. Bien sûr, ce délai est désavantageux lorsque la direction de l'entreprise est tellement préoccupée qu'elle exige une réponse rapide des actionnaires. Et la question principale reste la délimitation du domaine et la nature de l'expertise managériale.

3. Le domaine de l'expertise de gestion

Les questions dans le domaine des compétences managériales éclairent essentiellement la portée de cette mesure. Le juge doit alors expliquer ce que signifient les activités commerciales de l'entreprise. Est-il possible d'appliquer une norme organique qui ne comprend que les décisions des organes directeurs et exclut les décisions émises par le parlement ? Faut-il alors les rejeter, sachant que les minorités sont souvent et bien informées et qu'elles peuvent exercer leur droit de critique lorsqu'elles votent ? Comment décider de l'affaire qui appartient à l'autorité de la personne morale, mais qui nécessite également l'intervention de l'assemblée

générale des actionnaires[546] ? D'autre part, si la compétence peut concerner tous les aspects de la gestion, pas seulement financiers ou comptables, alors elle ne peut généralement pas concerner l'ensemble de la gestion ou de la régularité des comptes sociaux[547].

En fait, la difficulté est que le droit OHADA, comme le législateur français, n'a pas une conception claire des opérations de gestion[548]. Devant ce silence, faut-il comprendre qu'il appartient au juge de trancher au cas par cas ? L'absence de définition précise de la notion peut surtout justifier et expliquer les législateurs africains de l'OHADA qui ne veulent pas et ne veulent pas insérer cette notion fluide dans une définition qui la rendrait certainement difficilement applicable.

Nous pensons que pour obtenir des résultats satisfaisants du point de vue de la transparence des entreprises, il est nécessaire de se demander ce que le terme signifie. Dès lors, l'administration ou la gestion au sens de l'article 150 de la loi uniforme doit s'entendre de la manière la plus large possible.

Face aux difficultés posées par la tentative du concept opérationnel de délimiter les domaines d'expertise en gestion, il convient d'insister sur sa finalité. Par conséquent, les résolutions des assemblées générales d'actionnaires sont exclues d'emblée, car en principe les informations fournies aux actionnaires lors de ces assemblées doivent généralement être suffisantes pour refléter les décisions prises par la société[549] ; certaines inquiétudes subsistent.

Néanmoins, avec des connaissances managériales, les juges ont des moyens de s'intégrer dans les opérations des sociétés commerciales. L'exploration de l'essence de la capacité de gestion en droit OHADA porte principalement sur le rôle de la notion de pouvoir judiciaire intervenant dans la vie des entreprises commerciales. Par exemple, dans une partie de la doctrine française[550], une telle intervention judiciaire doit être rare et surtout garantir la liberté administrative des autorités compétentes.

---

[546] Traité et Acte uniforme commentés et annotés OHADA, Juriscope, 2018.
[547] FENEON Alain, *op. cit.*, p. 161.
[548] C'est ainsi qu'il n'y aurait pas lieu de faire droit à une demande d'expertise de gestion si les questions posées tendaient à une critique systématique de l'ensemble de la gestion, ou encore avaient un caractère général concernant l'ensemble de la politique de la société.
[549] MEUKE Bérenger Yves, *op. cit.*, p. 9.
[550] DE JUGLART Michel et IPPOLITO Benjamin, Traité de droit commercial, 2e vol, 3e édition., Montchrestien, n° 759-6 et s. Cité par MEUKE Bérenger Yves, *op. cit.*, p. 9.

Il faut bien admettre que, sur un plan purement statistique, le développement jusqu'alors rare de l'agence dans la jurisprudence africaine a nettement évolué dans le temps[551]. Cependant, en ce qui concerne l'éventuelle atteinte à la liberté de gouvernement des dirigeants de la société, il est clair qu'elle ne peut être que très relative. Après tout, le jugement de la direction n'est qu'une mesure d'information, et le simple fait de nommer des experts est une sanction pour une information insuffisante.

B. La mise en pratique de l'expertise de gestion

Les rapports de gestion sont établis conformément aux procédures réglementaires. De ce fait, le législateur a lié la nomination des économistes d'entreprise à des exigences de qualité (**1**) fortes de l'entreprise à évaluer. Il faut aussi se focaliser sur les bénéfices et les résultats des mesures afin d'identifier les limites de ce contrôle (**2**).

1. La qualité requise

Étant donné que l'arrivée d'un expert indépendant chargé de recueillir les informations que les administrateurs auraient dû fournir aux actionnaires pourrait perturber la société, l'exigence d'un rapport d'expertise est soumise à des conditions d'acceptabilité strictes. En tant qu'action préférentielle des actionnaires minoritaires (**a**), l'Acte uniforme l'étend à tout autre actionnaire, même groupe d'actionnaires (**b**).

a. Le droit aux minoritaires

Faire recours à l'institution judiciaire pour entrer en possession des documents de la société, cela prouve à suffisance qu'il y a un problème[552] de transmission de l'information entre les organes de gestion et les actionnaires. L'expertise en principe intervient au moment des crises.

Les actionnaires minoritaires sont prioritaires de cette procédure pour la simple raison qu'ils ne détiennent pas suffisamment d'action qui leur facilitera l'accès aux informations sur la gestion de la société. À cet égard, nous pensons qu'il est normal pour le législateur d'avoir

[551] CA d'Abidjan, civ.com., 25 février 2000, Aff. Société Négoce Afrique, Côte d'Ivoire (NACI-SA) c/Société WIN SARL, Juriscope 2006 ; CA de Cotonou, n° 256/2000, 17 août 2000, Aff. Société Continentale des Pétroles et d'Investissements c/État béninois, Juriscope 2006 ; CA d'Abidjan, 5e ch. A., n° 10 ; 2 janvier 2001, www.ohada.com. ohadata-J-02-113.

[552] Encyclopédie juridique, répertoire des sociétés, Entreprises du secteur public à Infraction pénale, « expertise de gestion », Tom 3, 2003, p. 2.

un regard prioritaire sur ces opérateurs économiques minoritaires. C'est pourquoi les actions aux fins d'une expertise ou de la désignation d'un expert ne sont accordées d'abord aux actionnaires détenant un minimum de capital social. Aux termes de l'article 159 de l'AUSCGIE, « Un ou plusieurs associés représentant au moins le cinquième du capital social peuvent, soit individuellement, soit en se groupant sous quelque forme que ce soit, demander au président de la juridiction compétente du siège social, la désignation d'un ou de plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion ».

Au regard des dispositions de cet article, la détention d'un minimum de capital social est un impératif ou une condition « *sine qua none* ». Une demande qui ne remplit pas ce critère serait déclarée irrecevable. Toutefois, il convient de dire si le seuil retenu par l'AUSCGIE traduit une volonté sans équivoque d'améliorer le pouvoir du contrôle des actionnaires minoritaires à contre-pied du législateur français, on ne peut que regretter de ne pas avoir franchi purement et simplement ce seuil. Évidemment, on pourrait dire que le législateur, comme remède, offre aux acteurs la possibilité de se réorganiser. Mais même là on voit qu'il n'est pas toujours facile de réunir des gens qui ne se connaissent pas et qui ne se rencontrent que rarement. Donc le problème demeure.

Le législateur ne s'est pas limité aux actionnaires minoritaires, il donne aussi ce pouvoir à d'autres organes (requérants) de solliciter l'expertise de gestion en cas de nécessité avérée.

b. Une action inclusive

Contrairement au législateur français qui confère des pouvoirs judiciaires à d'autres acteurs tels que le ministère public, la commission sociale d'entreprise ou encore la commission de la bourse[553], le législateur africain n'a pas reconnu ce privilège. Il l'a ouvert à tous les actionnaires qu'ils soient minoritaires ou majoritaires.

Cette prérogative reste une faculté pour les majoritaires. Bien qu'il concerne *a priori* les minoritaires, rien n'interdit l'action de la majorité, même les dirigeants sociaux, sur la nature et la portée de l'opération de gestion, sauf si la qualité du mandataire leur attribue le droit à l'information suffisante[554] sur la vie sociale de l'entreprise. Au vu du contenu de l'article 159 précité, il ressort que les actionnaires pouvant demander l'expertise de gestion devraient

[553] Devenue avec la loi n° 2003-706 du 1er août 2003 de Sécurité financière, l'Autorité des Marché Financiers (AMF).
[554] MEUKE Bérenger Yves, « L'information des actionnaires minoritaires dans l'OHADA : réflexion sur l'expertise de gestion », *op. cit.*, p. 7.

nécessairement détenir au moins le 1/5 du capital social. De toute évidence, il faut atteindre les 20 % du capital social et non tenir rigueur de la qualité de l'actionnaire.

Cependant, il est regrettable de constater que le législateur OHADA n'a pas permis aux groupements d'entreprises de conduire cette procédure. Cette position du législateur ne permet pas à ces opérateurs économiques qui jouent un rôle important dans la sphère juridique de faire l'objet d'une expertise, bien qu'on lui en attribue le mérite d'admettre des regroupements.

En France, en vertu de la loi du 1er mars 1984, les associés ou actionnaires sont autorisés à coopérer sous « diverses formes » afin de respecter le seuil de recevabilité de l'action[555]. Les législateurs africains ont approuvé cette disposition dans l'article 159 de l'AUSCGIE susmentionné. Mais là encore, on peut reprocher à cette dernière de ne pas déterminer la nature de la forme de réorganisation. Sans doute par souci de la liberté de participation et de représentation des actionnaires.

En tout état de cause, l'utilité de cette possibilité de regroupement ne peut être remise en cause. Cela facilite l'exercice des droits des actionnaires minoritaires qui ont malheureusement tendance à rester passifs ou isolés. Ainsi, le groupe pourrait prendre la forme d'une association de défense voire d'une association des associés.

Toutefois, il convient de noter qu'il existe deux méthodes de regroupement qui peuvent être envisagées par rapport à cette option. Soit le groupe n'agit que comme mandataire des actionnaires et la règle du « nul ne plaide par procureur »[556] impose à chacun d'eux de comparaître nominativement dans la procédure, avec l'inconvénient que tous les actionnaires sont présents et ne démissionnent pas. Soit le groupe agit en ses propres intérêts, puis la question est de savoir s'il a le droit d'exercer collectivement des droits que chacun de ses membres peut exercer individuellement, ou s'il peut détenir le pourcentage minimum requis qui pourrait provoquer une vente massive de droits au profit du groupe de biens sociaux. À ce sujet, Bérenger Yves MEUKE soutient que de tels mandats accordés aux minoritaires doivent être vus comme un simple moyen pour le législateur de faciliter l'exercice de l'action, plutôt que comme un mécanisme d'imposition de regroupement des minoritaires[557]. Nous partageons la

[555] Encyclopédie juridique, *op. cit*., p. 5.
[556] Cass. crim., 20 mai 2015, n° 14-81147, PB.
[557] MEUKE Bérenger Yves, *op. cit*., p. 8.

position de l'auteur dans la mesure où, comme indiqué ci-dessus, le législateur OHADA n'a pas expressément prévu la possibilité de regrouper les actionnaires en associations.

C'est donc une question pour le législateur OHADA, qui a réitéré sa volonté de donner aux « petits » actionnaires une chance de se défendre, car si l'on devait encourager l'actionnariat de masse, et ainsi engorger la bourse pour les impudiques, ils le feraient inévitablement. « petits » actionnaires minoritaires, ils doivent être suffisamment protégés dans la situation africaine actuelle. Pour que la demande de savoir-faire finisse par exploser, encore faut-il qu'elle soit justifiée. Ce n'est qu'à ce prix que cela conduira à la nomination d'un spécialiste.

4. Le fond de la demande et l'issue de la procédure

Le résultat de l'action de l'expert (**b**) dépend de son justificatif (**a**).

a. Le justificatif de la demande

Avant tout, le critère de base pour approuver l'expertise de gestion doit être le niveau d'information. Comme l'écrit Yves CHARTIER, les plaignants étaient accusés d'en savoir tantôt trop peu, tantôt trop long[558]. Mais sans s'inspirer des bonnes personnes, comment ces actionnaires souvent incomplets peuvent-ils éviter d'être induits en erreur ? Dans ce cas, les actionnaires ne devraient pas être obligés de nuire aux intérêts de la société, car c'est à cela que sert la procédure de création. Ainsi, comme le souligne justement le professeur Le CANNU : L'expertise de gestion n'est pas une sanction de la direction ; en revanche, elle sanctionne un manque d'information[559]. Ainsi, dans un arrêt du TGI de Niamey, le juge de chambre a jugé que, dès que l'associé a demandé que le rapport de gestion soit ordonné immédiatement, l'associé se plaignait de ne pas être informé de la vie sociale et doutait de la sincérité et de la gravité de la décision de l'assemblée[560].

Dans cette procédure, les tiers (juges) sont des intrus dans la société. Le risque est grand à partir du moment où le juge donne son accord après avoir pris connaissance du sujet, certainement du bien-fondé de la demande de rapport de gestion. Et il serait difficile pour ce dernier (juge) de se prononcer sur le sujet qui lui est adressé sans pour autant apprécier

[558] CHARTIER Yves, « L'expertise de l'article 226 de la loi du 24 juillet 1966 », *JCP* 1972, cité par MEUKE Bérenger Yves, *op. cit*., p. 10.
[559] LE CANNU Paul, « Élément de réflexion sur la nature de l'expertise judiciaire de gestion », Bull. Joly 1988, 553, cité par MEUKE Bérenger Yves, *ibidem.*
[560] Tribunal régional de Niamey, Ordonnance de référé n° 245 du 22 octobre 2002. Aff ; Abbas HAMMOUD c/ Jacques Claude LACOUR et Dame Evelyne Dorothée FLAMBARD, www.ohada.com. Ohadata J-04-489.

l'opportunité des opérations de gestion. De toute évidence, la désignation d'un expert est du ressort du juge ainsi que son appréciation sur les questions qui lui ont été adressés. Par ailleurs, l'AUSCGIE dans son article 160[561] fait expressément mention d'une faculté de cette mesure. Cette précision donne un caractère facultatif à la procédure, mais que cela se fasse au détriment de l'actionnaire ayant sollicité l'expertise de gestion.

b. La désignation proprement dite d'un expert

Selon l'article 159 de l'AUSCGIE, la juridiction compétente est celle où se trouve le siège social, statuant à bref délai, la désignation d'un ou de plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion et dans la procédure civile. Sans doute, c'est pour une assignation en référé dans le souci de maintenir le caractère contradictoire de l'expertise.

Après la saisine du juge, il peut désigner un ou plusieurs experts selon le besoin. Malgré le terme « expert » utilisé, la personne désignée, n'est pas forcément un spécialiste en la matière. Comme mentionné plus haut, la désignation d'un expert est laissée à l'appréciation du juge. Ce choix peut se porter sur un expert judiciaire, expert-comptable, un dirigeant de société spécialité sur les questions de gestion, ou toute personne qui justifie d'une compétence avérée[562].

Le législateur OHADA ne fait non plus mention du régime de procédure de la société. À cet effet, ne serait-il pas intéressant de se poser la question sur la possibilité à titre subsidiaire d'appliquer les principes régissant l'expertise judiciaire de chaque État membre de l'OHADA ? En attendant que le législateur donne une position précise sur la question, il serait bien d'adopter la position du législateur français en répondant par une affirmation. L'acte désignant l'expert, précise l'objet de sa mission, afin d'éviter toute immixtion dans celle des autres experts.

Ces lacunes pourraient nuire aux intérêts des actionnaires pour la simple raison qu'il y a une absence ou un manque de réglementation du statut d'un expert de gestion.

Paragraphe 2 : Les atteintes aux prérogatives des actionnaires minoritaires

[561] « S'il est fait droit à la demande, la juridiction compétente détermine l'étendue de la mission et les pouvoirs des experts. Les honoraires des experts sont supportés par la société. Le rapport est adressé au demandeur et aux organes de gestion, de direction ou d'administration ainsi qu'au commissaire aux comptes ».

[562] Toutefois, il faut préciser qu'il serait moins conforme aux textes que le commissaire aux comptes en fonction dans la société soit désigné en qualité d'expert de gestion, car le seul fait que les actionnaires aient initié une action en désignation d'un expert judiciaire traduit à suffisance une déficience dans ses fonctions.

Les atteintes aux prérogatives des minoritaires nous permettent d'examiner les limites relatives à la procédure de l'expertise de gestion (**A**) avant de nous attarder sur la procédure in futurum (**B**).

A. Les limites quant à la procédure de l'expertise de gestion

Ces limites mettent en relief la faiblesse des moyens d'action des opérateurs économiques minoritaires (**1**) et le manque de l'efficacité de la procédure d'expertise de gestion (**2**).

1. La faiblesse des moyens d'action

L'intrusion de la justice dans la société est l'une des faiblesses majeures de l'expertise de gestion. Le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation[563] qui lui est facultatif. Cependant, il lui est interdit de porter un jugement sur la façon dont les affaires de la société sont gérées. Autrement dit, il lui est interdit de critiquer la gestion de la société. Son champ de compétence est limité à l'appréciation de la demande introduite par les requérants. Après la désignation de l'expert, le juge se charge de délimiter sa mission. Compte tenu du caractère souple de l'expertise, le tribunal sera enclin à l'étendre à son gré et selon les circonstances. Comme le législateur français, nul doute que ses décisions apporteront une plus grande précision en matière de compétences managériales ou de l'expertise de gestion[564].

Pour bien mener sa mission, la société doit mettre à la disposition de l'expert tous les documents comptables et connexes. Malgré qu'il soit tenu par le secret professionnel, le risque d'indiscrétion est très élevé. Les règles de déontologie des affaires, notamment les secrets commerciaux, ne lui pas opposables.

Pour ce qui est de la jurisprudence française, il est important aussi de le relever, l'expertise de gestion peut remettre en cause le fonctionnement social et porter atteinte à la crédibilité de l'entreprise[565]. Cette action s'est très vite fait connaître du public avec l'intervention de la justice. De plus, le processus de revue de direction est souvent caractérisé par la lenteur.

---

[563] POUGOUE Paul-Gerard *et alii*, *op. cit.*, p. 86 et s.
[564] En France, certaines décisions du juge ont été taxées d'audacieuses par la doctrine. Ce fut notamment le cas quand la Cour de cassation a admis que la mission de l'expert s'étend selon le cas à plusieurs sociétés d'un même groupe. Cass. com., 10 mai 1988, Bull. civ., IV, n° 160, p. 111, cité par CHARTIER Yves, *op. cit.*, p. 337.
[565] Paris, 12 janv. 1977, JCP, 1978, II, 1828, notes CHARTIER Yves.

5. Le manque de la rapidité de la procédure d'expertise de gestion

Aux termes de l'article 159 précité, « la demande d'expertise est adressée au président de la juridiction compétente du siège social ». Cette disposition est sans doute prescrite pour pallier la lenteur de la procédure et la rapidité de la décision. Une gestion que les partenaires regrettent est facile à comprendre, car elle peut se détériorer rapidement. Il est intéressant de noter que le législateur n'a pas jugé nécessaire de subordonner directement les demandes d'expertise de gestion aux procédures d'urgence. Pour que le juge délivre une injonction préalable, l'actionnaire ou le requérant concerné doit prouver qu'il y a urgence. Dans le cas contraire, le juge saisi a le droit de se déclarer incompétent et d'orienter le requérant vers le pourvoi[566]. Une institutionnalisation claire de la procédure de l'expertise de gestion simplifiée dans ce cas lèvera tous les doutes entre les actionnaires minoritaires ou majoritaires, en particulier les juges.

Même lorsque le juge des référés est saisi, les décisions ne sont pas prises rapidement. L'analyse de la jurisprudence OHADA montre que les décisions sont souvent rendues un an après le dépôt de la demande. Le 12 janvier 2000, une assignation contestant la décision du premier tribunal de rejeter la révision administrative de l'affaire a été délivrée devant la Cour d'appel d'Abidjan, et la décision du juge d'appel n'est intervenue que le 2 janvier 2001[567]. Après que la décision de première instance est devenue nulle et non avenue, un an à compter de la date d'introduction, il a le droit de s'enquérir de la portée des mesures prises. Nous sommes en droit de demander quel serait l'objet de l'action un an après le dépôt de l'assignation après que le jugement a annulé la décision du premier juge. Dans les autres cas, une décision sera prise au moins un mois après le dépôt de la demande[568]. Au vu de tout ce qui précède, nous pouvons simplement dire que l'expertise de gestion est en réalité une procédure très longue alors que toutes les procédures de détection des difficultés des entreprises doivent impérativement être rapides et moins longues[569].

---

[566] V. Tribunal régional hors classe de Dakar, ordonnance de référé n° 901, du 9 août 1999, affaire Hassane Yacine c/société nattes industries, Hibrahima Yazback et autres, ohadata J-02-198, disponible sur le site www.ohada.com. Consulté le 4 février 2022.

[567] V. CA d'Abidjan, cinquième chambre civile, arrêt n° 10 du 2 janvier 2001, affaire polyclinique Avicennes c/Bassit Assad, ohadata-J-02-113, www.ohada.com.

[568] V. tribunal régional de Niamey préc. où la décision a été rendue le 22 octobre 2002 en faveur d'une demande introduite le 9 septembre 2002 ; CA d'Abidjan, arrêt n° 376 du 2 mars 2004, affaire Matalock Procces-ci SARL c/Tourreguitart Clussela, ohadata j-04-489, www.ohada.com.

[569] V. GUYON Yves, *Droit des affaires*, *op. cit*., p. 62.

Enfin, du fait du caractère limité de ces méthodes d'identification des enjeux des sociétés, seule une partie des problématiques rencontrées par les entreprises peut être abordée. En raison de la nature de ces actions, la détection n'est généralement pas effectuée tant que des signes de défaillance ne sont pas apparents ou des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Les faits invisibles peuvent être bien plus profonds. De réelles améliorations du système sont nécessaires pour mieux comprendre les signes visibles et invisibles des problèmes qui peuvent affecter votre entreprise.

B. L'expertise *in futurum*

L'expertise *in futurum* est un moyen préventif qui peut être utilisé lorsque les actionnaires minoritaires ne peuvent pas utiliser leur expérience de gestion pour protéger leurs droits. Par exemple, des enquêtes préventives peuvent être nécessaires pour découvrir des faits susceptibles de renverser le débat social en abusant des responsabilités de la majorité ou des dirigeants sociaux. L'article 232 de la loi sur le contentieux administratif civil et commercial dispose que pour les créances qui ne sont pas prévues par des textes ou règlements particuliers, s'il est jugé nécessaire de prendre toutes mesures propres à la sauvegarde de leurs droits et intérêts, elles ne peuvent être protégées. Doit être soumise au président du tribunal de grande instance ou à son représentant, ou, en cas de difficulté, au juge de la chambre judiciaire saisi de l'affaire qui lui est déférée[570]. Nous avons également examiné dans l'ordre les conditions (**1**) et les effets (**2**) de cette spécialisation.

1. Les conditions du déclenchement de l'expertise in futurum

Si les conditions prévues par l'Acte uniforme ne sont pas remplies, le dépistage préventif apparaît comme le seul moyen efficace d'obtenir les informations nécessaires. Contrairement à l'expertise de gestion, l'expertise de prévention a une qualification plus souple. L'éthique de l'expertise en prévention est différente de celle de l'expertise en gestion. En France par exemple, l'article 145 du Code de procédure civile[571] l'expertise peut être obtenue du président du tribunal, avant tout procès, « s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir la preuve

[570] Loi n° 72-833 du 21 décembre 1972 portant code de procédure civile, commerciale et administrative du Cameroun.

[571] « 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 admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé ».

de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige »[572]. Les pratiques commerciales sont régies par le droit des sociétés et visent à protéger les intérêts des entreprises en impliquant des actionnaires minoritaires. Les informations obtenues grâce à ce test sont logiquement applicables à tous les groupes de la société.

Le contrôle préventif, quant à lui, est une approche procédurale dans laquelle seuls les plaignants et les juges sont destinataires dans « des circonstances nécessitant des explications non contradictoires ». Sinon, le défendeur doit être ajouté. Si la loi ne rend toujours pas assez difficile la nomination d'experts en gestion, surtout si quelques-uns font simplement des déclarations inexactes, alors la direction générale sera blâmée et les revues préventives ne seront pas reconnues. Une voie plus libre.

Le requérant donne une bonne raison avant le procès pour les faits qui peuvent être pertinents pour le règlement des différends. En particulier, le demandeur n'est pas tenu d'indiquer la nature et le fondement de toute action contre la Société. Il suffit que les faits qu'il essaie de prouver puissent porter sur l'issue du litige.

6. Les effets de la procédure in futurum

Cette autre forme d'expertise ainsi que l'impact des pratiques de gestion suggèrent qu'elle peut jouer un rôle important dans la poursuite de l'ouverture sociale. Les actionnaires non qualifiés pour l'expertise en gestion peuvent trouver cet outil d'examen très efficace, mais les tribunaux africains exigent essentiellement des preuves authentiques. Il est principalement responsable de la préservation ou de l'identification des preuves avant le procès. En d'autres termes, collecter et conserver des preuves pour les procédures judiciaires. Aucune relation, le demandeur de la révision n'a pas indiqué qu'une action en justice serait engagée, ni précisé sa nature et sa base légale. Ainsi, les actionnaires minoritaires disposent des informations et de l'expérience nécessaires pour se protéger des dirigeants de l'entreprise. Mais que signifie la protection contre les majoritaires ?

Section 2. La procédure non juridictionnelle : l'alerte

[572] V. DESPRES Isabelle, *Les mesures d'instruction in futurum*, thèse, droit, Nouvelle bibliothèque de thèse, Dalloz, 2004. Cité par LE CANNU Paul et DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, Montchrestien, Lextenso, 4e éd., 2012, p. 618 et s.

La procédure, qui permet à la direction de l'entreprise d'intervenir lorsque la continuité de l'activité est menacée, est nouvelle dans la plupart des États membres de l'OHADA[573], tout comme les pratiques managériales. Malgré leur nom, les programmes d'alerte n'alertent généralement pas les responsables, car ils sont au courant des problèmes de l'entreprise. Il vise également à les responsabiliser et à les encourager à prendre des mesures correctives[574]. Par exemple, lorsque quelqu'un dit « au feu », c'est toujours une option[575] pour entamer une conversation au sein d'une entreprise et répondre au besoin, jusqu'à ce qu'elle soit entendue par toutes les personnes impliquées et que cela devienne de plus en plus fort.

L'alerte a donc pour but de mettre les dirigeants sociaux face à leur responsabilité. Elle est d'autant plus utile que le chef d'entreprise a souvent, voire toujours, tendance à minimiser les difficultés de son entreprise. Elle intervient ou devrait intervenir lorsque se produisent un ou plusieurs faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Cette expression qui n'est pas très juridique s'inspire du *« going concern »* anglais. Elle laisse une marge d'appréciation aux titulaires du droit d'alerte.

Paragraphe 1 : La mise en action de la procédure d'alerte

L'alerte doit être donnée dès que se produit un fait quelconque de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Le fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation est celui qui peut conduire à la cessation des paiements si une solution n'est pas trouvée dans un délai raisonnable. Il n'est donc pas nécessaire qu'il y en ait plusieurs comme en France où la loi emploie le pluriel (des faits)[576]. À ce titre, il convient d'identifier les acteurs détenant le droit d'alerte (**A**) avant de nous intéresser à sa mise en application par ces derniers (**B**).

A. Les critères de déclenchement

L'alerte ne doit être déclenchée que lorsque la condition de déclenchement est remplie. C'est pourquoi une bonne compréhension et maîtrise du contenu de ces différentes normes est extrêmement importante pour les titulaires d'un droit d'alerte, car une mauvaise appréciation

[573] POUGOUE Paul-Gérard ANOUKAHA François, NGUEBOU TOUKAM Jean *et alii, op. cit*., cette disposition a été calquée sur l'art. L. 225-235 du Code de commerce français.
[574] GUYON Yves, *Droit des affaires, entreprise en difficulté*, Economica, 6e éd., 1997, p. 54.
[575] PEROCHON François, *Entreprise en difficulté, instrument de paiement de crédit*, LGDJ, 1993, p. 13. Selon 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 ». N° spéc. *R.J.C.*, février. 1986, p. 40, cité par PEROCHON François, *ibidem.*
[576] *Ibidem*.

peut attirer leur blâme et causer un préjudice à l'entreprise. Aux termes des articles 150 et 153 de l'AUSCGIE, le commissaire aux comptes exige du gérant, du président du conseil d'administration ou du directeur général qu'il lui explique « les faits susceptibles d'altérer la continuité de l'activité qu'il aurait constatés lors du contrôle ». Le contrôle des documents qui lui ont été transmis ou dont il a eu connaissance dans le cadre de sa mission. En ce qui concerne les articles 157 et 158 de l'AUSCGIE, tout actionnaire[577] peut saisir l'organe de gouvernance deux fois par exercice, selon les circonstances, tout fait susceptible de nuire à la continuité du développement.

De ce point de vue, le droit OHADA n'est pas vraiment innovant, probablement en reprenant la formulation générale du critère de déclenchement[578] du droit français, le même motif ne produit pas le même résultat. Il convient toutefois de noter que le législateur OHADA, contrairement à son homologue français, parle de « tout fait »[579] et utilise le singulier lorsque le législateur français parle de « tous les faits », englobant ainsi tout un éventail d'éléments possibles. Cependant, il faut accepter la doctrine selon laquelle cette norme d'origine comptable a une double dimension, puisqu'elle présente à la fois des aspects économiques et financiers[580]. Ainsi, on peut noter les facteurs qui en découlent, notamment l'accumulation de mauvais résultats, les prêts excessifs ou déraisonnables, les enregistrements de privilèges et de gages inquiétants, les interdictions de décaissement répétées, la trésorerie passive et même les conflits sociaux. Tout cela implique une analyse des difficultés spécifiques rencontrées par l'entreprise ou des circonstances particulières dans lesquelles elle opère[581].

Il est clair que les indices standards pris seuls ne justifient pas les alarmes. Son déclenchement suppose en effet la coexistence de deux ensembles de fils, à savoir le « fait » en

[577] Le droit OHADA donne la possibilité à tous les actionnaires de demander des explications à la direction lorsqu'ils constatent tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Voir art. 150 ; 153 et 157. La solution est pourtant différente en droit français, seuls les actionnaires détenant 5 % du capital social peuvent bénéficier du droit d'alerte (art. L. 225-223 c. com). La solution en droit OHADA paraît conforme à l'esprit de prévention de la cessation des paiements, par hypothèse, la prévention doit concerner tous les acteurs de l'entreprise à plus forte raison les actionnaires et peu importe qu'ils détiennent un certain pourcentage dans le capital.

[578] Voir Art. L.612-3 C. com.

[579] Voir Art. 150 l'AUSCGIE.

[580] Pascal NGUIHE KANTE, *op. cit*., p. 96.

[581] Le fait considéré ne doit pas obligatoirement compromettre la continuité de l'exploitation, mais être simplement de nature à le faire. Mais il faut que le risque soit tout de même suffisamment grave pour effectuer la continuité de l'exploitation et que le risque soit en mesure de se réaliser dans un avenir prévisible. Ne sont pas ainsi pris en compte des faits qui, du fait de leur caractère improbable ou lointain, ne peuvent en l'état actuel de la situation de la société affecter sérieusement son exploitation. Voir Éric Aristide MOHO FOPA, *La réflexion critique sur le système de prévention des difficultés des entreprises OHADA*, DEA, Université de Dschang (Cameroun), 2007, p. 13.

cause et la capacité de ce fait à altérer la continuité de l'action[582]. Cependant, il n'est pas nécessaire d'avoir plusieurs faits comme en France. Un fait suffit, tant qu'il peut nuire à l'exploitation.

Le système OHADA utilise la notion de continuité d'exploitation pour désigner les situations qui affectent gravement la viabilité d'une entreprise, mais le législateur n'en a pas donné de définition précise. En effet, cette expression, empruntée du *Going Concern*[583], est comptable. Les normes comptables utilisent ce concept pour évaluer l'équilibre et la pertinence des systèmes comptables. Dès lors, la perspective d'une poursuite normale de ses activités suppose que l'entreprise établisse ses documents comptables. Ainsi, les comptes annuels sont préparés dans les comptes d'exploitation[584].

Certes, cette formule laisse une grande liberté d'action aux commissaires aux comptes, mais ceux-ci ne doivent agir que dans le strict cadre de l'accomplissement de leur mandat. Surtout, il a agi dans l'esprit du texte[585]. Il doit s'assurer que les faits allégués sont susceptibles de compromettre la continuité des opérations. La norme étant imprécise, il doit se référer à sa conscience, son expérience ou, tout simplement, son intuition. Cela pourrait l'impliquer par inadvertance dans la gestion de l'entreprise.

On se demande cependant toujours si l'auditeur est obligé de rechercher systématiquement les faits qui devraient alerter ou s'il doit simplement attirer l'attention de la direction sur les seuls faits qu'il constate dans l'exercice normal de ses fonctions. Il est préférable de retenir l'interprétation large, car une interprétation restrictive enlèverait une partie de l'utilité de l'alerte[586]. Les législateurs africains semblent cependant lier l'alerte aux connaissances acquises par les auditeurs au cours de leur mandat[587]. Cependant, le commissaire aux comptes est un tiers à la direction de l'entreprise[588]. L'ingérence dans sa gestion est strictement interdite[589]. Dès lors, le droit à la prudence doit être concilié avec le principe de

[582] Art. 157 al. 1 de l'AUSCGIE.
[583] D'origine anglo-saxonne, elle reprend une expression retenue dans le langage anglo-saxon par les normes comptables internationales et consacrée en droit français par la loi comptable du 30 avril 1983 modifiant l'article 14 du code de commerce.
[584] 112 Ce qui signifie que si l'entreprise poursuit son exploitation, c'est que le commissaire aux comptes a fait son travail et les comptes sont établis en conformité avec la vérification de l'hypothèse.
[585] Voir Art. 150 et 153 de l'AUSCGIE.
[586] Yves GUYON, *Droit des affaires et de l'entreprise*, Tom II, Paris, Economica, 9e édition, 2003, p. 56.
[587] Voir Art. 150 et 153, *op. cit*.
[588] NKAMGA Njoya, *Les interventions des tiers dans la gestion des sociétés commerciales*, DEA, Dschang, 1999-2000, p. 9.
[589] Voir Art. 712 de l'AUSCGIE : « Le commissaire aux comptes a pour mission permanente, à l'exécution de toute immixtion dans la gestion, de vérifier, les valeurs et les documents comptables de la société et de contrôler

non-intervention des auditeurs. C'est pourquoi certaines doctrines soutiennent que l'exercice du droit de prudence implique nécessairement que le compte du commissaire aux comptes interfère avec la gestion[590]. On assiste en effet à un glissement de sa fonction de contrôle des comptes vers un suivi administratif. Son devoir d'avertissement lui vaut inévitablement l'appréciation de la direction. En résumé, l'Acte uniforme précité consacre implicitement le droit du commissaire aux comptes de contrôler et d'évaluer la gestion[591].

De plus, déterminer la date de déclenchement de l'alerte était particulièrement délicat. Si l'alarme est trop tardive, il se peut qu'il ne soit pas possible de corriger une situation finalement désespérée. En fait, les auditeurs interviennent souvent lorsque les conditions se sont considérablement détériorées. Ensuite, ils remarqueront seulement que le paiement est arrêté ou annonceront que le paiement est sur le point d'être arrêté[592].

Les critères établis par les législateurs pour la mise en œuvre des alertes doivent être utilisés avec prudence. Sinon, cela pourrait créer de nouvelles difficultés pour les entreprises mêmes qu'il est censé protéger. Cela reflète déjà bon nombre des imperfections de la procédure ci-dessus.

B. Les détenteurs du droit d'alerte

L'AUSCGIE, en ses articles 150 et suivants et son article 157, définit clairement les acteurs concernés ou détenant le droit d'alerte[593]. Il s'agit bien des commissaires aux comptes (**1**) et des actionnaires (**2**).

1. Les prérogatives d'alerte du commissaire aux comptes

la conformité de sa comptabilité aux règles en vigueur ». Bien plus, il peut engager sa responsabilité tant à l'égard de la société qu'à l'égard des tiers des conséquences dommageables ou des fautes qu'il pourrait commettre dans l'exercice de ses fonctions selon l'art. 725 de l'AUSCGIE.

[590] BLANC Gérard, « La situation des commissaires aux comptes après la loi du 1er mars 1984 », *JCP E*., in JEANTIN Michel, *Droit commercial, instrument de paiement et de crédit, entreprises en difficulté*, Paris, Dalloz-Sirey, 4e éd. 1998, p. 279.

[591] ANOUKAHA François *et alii*, *Société commerciale et GIE*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 171.

[592] GUYON Yves, *op. cit*., p. 53.

[593] « La procédure d'alerte est plus tatillonne en ce qui concerne les sociétés anonymes. Pour s'en tenir à l'essentiel, il faut mentionner les particularités suivantes : la lettre de demande d'explication faite par le commissaire aux comptes est adressée au président du conseil d'administration ou au président-directeur général (PDG) ou à l'administrateur général, suivant la forme d'administration adoptée ».

L'alerte pour le commissaire aux comptes[594] est un impératif. Il se pose la question de savoir si le commissaire aux comptes a l'obligation de rechercher systématiquement l'existence de faits devant donner lieu à l'alerte ou s'il suffit de porter à la connaissance des dirigeants les seuls faits relevés à l'occasion de ses diligences normales[595]. La première conception qui est large semble préférable. Sa responsabilité peut assurément être engagée si une procédure collective stricto sensu est prononcée alors qu'il n'a pas préalablement mouvementé l'alerte. Dans l'exercice de leurs fonctions, les commissaires aux comptes doivent avoir connaissance de tout fait menaçant la continuité des activités de la société. Ensuite, il devrait commencer à alerter l'entreprise lorsqu'elle découvre quelque chose qui la menace. Il est important de noter que nous ne nous intéressons qu'aux sociétés cotées. Les sociétés autres[596] que la SA aussi bénéficient de ce droit d'alerte. L'obligation du commissaire aux comptes d'informer une société à responsabilité limitée est régie par les articles 153 à 156 de l'AUSCGIE.

La racine des faits pouvant mettre en difficulté l'exploitation de la société peut résulter des états financiers de l'exercice, de l'exercice précédent, à partir ou après la date de règlement, ou des données prévisionnelles dans les comptes. Les entreprises et leurs domaines d'activité.

Cependant, bien que les faits suivants puissent être considérés comme mettant en cause la continuité du service, cette liste n'est pas exhaustive.

« La perte d'une part importante du capital social ou des fonds propres de l'entreprise (par exemple un tiers) ; il n'est pas nécessaire que cette perte atteigne le pourcentage requis par la loi pour convoquer l'assemblée générale extraordinaire afin de décider s'il y a lieu de dissoudre la société ou de la poursuivre en prenant les dispositions qui s'imposent ; sur ce dernier point, l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales retient des pertes entraînant que les capitaux propres de la société deviennent inférieurs à la moitié du capital social »[597].

[594] V. par exemple, l'article 150 relatif au commissaire aux comptes (demande…) et l'article 157 concernant les associés (peut demander…)
[595] V. Dans ce sens Y. Guyon, op. cit.
[596] L'alerte peut être également déclenchée par le commissaire aux comptes dans les sociétés autres que la société anonyme. Les détenteurs de ce droit d'alerte peuvent aussi être appelés : « Lanceur d'alerte », « donneur d'alerte », « sonneur de tocsin », « ami de la vérité », « *whistle-blower* » ou encore « *klokkenluider* » sont autant d'expressions utilisées pour désigner celui qui dévoile, dans l'intérêt public, l'existence de manquements survenus sur son lieu de travail à ses supérieurs, aux autorités, ou encore à l'opinion publique. Ces individus, soucieux de construire un monde meilleur et plus transparent, prennent parfois des risques importants pour garantir le bon fonctionnement de la démocratie en dénonçant des actes répréhensibles dans divers domaines.
[597] V. AUSCGIE, art. 664 à 669 pour les sociétés anonymes et art. 371 à 373 pour les sociétés à responsabilité limitée.

Le refus d'approbation des comptes par l'assemblée générale des actionnaires ; si l'assemblée des actionnaires, que l'on accuse souvent d'être une chambre d'enregistrement, refuse de donner son approbation, c'est bien probablement le signe d'un désordre manifeste dans les affaires sociales…

2. Les prérogatives accordées aux actionnaires

Selon le Professeur Yves GUYON, « les actionnaires sont les parents pauvres de la prévention des difficultés »[598]. Pourtant, ils sont les magnons clé pour la bonne marche de la société. Le droit d'avertir les actionnaires est prévu à l'article 158 AUSCGIE régissant les conditions d'exercice. Il convient de noter qu'il s'agit d'actionnaires non contrôlants, car il serait trompeur, voire aberrant, de croire que les actionnaires contrôlants ignorent les événements qui menacent les opérations de la société et sont susceptibles de se produire.

Nous estimons que cette option donnée aux actionnaires devrait être un véritable obstacle, car elle peut conduire à l'apathie et aux abus potentiels de certains groupes d'actionnaires. Par exemple, les principaux actionnaires ne souhaitent pas donner l'alarme lorsqu'un fait survient qui menace et stimule la continuité de leurs activités. Dans ce cas, l'obligation de déclencher l'avertissement est de sanctionner la faute de l'auditeur ainsi que la faute de l'auditeur, et de les responsabiliser le cas échéant.

Il convient également de noter que d'autres législations donnent aux comités d'entreprise[599] ou même aux présidents des tribunaux de commerce[600] le pouvoir de déclencher l'alerte, et ils peuvent poursuivre la direction s'ils découvrent des faits qui peuvent compromettre la continuité de l'exploitation[601].

Des difficultés peuvent survenir à tout moment de la vie de l'entreprise. Le fait que la continuité des activités peut être compromise se produit lorsque les administrateurs agissent de manière inappropriée ou lorsque l'environnement juridique ou économique de l'entreprise est affecté négativement. Par conséquent, l'exigence selon laquelle ils ne le sont pas *a priori* est limitée en nombre. Cependant, contrairement aux commissaires aux comptes qui doivent

[598] GUYON Yves, *op. cit*., p. 61.
[599] V. Ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail
[600] Voir art. 34 nouveau de la loi du 1er mars 1984 modifiée par la loi du 10 juin 1994.
[601] POUGOUE Paul-Gerard, ANOUKAHA François et NGUEBOU TOUKAM Jean, *op. cit*., p. 85.

déclencher une alerte lorsque la situation de l'entreprise est préoccupante, les associés ne peuvent exercer leur pouvoir d'alerte que deux fois par exercice[602].

Par ailleurs, les associés ne sont plus autorisés à poser des questions écrites aux gérants, sauf lors des assemblées générales. Cette limitation du contrôle des actionnaires sur la société est très curieuse quand on sait que dans plusieurs cabinets, il n'y a pas des commissaires aux comptes chargés d'assurer le suivi des comptes.

De ce fait, les actionnaires n'ont pas aussi les « mains libres » que les commissaires en termes d'alertes. Contrairement à ce dernier, qui a le droit d'inviter les gérants de la société anonyme à conférer avec le conseil d'administration ou le directeur général, pour statuer sur les faits constatés lors de la réclamation[603], les actionnaires n'ont pas cette possibilité. En outre, les commissaires aux comptes peuvent établir un rapport spécial qui sera soumis à la plus prochaine assemblée générale des actionnaires si la gérance manque à ses obligations face à l'alerte ou se poursuit malgré la décision. L'opération reste avariée. Toutes les questions qui ne peuvent être tranchées par les actionnaires dans le cadre de l'exercice du droit de rappel. Tout au plus, s'il veut arriver à un tel résultat, il doit passer l'auditeur. En effet, il doit envoyer une copie des questions et de ses réponses au commissaire[604], le cas échéant. Les auditeurs peuvent donc être en droit d'examiner les résultats des alertes obtenues par les associés, dès lors qu'ils ne convoquent un conseil d'administration ou une réunion d'actionnaires qu'après avoir établi la véracité de la menace.

Les programmes d'alerte aux actionnaires ont une efficacité limitée. Le souci, c'est que cela finit par mettre le partenaire à jour en montrant qu'il sait que l'entreprise traverse une période difficile à un moment donné. Ainsi, l'efficacité des alertes finit par être très limitée tout comme l'expertise de gestion.

Finalement, le caractère contraignant de ces techniques de détection des difficultés de l'entreprise ne peut permettre de traiter qu'une partie des difficultés rencontrées par l'entreprise. Dans la plupart des cas, en raison de la nature des institutions qui ont l'intention d'utiliser ces mesures, la détection ne peut être véritablement mise en œuvre que lorsque des signes d'échec sont déjà visibles. Cependant, l'aspect invisible peut être plus profond. Par conséquent, afin de

[602] Art. 157 al. 1 de l'AUSCGIE.
[603] Voir Art. 155 de l'AUSCGIE.
[604] Voir Art. 157 et 158 de l'AUSCGIE.

mieux comprendre les signes tangibles et intangibles de difficultés pouvant affecter l'entreprise, il est nécessaire d'améliorer définitivement le système.

C. L'exercice d'alerte proprement dite

L'exercice ou la mise en œuvre de l'alerte varie selon qu'on est en présence du commissaire aux comptes, ou des actionnaires (**1**). Cela n'exclut pas la mise en cause de la responsabilité du commissaire aux comptes (**2**).

1. La conduite de l'alerte par le commissaire aux comptes

L'exercice de l'alerte par le commissaire aux comptes, est prévu et bien structuré par les articles 153 à 156-1 de l'AUSCGIE. Le caractère confidentiel de la procédure lui donne une certaine authenticité et une efficacité limitée[605]. Cependant, elle a pour objectif de déceler les faits pouvant entraîner la société dans une crise. Il est du devoir du commissaire aux comptes de s'approcher des dirigeants pour acquérir les informations au préalable. Si cette étape se révèle inefficace, le commissaire aux comptes est dans l'obligation de lancer l'alerte qui comprend trois phases[606].

- Une demande d'explication sur la situation ou le fait susceptible de compromettre la continuité de l'exploitation et cette demande est adressée au PDG, Président du conseil d'administration ou l'administrateur général, selon les cas. Le commissaire aux comptes se prononce après avoir analysé les documents qui lui ont été transférés par les dirigeants. Les dirigeants ou l'autorité concernée par cette demande est censée répondre par le même canal dans le mois qui suit la réception de la demande du commissaire aux comptes. La réponse est obligatoire et accompagnée des mesures à prendre[607]. S'il est satisfait de la réponse produite les autorités dirigeantes, alors il en reste à ce point. Au cas contraire, il passe l'étape suivante en provoquant une délibération.

- Cette phase donne plein pouvoir au commissaire aux comptes de convoquer le conseil d'administration, le PDG, selon les cas à se prononcer sur les faits relevés.

[605] SAWADOGO Filiga Michel, *OHADA, Droit des entreprises en difficulté, op. cit*., p. 33.
[606] À la lecture des textes français, ces phases sont plutôt au nombre de quatre. En effet, si au demeurant les décisions prises en assemblées ne permettent pas d'assurer la continuité de l'exploitation, le commissaire saisit le président du tribunal de commerce, qui place la société en observation, d'après la loi du 10 juin 1994 L. L. 1984, art. 34.
[607] Art. 155 de l'AUSCGIE.

Cette demande intervient 15 jours après la réception du conseil d'administration. Dans les 15 jours de la réception de la lettre du commissaire aux comptes, le président ou le président-directeur général convoque le conseil. Le commissaire aux comptes est appelé au conseil. Lorsque l'administration et la direction générale de la société sont assurées par le directeur général, celui-ci, dans le même délai, convoque les commissaires aux comptes à une réunion au cours de laquelle il rend son verdict sur les faits constatés. Si le commissaire n'est pas satisfait de la réponse, il peut passer à la classe supérieure en établissant un rapport aux actionnaires.

- En dépit des mesures prises, si le mal persiste, le commissaire aux comptes établit un rapport spécial à l'endroit des actionnaires d'une manière générale. Il peut aussi présenter ce rapport à la prochaine AG des actionnaires ou en cas d'urgence, il convoque lui-même l'AG des actionnaires pour leur soumettre ses conclusions. À ce niveau, l'impact serait considérable parce que les difficultés que traverse la société sont portées à la place publique (AG des actionnaires). À cette AG, le commissaire lui-même établit l'ordre du jour[608]. « Il convient de remarquer que le devoir d'alerte qui incombe au commissaire aux comptes le conduit à faire apprécier la gestion de la société. Il y a là une dérive de ses fonctions de contrôle des comptes vers la surveillance de la gestion[609]. C'est ce qui explique que l'importance de sa mission implique que sa responsabilité civile puisse être engagée, celle des dirigeants n'étant pas en reste ».

7. La responsabilité du commissaire aux comptes

L'obligation du commissaire aux comptes de déclencher l'alerte est susceptible d'engager sa responsabilité en cas de manquement. De plus, ce dernier, en cas de non-déclenchement de l'alerte à temps, est responsable envers tous ceux qui subissent les conséquences d'une prise de contrôle. Toutefois, sous la seule obligation de moyens en principe, les actionnaires devront prouver leur faute et un lien de causalité la liant au préjudice qu'ils ont subi. C'est une hypothèse relativement simple.

La situation s'est compliquée lorsque le commissaire a amorcé ce processus. En outre, l'article 725 de l'AUSCGIE lui accorde une certaine immunité pour exercer des fonctions de

[608] Art. 156 de l'AUSCGIE.
[609] POUGOUE Paul-Gérard, ANOUKAHA François et NGUEBOU TOUKAM Jean, *op. cit*., p. 84.

police. Le paragraphe 2 de cet article prévoit toutefois que conformément à l'article 1er, le commissaire aux comptes n'est pas responsable des révélations d'informations ou de faits qu'il a faites dans l'exercice de ses fonctions.

Lorsque le commissaire déclenche une alarme alors que la continuité des opérations n'est pas vraiment compromise. Or, en vertu du droit commun, si ce dernier avait engagé cette procédure de mauvaise foi, sa faute aurait engagé sa responsabilité civile et justifié sa réparation judiciaire, et la prospérité de l'entreprise était quelque chose qu'il ne pouvait ignorer. Cela s'applique sans doute aussi s'il commet une erreur grave, s'apparentant à une tricherie dans l'évaluation d'une situation sociale préoccupante.

Malgré la protection du commissaire par les dispositions de l'AUSCGIE[610], son implication dans la procédure d'alerte peut aggraver sa responsable. Par conséquent, cette gravité peut être un moyen d'élargir le dispositif de protection des actionnaires minoritaires.

En principe, les alertes doivent rester secrètes le plus longtemps possible pour être efficaces. Cette exigence est souhaitable pour la sécurité de tous ceux qui ont un intérêt dans l'entreprise. Les alarmes sont toujours préjudiciables aux dirigeants et à la société[611]. Cela risque d'être préjudiciable à l'entreprise, car une fois le « réveil » retentit, il alimentera maladroitement les rumeurs ou attisera les concurrents. Elle peut également susciter des doutes chez les associés du cabinet quant à leur capacité future à faire face à leurs obligations. Ils voudront peut-être alors revoir leur relation avec l'entreprise. Cela peut se manifester sous la forme d'exigences exagérées de leur part ou, tout simplement, d'une volonté de rompre ces relations.

Pour toutes ces raisons, l'alerte est conçue pour rester au sein de l'entreprise, c'est-à-dire non divulguée en dehors des personnes directement concernées. À cet égard, les commissaires aux comptes doivent préserver la confidentialité des faits, comportements et informations dont ils pourraient avoir connaissance dans l'exercice de leurs fonctions[612]. En effet, les auditeurs sont des « confidents nécessaires » tenus de connaître des données dont la divulgation pourrait nuire à l'entreprise. Ils ont le droit de tout savoir, mais pas le droit de tout dire. En réalité, cependant, des informations relatives à l'alerte peuvent être connues de tiers

[610] Art. 725 de l'AUSCGIE.
[611] NGUIHE KANTE Pascal, « Réflexions sur la notion d'entreprise en difficulté dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA », in *Annales de la faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université de DSCHANG*, t. 5, PUA, 2001, p. 97.
[612] Voir art. 717 de l'AUSCGIE.

par inadvertance ou par erreur. Ce risque est accru, car les auditeurs craignent de prendre la responsabilité de ne pas déclencher l'alarme et agissent prématurément en cas de simple doute sur la véracité des informations dont ils disposent. À vrai dire, ils sont protégés dans leur devoir de vigilance, car ils ne peuvent supporter la responsabilité de divulguer les faits dont ils ont connaissance dans l'exercice de leurs fonctions[613]. Ainsi s'ils déclenchent l'alarme alors que la situation n'est pas compromise et que leur initiative intempestive est préjudiciable à l'entreprise, ils bénéficient d'une forme d'immunité.

Cependant, ces constats ne sont valables que pour certaines sociétés, de nombreux organismes sociaux proposés par l'OHADA se distinguant par l'absence de système d'alerte. Même dans ce cas, le principe de neutralité ne peut être respecté lorsque les dirigeants nomment eux-mêmes les commissaires aux comptes.

L'influence des dirigeants sur la nomination d'un ou des commissaires aux comptes n'est pas propre au droit OHADA. Les commissaires aux comptes, même s'ils sont nommés en vertu des statuts de la société, sont nommés pendant la vie de la société par l'assemblée générale ordinaire des actionnaires[614]. Les commissaires aux comptes sont nommés dans les mêmes conditions de forme que les législateurs OHADA[615]. Plus précisément, ces commissaires ou autres seraient ainsi nommés indirectement par le gestionnaire. C'est à ce niveau que se pose la question de l'indépendance, puisque l'Assemblée générale est majoritairement composée de dirigeants[616]. Cela ne fait que solidifier la proposition du dirigeant. Évidemment, dans ce cas, le principe de neutralité ne peut être respecté.

De ce point de vue, les dirigeants se désignent eux-mêmes comme leurs contrôleurs de manière détournée. En conséquence, l'efficacité du mécanisme de l'alerte sera compromise, car les commissaires seront constamment influencés par ceux qui les nomment. Cette situation est

[613] Voir Art. 725 al. 2 de l'AUSCGIE.
[614] Art. 703 et s. AUSCGIE
[615] L'article 376 de l'AUSCGIE précise que seules les sociétés à responsabilité limitée disposant d'un capital supérieur à 125 millions (125 000 000) de francs CFA ou réalisant un chiffre d'affaires annuel supérieur à deux cent 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. En dehors de ces hypothèses, les SARL ne sont pas astreintes à cette formalité, pas plus que les autres sociétés de personnes. Autrement dit, l'alerte du commissaire aux comptes ne s'applique qu'aux sociétés et organismes qui détiennent obligatoirement un commissaire aux comptes. Au Burkina Faso par exemple, le décret n° 2016 314/PRES/PM/MJDHPC/MINEFID/MCIA portant modification du décret n° 2014-462/PRES/PM/MJ/MEF/MICA du 26 mai portant fixation des dispositions nationales applicables à la forme des statuts et au capital social pour les SARL au Burkina Faso fixe à 5 000 f le capital social minimum de la SARL.
[616] ALGADI Aziber Seïd, *Perfectible droit contribution à la réforme du droit OHADA,* Mannheim, EUE, 2010, p. 44.

plus susceptible d'être défavorable aux entreprises soumises aux lois OHADA. Nous savons qu'ils sont plus fragiles et vulnérables, non seulement à cause des troubles politiques récurrents, mais aussi à cause des effets néfastes de la crise économique mondiale. Ce problème est donc plus susceptible de se poser dans la zone OHADA qu'en France, où la plupart des sociétés sont bien organisées, mieux réglementées et régulièrement contrôlées. Ce n'est pas nécessairement le cas pour les entreprises de la zone OHADA, où l'informalité des entreprises reste élevée. Outre l'enjeu de l'indépendance des commissaires aux comptes, la crédibilité de l'OHADA est aussi un gage d'attractivité pour les investisseurs internationaux, qui est aussi un enjeu sur la ligne de mire. Même si, comme l'affirme la doctrine, cette indépendance n'est pas une fin en soi, elle contribue à assurer que les sociétés sont effectivement garanties contre la pénibilité[617]. Un auteur, qui s'interroge également sur le respect du principe d'indépendance des commissaires, conclut avec pessimisme que « le problème semble être la quadrature du cercle »[618]. Comme pour les pays de la zone OHADA, le respect de ce principe est un gage de leur compétitivité et de leur performance. Comme il est le premier juge des comptes, le commissaire aux comptes doit inspirer à chacun une certaine confiance[619]. Il doit être propre. Certes, le renforcement de l'indépendance des commissaires aux comptes peut garantir le bon fonctionnement du contrôle des comptes sociaux et assurer la sincérité et la régularité du contrôle, ce qui est dans l'intérêt de toutes les parties prenantes liées à la vie de l'entreprise[620].

Mais la question de l'assignation doit être revisitée pour que les personnages puissent remplir leurs fonctions sans pression ni responsabilité. L'idée de nominations judiciaires déjà envisagée dans la doctrine peut constituer une solution même si elle a été écartée, car les commissaires aux comptes jugent une telle solution contraire au caractère libéral de la profession[621]. L'on espère que les commissaires aux comptes, en l'absence d'une telle indépendance, pourront mener à bien leur mission comme l'exige le code de déontologie qui régit leur profession. L'efficacité de la prévention et de la détection s'en trouverait certainement renforcée, même si le rôle des partenaires, bien qu'ils reconnaissent leur droit à la vigilance, n'empêcherait pas qu'ils soient aussi négligeables en matière d'alerte.

---

[617] Code de déontologie et indépendance des commissaires aux comptes. Disponible sur le site : www.legifrance.gouv.fr.
[618] BOULOC Bernard, *Le renforcement de l'efficacité des contrôles effectués par les commissaires aux comptes, Rev. Des sociétés,* 2003, p. 807.
[619] Aziber Seïd ALGADI, *Commissaire aux comptes et prévention des difficultés des entreprises dans l'espace OHADA, Recueil Penant* 2010, n° 870-873, p. 5 et s.
[620] BARBIERI Jean-François, *L'indépendance des commissaires aux comptes devant le Conseil d'État, Revue BJS,* 1er juin 2006, n° 6, p. 711.
[621] ALGADI Aziber Seïd, *Perfectible droit contribution à la réforme du droit OHADA, op. cit.,* p. 45.

Les pouvoirs dévolus au commissaire dans l'arsenal juridique de l'OHADA, notamment en matière d'actions collectives, sont déterminants pour déclencher le processus d'alerte. Cependant, cela ne signifie pas qu'il n'est pas nécessaire de renforcer la force de cette agence de test.

Le commissaire aux comptes bénéficie toujours de certains privilèges qui lui permettent d'exercer la mission de contrôle des comptes de la société. Il a donc droit à une information similaire à celle des actionnaires légalement reconnus[622]. Il doit également disposer de pouvoirs d'enquête.

Cependant, ces privilèges ne semblent pas adaptés à la nouvelle mission de vigilance de l'OHADA. À la lecture des dispositions des articles 150 et 153 de l'AUSCGIE, il ressort que les commissaires aux comptes ne sont pas tenus de rechercher systématiquement les faits alarmants. Il doit se limiter aux conclusions auxquelles il parvient dans le cours normal de ses fonctions. Tout porte à croire qu'il ne dispose pas dans cette affaire de pouvoirs d'enquête clairs qui lui permettraient de devancer les signes avant-coureurs de l'alarme. Cependant, la société contrôlée doit être une maison transparente pour lui. Cela signifie que rien ne l'empêche d'accéder aux informations qu'il recherche. Aujourd'hui encore en France, il peut continuer à étudier les comptes de personnes physiques ou morales indépendantes de la société contrôlée, mais ayant un intérêt connexe. C'est le cas, par exemple, des sociétés qui forment des groupes avec des sociétés contrôlées[623]. Reconnaître ce privilège à ce niveau conduira certainement à de meilleures performances.

8. Le déclenchement de la procédure par les actionnaires

La mise en œuvre des procédures de rappel aux actionnaires est réglementée par l'Acte uniforme. Lisez cet article, un seul mécanisme est fourni.

Aussi, conformément à l'article 158 de l'Acte uniforme, tout actionnaire peut s'adresser chaque exercice social au Président du Conseil d'Administration, au Président-Directeur Général ou au Directeur général, selon le cas, sur tout fait de nature à compromettre la continuité des opérations dans une société anonyme. Communiquer la réponse à l'auditeur. Les

[622] 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. En plus, ils doivent également être convoqués aux réunions du conseil d'administration s'il en existe.
[623] Les procédés modernes de gestion multiplient les relations entre sociétés d'un même groupe. Voir GUYON Yves, *Droit des affaires, op. cit.,* p. 381 et s.

responsables de l'entreprise répondent par écrit aux questions soulevées dans un délai d'un mois. Dans le même délai, il adresse copie des questions et réponses au commissaire aux comptes.

Contrairement aux actions alarmantes des sociétés autres que les sociétés anonymes, qui doivent poser leurs questions par écrit, le législateur ne semble pas avoir mis particulièrement l'accent sur la forme que devraient prendre les questions. L'article 158 de l'AUSCGIE nous permet d'affirmer que ces questions devraient faire l'objet d'un écrit. Mais on ne peut s'empêcher de se demander si les questions verbales sont de mise, ce qui nous semble plus pratique et laborieux, même si on les réprimandait par manque de jugement sur la situation de l'entreprise.

Une lecture attentive de l'Acte uniforme peut en déduire que la question n'est posée qu'en assemblée générale des actionnaires, c'est-à-dire deux fois par an, lorsque la situation de la société nécessite une réaction à des sollicitations sensibles. Cela signifie qu'offrir aux actionnaires la possibilité (si elle est bénéfique) de poser des questions aux dirigeants reste incomplet comme beaucoup d'autres mesures qui vont à l'encontre d'une véritable protection des actionnaires.

Mais en même temps, force est de constater que, contrairement au droit français, le droit OHADA ne semble pas limiter l'exercice de cette mesure à une quelconque partie du capital détenu. Néanmoins, la mise en œuvre d'actions précoces judiciaires ou non judiciaires - conduit souvent à la découverte de nombreuses erreurs commises dans la gestion ou le contrôle des sociétés commerciales. Ces derniers seront alors sanctionnés par des poursuites en responsabilité contre les différents contrevenants.

Les actionnaires minoritaires n'interviennent dans l'identification des difficultés de l'entreprise que de manière limitée et sélective. Cependant, ils semblent plus intéressés par la survie de l'entreprise que d'autres intérêts particuliers, car ils sont sur une base sociale. Avec cette qualité, ils doivent pouvoir exercer un contrôle permanent sur la gestion des unités économiques dont ils sont les principaux soutiens. Difficile donc d'imaginer que leur pouvoir d'alerte soit limité à deux appels aux managers pour une explication par exercice. Par conséquent, les partenaires sont tenus d'exercer leur droit de prudence lorsqu'ils découvrent des faits susceptibles de nuire à la bonne marche des affaires. La solution augmente leur contrôle, leur permettant de mieux surveiller la santé économique et financière de l'entreprise.

Cela ne semble pas poser de difficultés, surtout si cela s'accompagne de mesures fortes destinées à l'entourer d'un plus grand secret.

De même, à défaut d'augmenter la probabilité d'une alerte, nous pouvons simplement solidifier la situation existante. Dès lors, on peut d'abord obliger l'actionnaire à exercer son droit de vigilance dès que le fait de la compromission est découvert. Le problème ici est le caractère facultatif de la suppression de leurs droits de rappel. Avec cette mesure en place, il est certain que les actionnaires mettront davantage l'accent sur la prévention si la négligence dans ce cas est punie. Évidemment, cette solution profite à tous, puisque le bon fonctionnement de l'entreprise conduit in fine à la satisfaction de tous les intérêts concernés[624].

Les associés peuvent alors se voir attribuer les mêmes pouvoirs que les commissaires aux comptes en matière d'alerte. Dès lors, leur rôle ne se limitera plus à des questions écrites, les réponses seront transmises aux auditeurs. Selon cette logique, il leur serait possible d'approcher le président et de lui demander de faire examiner par le conseil les faits en question. Dans ce cas, ils peuvent également être habilités à convoquer une assemblée générale si la situation continue de se détériorer. Bref, tout le dispositif d'alerte dévolu aux auditeurs peut être étendu aux partenaires pour mieux appréhender les difficultés de l'entreprise.

Paragraphe 2 : La reconnaissance du droit d'alerte au salarié : un moyen efficace

L'atténuation du pouvoir des dirigeants sociaux passe par les privilèges des personnes identifiées comme personnes morales collectives. Cependant, l'analyse de la participation de l'AUSCGIE montre que les actions des salariés sur la gestion des SA sont limitées et insuffisantes du fait de l'individu (**A**). On est donc en droit d'affirmer qu'une telle participation ne pourra jamais faire du salarié un actionnaire formel, puisque les participations en sa faveur ne sont pas tant un véritable outil de son insertion dans la société qu'un faux (**B**).

A. La relative efficacité de la participation des salariés

La participation des salariés à la gestion doit conduire à la reconnaissance d'un droit à l'information élargi, matérialisé par la capacité d'évaluer les documents financiers et comptables de l'entreprise et de participer efficacement à la prise de décision collective afin de

[624] L'intérêt de l'entreprise englobe en effet tous les autres intérêts que ce soit ceux des créanciers, des salaires, des dirigeants, etc.

maintenir la continuité des activités sociales. Vu sous cet angle, la participation instaurée par l'Acte uniforme souffre d'une critique majeure : celle d'être limitée plutôt que concluante (**1**). Si ce reproche est justifié en temps normal, il doit être tempéré en temps de crise lorsque les salariés reviennent au centre de l'attention du législateur OHADA (**2**).

1. La limite inhérente à la participation

La participation des salariés à la direction doit conduire à la reconnaissance d'un droit à l'information élargie. De la combinaison de l'article 417 et de l'article 426 AUSCGIE, il ressort que les salariés n'ont accès à la direction ou du moins à la direction de l'entreprise que si les textes de bases les permettent. Même si cette participation s'avère possible, elle doit répondre à un certain nombre de conditions moins contraignant.

L'insatisfaction à l'égard de la participation des salariés au contrôle de gestion a sans doute quelque chose à voir avec un certain dégoût pour les formes de cogestion chez les législateurs OHADA. Cela peut justifier la règle limitant la proportion d'employés (salariés) et l'autorisation préalable des textes de base.

Difficile dès lors d'imaginer que les actionnaires accepteraient volontiers d'introduire une clause destinée à favoriser la participation de non-actionnaires, qui seront à l'origine de troubles divers. Si l'on s'accorde généralement à dire que le droit n'est pas donné, mais on l'arrache, la mise en place de l'actionnariat salarié dans l'espace OHADA sera toujours difficile et laissée au bon vouloir des actionnaires.

Par le biais de la participation volontaire, le législateur laisse aux actionnaires le soin d'organiser la participation des salariés. Elle repose sur l'idée qu'il est inconcevable que la participation fasse toujours l'objet d'une loi[625]. Cependant, l'admissibilité de la participation volontaire a fait l'objet de débats juridiques dans les pays où elle a été introduite. Le caractère volontaire implique la capacité de refuser. Le refus de participer relève généralement de la témérité de l'actionnaire, fondée sur l'idée que rien ne peut être fait collectivement avec l'adversaire de classe. Dans ces conditions, comment les actionnaires pourront-ils poursuivre cette participation, qui s'avère être une arme contre eux-mêmes, sans aucune contrainte ?

[625] HOPT Klaus, « Appréciation des propositions sur l'harmonisation des législateurs sur la participation des salariés dans les communautés européennes », *RTD.com*. 1981, p. 407.

La cogestion[626] est le moyen idéal et parfait pour les travailleurs de participer à la gestion d'une entreprise. En effet, les travailleurs peuvent siéger en nombre égal avec les actionnaires et prendre des décisions collectives à titre consultatif. L'AUSCGIE prévoit non seulement la participation volontaire[627], mais également les minoritaires. En effet, le nombre prévu d'employés au sein du conseil est d'un tiers des membres du conseil. Allez au-delà des réalisateurs. Quel pourcentage du pouvoir décisionnel est exercé par les participants et comment faut-il comprendre cette attitude du législateur ? Certes, l'influence des administrateurs rémunérés se limitera à faciliter le contrôle des gros actionnaires. De plus, dans cette « règle des tiers », on peut aussi voir la position prise par les législateurs dans la lutte entre technocrates et capitalistes[628]. Au fond, la « règle des tiers » semble faire écho aux soucis de respect de la hiérarchie. Il s'agit d'éviter que le président-directeur général (PDG) ne soit dominé et renvoyé par un conseil d'administration dominé par les employés qu'il dirige[629].

On peut en effet être sûr, sans risque d'incompréhension, que dans l'esprit des rédacteurs de l'AUSCGIE, une entreprise est vue comme une organisation économique et humaine dont l'objectif est de produire, vendre des biens et des services, n'ayant pas droit à la société anonyme. À défaut, la participation des salariés doit se concrétiser par des instruments juridiques appropriés, en l'occurrence une instance représentative[630], véritable organe de contrôle destiné à attirer l'attention des dirigeants sociaux sur la situation économique et financière de l'entreprise. Cela s'inscrit dans le cadre de l'amélioration continue des informations[631] d'exploitation de l'entreprise par les partenaires sociaux.

Le législateur OHADA reconnaît le droit de rappel aux actionnaires et aux commissaires aux comptes. Toutefois, ce mécanisme de « bannière claire » constitue un exercice de privilège relatif à la gestion normale de l'entreprise. De ce point de vue, les employés qui s'intéressent davantage à la survie au travail devraient l'intégrer à leur propre engagement[632]. Cependant, ce n'est pas le cas. Le droit de révocation a donc vocation à déclencher des discussions au sein de

[626] « C'est la gestion de l'entreprise exercée en commun par le chef d'entreprise et les représentants des salariés et qui implique pour ces derniers le pouvoir de participer aux décisions, avec voix délibérative, sans nécessairement être actionnaires », *Lexique des termes juridiques*, 12e éd. Dalloz.
[627] Art. 417 de l'AUSCGIE.
[628] *Ibidem*.
[629] PAILLUSSEAU Jean, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise,* Sirey, 1967, p. 229
[630] GNOM Wivao, *La participation des salariés à la vie de l'entreprise au Togo,* Mémoire de Master, Université du Bénin, 1991.
[631] Article 61.13 du Code de travail ivoirien (CTI).
[632] BURNET André et GERMAIN Michel, « L'information des actionnaires et du comité d'entreprise dans les sociétés anonymes depuis les lois de 1982, 1984, 1985 », *Rev. Sociétés*, 1985, p. 1.

l'entreprise dans le but d'apprécier au plus juste les difficultés[633] rencontrées ou imminentes et, après discussion, de proposer les solutions les plus appropriées.

Dès lors, l'exercice du droit d'avertissement doit signifier intervention dans la gestion de l'entreprise. Il est donc raisonnable de supposer que le législateur de 1998 a entendu les salariés ou leurs représentants de la gestion de l'entreprise en déléguant entièrement ce pouvoir aux commissaires aux comptes et aux actionnaires. Dans ce cas, pourquoi envisageriez-vous d'accorder ce privilège à un employé ?

La reconnaissance du droit d'alerte aux salariés et leur représentation doit s'inscrire dans la volonté du législateur à leur accorder plus de pouvoir dans la gestion transparente de la société. Les organismes représentatifs de la communauté du travail doivent être impliqués dans la recherche de solutions pour éviter les difficultés qui pourraient affecter la continuité des activités, ce qui constitue un risque majeur pour l'emploi.

Pour certains acteurs, il s'agit d'éviter de mettre les armes contre le capital organisé entre les mains des salariés, c'est-à-dire contre la société. L'exclusion des travailleurs du processus de dénonciation découle de la crainte qu'ils en fassent un usage inapproprié, ce qui porterait atteinte à la crédibilité de l'entreprise[634].

De plus, d'autres ont expliqué que les représentants du personnel auraient des difficultés à évaluer les documents, leur permettant de souligner les risques pour la continuité des activités qu'ils souhaitaient protéger. Ces critiques semblent excessives. Certes, à terme, ce nouveau privilège pourrait modifier certaines pratiques liées à la véritable représentation des salariés dans ces institutions[635]. Il est également vrai que le droit d'avertissement rendra le fonctionnement de l'entreprise transparent et surtout évitera les difficultés de la société.

Sinon, à quoi bon reconnaître la place d'élection d'un salarié dans le programme de relance d'une entreprise alors que l'urgence est justement de l'engager dans la prévention des actions qui ouvrent la porte à une crise ?

9. Une information renforcée

[633] JEANTIN Michel et LE CANNU Paul, *Droit commercial : Instrument de paiement de crédit ; entreprise en difficulté,* Dalloz, 5e éd., 1999, p. 286.
[634] SAWADOGO Michel Filiga, *Droit des entreprises en difficultés,* Bruylant, 2002, p. 39.
[635] STURMTHAL Adolf, *La participation ouvrière à l'Est et à Ouest,* Économie et Humanisme, 1967, p. 251.

Les législateurs ont refusé aux employés la possibilité d'afficher des panneaux et des feux clignotants pour prévenir et détecter les difficultés commerciales. Si la participation du salarié n'est pas déterminante dans la solution préventive, elle sera relancée dans la procédure intervenue après l'arrêt de paiement.

Cet engagement s'observe aussi bien au stade de l'application qu'au stade de la mise en œuvre des solutions préventives.

La décision d'adopter un règlement conservatoire est un acte de gestion qui relève de la compétence exclusive du président du conseil d'administration ou du président-directeur général[636]. Il ne peut en faire la demande que si l'entreprise connaît des difficultés juridiques, économiques ou financières ou n'est pas en mesure de subvenir à ses besoins par un financement adapté aux possibilités de l'entreprise[637].

Dès lors, la question se pose de savoir si le gérant est tenu, exigeant une résolution préventive, d'informer ou de consulter l'organisme représentant le salarié. La question est d'autant plus poignante en raison du silence de l'Acte uniforme. Toutefois, ce silence ne doit pas être interprété comme excluant la consultation ou la notification des représentants des salariés. Bien qu'aucune consultation préalable ou information du salarié ne soit expressément prévue dans la demande de paiement, son déroulement peut nécessiter la présence active du salarié.

Le processus de résolution préventive. Rappelons qu'une demande de règlement aboutit à la remise d'une proposition d'un concordat[638], ce qui peut entraîner une restructuration profonde de l'entreprise pouvant aller jusqu'au licenciement. Afin d'établir des rapports sur la situation de l'entreprise et d'offrir des perspectives de redressement, les experts nommés par le juge peuvent recueillir des communications des représentants du personnel sur les informations économiques et financières de l'entreprise[639].

Cependant, la question de l'implication directe du personnel SA dans la résolution préventive s'est posée. Légalement, rien n'empêche un salarié d'accepter personnellement une réduction de salaire ou de bénéficier d'une réduction d'allocations, ou de s'engager dans le

[636] Art. 5 de l'AUPCAP.
[637] JEANTIN Michel et LE CANNU Paul, *op. cit.*, p. 310.
[638] Art. 7 de l'AUPCAP.
[639] Art. 12 al. 2 de l'AUPCAP.

cadre du cumul préventif pour un délai n'excédant pas un an[640]. Mais dans la pratique, les incohérences dans le fanatisme et les récompenses rendent de telles hypothèses très rares. Par conséquent, les employés ne doivent accepter aucune remise ou imposer des délais qu'ils n'ont pas acceptés.

Par ailleurs, la décision de suspendre les poursuites individuelles ne s'applique pas aux salariés[641] alors même que les recours collectifs organisés par l'Acte uniforme ont pour objet de protéger l'entreprise contre l'obtention d'une indemnisation au détriment de la violation des droits des créanciers. Cela ne diminue pas leur rôle croissant après l'arrêt des paiements.

Dans ce contexte, le maintien de l'activité et de l'emploi est un objectif principal. L'emploi, à ses niveaux individuel et collectif, apparaît comme un véritable intérêt juridique et bénéficie de protections spécifiques. Ainsi, il n'est pas surprenant que les salariés soient effectivement présents dans le processus de redressement judiciaire ni qu'ils aient une position élective dans l'intérêt désintéressé des créanciers en cas de liquidation des biens.

Les législateurs de la loi uniforme ont voulu faire du salarié le véritable organe du processus collectif. Il est vrai qu'il ne s'agit pas d'un organe obligatoire, et son absence nuirait au bon déroulement de la procédure, puisque sa désignation parmi les trois contrôleurs relève de l'appréciation du juge-commissaire. Compte tenu du silence du texte, le représentant du personnel (représentant du salarié) réputé obligatoirement faire partie du responsable du traitement sera nommé représentant du personnel, en l'occurrence, représentant du personnel. Il doit donc bénéficier d'un système de protection contre le licenciement, similaire à celui des représentants du personnel.

Les représentants des salariés dans les procédures collectives sont des contrôleurs. À ce titre, il assiste le juge-commissaire dans sa mission pour l'intérêt social. En outre, il fournit des documents et des informations qui aident à la vérification et à la détermination des créances salariales. Cette participation active des salariés à travers leurs représentants se retrouve également dans le contexte neutre des créanciers dans leur position privilégiée. En l'absence d'un système de garantie de paiement comme l'AGS française, les salariés de l'espace OHADA bénéficient d'un traitement préférentiel pour le remboursement de leurs dettes dans le cadre de la liquidation des dettes de l'entreprise.

[640] Art. 15-2 al. 2 de l'AUPCAP.
[641] Art. 9 al. 3 de l'AUPCAP.

Innovation majeure de l'Acte uniforme, ce super-privilège vise à garantir une part incessible et insaisissable du salaire et accorde une position de choix par ordre de préférence, selon la nature des biens exécutés. Il s'agit d'un privilège qui n'a pas besoin d'être publié au RCCM. Les employés viennent donc en second lieu après les créanciers pour les frais juridiques dans la distribution des fonds pour la construction de bâtiments. Compte tenu de cet avantage, l'accusation selon laquelle le législateur OHADA n'est pas favorable à la protection des salariés doit être tempérée. Par conséquent, nous pouvons être sûrs que le rôle des employés ne se posera que lorsque leurs difficultés économiques, financières et juridiques surgiront. On se demande pourquoi le législateur ne permet pas aux salariés d'intervenir dans la gestion normale en alertant les dirigeants de la société sur des comportements susceptibles de compromettre la continuité de l'exploitation, bref l'exercice de la prérogative reconnue aux actionnaires.

C'est juste que, même dans les cas où ils veulent promouvoir une participation effective des salariés, les législateurs l'ont contournée en établissant une équité substantielle.

B. Une forme atténuée d'actionnariat

Que le prolétaire soit le patron et que l'agent de change soit l'ouvrier, c'est la vieille lune qui mène la vie dure[642]. C'est ce que le législateur OHADA a tenté de corriger, sans succès, à l'article 640 de l'AUSCGIE. Au prix de la destruction de l'économie générale des capitaux propres, elle énonce que des actions sans droits seront distribuées aux salariés (**1**) dont le régime juridique n'est pas clair (**2**).

[642] Commentaire de l'ordonnance du 21 octobre 1986 relative à l'intéressement, à la participation et à l'actionnariat des salariés, BJS oct. 1987, n° 10, p. 765. L'art 3 de la loi n° 86-793 du 2 juillet 1986 a autorisé à prendre, par ordonnance les mesures nécessaires au développement de la participation des salariés au capital et aux résultats de l'entreprise et notamment à modifier les dispositions du Code du travail et du Code général des impôts à l'intéressement, à la participation et à l'actionnariat. Tel est l'objet de l'ordonnance n° 86-1134 du 21 octobre 1986, complétée par le décret n° 87-544 du 17 juillet 1987.

1. L'absence des prérogatives visant la détention d'actions dans l'AUSCGIE

La spécificité de l'actionnariat est de permettre aux actionnaires de participer à la vie et aux résultats de l'entreprise, qu'ils soient cotisants ou non. Toutefois, en vertu du droit OHADA, les salariés actionnaires de la SA se voient interdire définitivement et de force l'usage de leurs actions, qui n'ont droit ni au dividende ni au droit de vote. Les dividendes sont la quote-part de la société dans les bénéfices distribués aux associés à la fin de l'exercice sur la base des délibérations de l'Assemblée Générale[643].

Les droits aux dividendes sont un droit des actionnaires qui doit être compris. Cela ne signifie pas que l'actionnaire est en droit de réclamer chaque année la partie des bénéfices qui lui est attribuée, mais seulement qu'il ne peut être indûment privé des bénéfices et des réserves[644].

Toutefois, l'Acte uniforme exclut expressément le droit de distribuer des dividendes sur les actions rachetées par la société pour distribution aux salariés[645]. Si l'on considère que ce texte est plus proche de l'esprit du texte français[646] dans lequel les organismes distribuent des actions gratuites aux salariés, il se distingue par la suppression des droits pécuniaires attachés à la détention de ces actions. Ainsi, le salarié n'a aucun droit aux bénéfices générés par ses actions dans la société, aucun droit de préemption lors d'une augmentation de capital (et donc aucune possibilité d'augmenter sa participation), et même les actions sont incluses dans le boni de liquidation en cas d'éventuelle dissolution.

En principe, les salariés qui acquièrent des actions de l'entreprise deviennent des actionnaires avec des droits fondamentaux, à savoir conserver les droits d'associés, c'est-à-dire entrer dans l'entreprise et, surtout, exercer le droit de vote. Seulement, l'article 542 AUSCGIE le prive expressément de cette faculté[647]. Cette exclusion du droit de vote constitue une perversion du principe sacro-saint du droit des sociétés « à capital égal, vote égal ».

---

[643] GUINCHARD Serge et DEBARD Thierry (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 29e éd., 2021-2022, p. 382.
[644] Paris, 8 octobre 1993, *RTD com.* 1994, p. 58, note CHAMPAUD Claude et DANET Didier.
[645] Art. 640 al. 7 de l'AUSCGIE.
[646] VASSEUR Michel, « Loi du 24 octobre 1980 créant une distribution d'actions en faveur des salariés des entreprises et les principes du droit français », *Dalloz* 1981, chr. p. 64.
[647] Art. 542 de l'AUSCGIE : « les actions rachetées par la société conformément aux dispositions de l'article 639 et suivant ci-après sont dépourvues de droit de vote. Il ne peut en être tenu compte pour le calcul du quorum ».

Certes, l'attitude du législateur est compréhensible, puisque les salariés actionnaires sont simplement détenteurs d'actions qui sont toujours la propriété de l'entreprise. Dans ce cas, on peut dire que l'employé appartient à d'autres[648]. Ainsi détenteur volatil des actions qui lui sont attribuées, le salarié ne peut ni les utiliser (en exerçant le droit de vote) ni en jouir (en bénéficiant du droit à l'information) ni même en disposer dès lors qu'elles sont indisponibles et non négociables. Vu sous cet angle, il est tentant de voir dans cette acquisition inutilisable d'actions le cadeau d'un capitalisme troublé qui doute de lui-même et veut « se disculper ou disculper les pouvoirs publics »[649]. Le législateur souhaite encadrer l'actionnariat salarié dans une proportion raisonnable, contribuant ainsi à la diversification et à des formes d'actionnariat inédites détenues par les salariés.

10. La spécificité de l'actionnariat salarié

Il existe plusieurs catégories d'actions attribuées, selon la forme, la nature de l'apport représenté ou l'étendue des droits conférés[650]. Une action peut appartenir à plusieurs catégories. C'est le cas des actions détenues par les salariés au nominatif. Toutefois, compte tenu des droits conférés, ils ne font pas partie des actions de jouissance[651]. Bien qu'ils ne donnent pas droit au dividende, ils conservent le droit de vote.

Il y a lieu de se questionner sur la nature des actions, qui n'offrent ni droit de vote ni droit aux dividendes, et qui ne seront jamais disponibles pour leurs détenteurs ?

Juridiquement, la SA est une société de capitaux dont les actions sont en principe librement négociables. Cela signifie que, sauf clause d'agrément ou de préemption, les titulaires de ces actions sont libres d'en disposer en les vendant. On voit ainsi le principe de la liberté remis en cause par le caractère infini de la forme nominative des actions détenues par les salariés, de sorte qu'ils ne peuvent jamais les acquérir. Ce sont donc des actes inaliénables. Cependant, les règles sur la non-négociabilité des biens ne sont valables que s'ils sont temporaires et s'il existe la preuve d'un intérêt légitime et sérieux[652]. Dans ce cas, les actions détenues par les salariés sont juridiquement incessibles, bien entendu dans l'intérêt supérieur

[648] Art. 6632 du Code civil. « Quand on a commencé à posséder pour autrui, on est toujours présumé posséder au même titre, s'il n'y a pas preuve contraire ».
[649] VASSEUR Michel, *op. cit.*, p. 4.
[650] JEANTIN Michel, « Observations sur la notion de catégorie d'actions », *Dalloz* 1995, chr., p. 88.
[651] L'action de jouissance, par opposition à l'action du capital, est celle dont le montant nominal a été remboursé à l'actionnaire à la suite « d'un amortissement du capital ». Voir art. 653 de l'AUSCGIE.
[652] Art. 900-1 C. civ. V. Paris, 4 mai 1982, G. P. 1983, I, 152, APS.

de l'entreprise. Il empêche les employés de monétiser immédiatement leurs actions en facilitant les intrus dans l'entreprise[653]. En revanche, on ne voit pas pourquoi le législateur a jugé opportun de ne pas fixer de délai d'indisponibilité de ces actions.

Par ailleurs, l'action du législateur OHADA peut être comparée aux pratiques de travail qui existent dans les sociétés anonymes participatives de droit français[654]. Ces parts appartiennent à la propriété collective des salariés et constituent une société coopérative commerciale de service du travail. Ils sont caractérisés comme non transférables et non transférables pendant la période de participation du travailleur.

Finalement, on s'aperçoit que la prétendue promotion de l'actionnariat salarié issue de l'AUSCGIE est un mirage. L'impossibilité d'utiliser, de jouir ou de disposer de ses actions ne fait pas du salarié un emprunteur ou un détenteur, ni même un propriétaire des actions. De cette façon, les salariés n'ont ni les droits de propriété principaux ni les actions divisées. Ils deviennent des actionnaires anormaux et peuvent assumer des obligations sans leur consentement en raison du mode de répartition imprécis. « Ces actions ont été vidées ». Qui parmi les salariés peut détenir des actions de l'entreprise ? Si l'assemblée générale des actionnaires décide le rachat, comment organiser la répartition des actions entre les salariés ? Telles sont les questions que soulève l'implication des organismes de droit uniforme. Les actions rachetées sont en principe des « parts sociales »[655]. De ce fait, tout salarié d'une société disposant d'un contrat de travail valide ou en cours peut en être titulaire.

Ainsi, toutes les catégories de salariés sont concernées[656]. Cette idée est renforcée par l'indisponibilité des actions, qui n'est frustrée que si les salariés refusent expressément de ne pas participer à l'actionnariat. Avec l'accord de tous les salariés, la distribution des actions rachetées doit tenir compte de certains critères objectifs, tels que le sérieux, l'assiduité, la capacité de gestion ou encore l'ancienneté des salariés. Bien sûr, la prise en compte de ces critères peut exacerber les difficultés créées par l'incertitude du législateur.

Le silence de l'article 640 de l'AUSCGIE peut laisser la porte ouverte à tous les rapprochements fondés sur des critères subjectifs tels que la loyauté du salarié envers le

[653] Il faut préciser que bien souvent les SA en Afrique sont des sociétés fermées et caractérisées par un fort *intuitu personae*, ce qui contraste avec l'anonymat de la SA classique
[654] Ce type de société a été créé par la loi française du 26 avril 1917 qui a ajouté un titre VI à la loi du 24 juillet 1867 modifiée par celle du 24 juillet 1966.
[655] Car elles n'ont pas été rachetées que pur être attribuées aux salariés. V. art. 640 de l'AUSCGIE.
[656] Art. 417 et 426 de l'AUSCGIE.

dirigeant de l'entreprise. À défaut d'interdiction expresse, rien n'empêche que les actions rachetées ne soient réservées à un grand nombre de personnes, voire comme c'est le cas aux États-Unis, à une seule personne[657].

L'imprécision de la procédure d'attribution des actions aux salariés conforte ainsi l'idée que le statut des salariés dans la société dépend du bon vouloir des détenteurs du capital qui apparaissent comme les véritables propriétaires. Sans aucun doute, si nous reconnaissons les mérites des législateurs de l'OHADA dans la résolution du conflit de longue date entre le capital et le travail en faveur du capital, alors les mises à jour du droit des sociétés doivent reconnaître les intérêts classifiés au sein des sociétés.

Enfin, il faut rappeler que l'engagement des salariés dans les organisations de droit uniforme n'est pas cohérent. D'une part, il offre aux salariés la possibilité d'une cogestion d'actionnaires minoritaires au sein de l'instance dirigeante de la SA, avec peu de succès. En revanche, s'il prévoit la participation résiduelle du salarié par la détention d'une fraction des actions, il ne reconnaît aucun droit correspondant.

[657] MERCADAL Barthelemy et JANIN Philippe, *Droit des affaires : Sociétés commerciales*, Francis Lefèbvre, 2003, p. 972.

Chapitre 2 : L'application rigoureuse des sanctions consécutives aux investigations

À la suite d'une procédure d'alerte ou du rapport de l'expert, les actionnaires peuvent déclencher les hostilités envers tout contrevenant à leurs droits, notamment, mettre en jeu sa responsabilité, demander l'annulation des décisions jugées abusives, ou la nomination d'un administrateur provisoire. Dans cette perspective, le respect des prérogatives reconnues aux actionnaires est un impératif pour les dirigeants sociaux, la société commerciale étant créée dans l'intérêt commun des actionnaires[658]. Les dirigeants ne sauraient donc impunément abuser des investissements faits par les actionnaires. Mais ceux-ci ne sont pas les seuls à pouvoir porter atteinte aux droits des actionnaires. En effet, la jouissance des attributs de ces derniers peut être entravée aussi bien par les tiers que par d'autres actionnaires.

Le dirigeant social est l'organe suprême par qui passent la gestion et la bonne gouvernance de la société. En effet, il est amené dans le cadre de ses fonctions à prendre des décisions pour le compte de la société. Il doit donc agir avec professionnalisme afin d'éviter tout désagrément aux intérêts de la société et a ceux qui gravitent autour de la société, c'est-à-dire les associés et les tiers. Par conséquent, si une société anonyme est mal administrée, les dommages risquent d'être considérables pour les créanciers sociaux, les salariés et les actionnaires.

Ainsi, le dirigeant peut engager sa responsabilité lorsqu'il commet des fautes dans l'exercice de ses fonctions. Cette responsabilité n'est pas engagée sans motif, elle suppose la réunion de plusieurs éléments. La responsabilité des dirigeants sociaux est soumise à un régime général lorsqu'il s'agit d'une société in bonis (**Section 1**). Toutefois, cette responsabilité est soumise à un régime spécifique lorsque la société est en difficulté (**Section 2**).

[658] Art. 4 de l'AUSCGIE.

Section 1. Les sanctions applicables aux dirigeants sociaux

En droit, il existe un principe général qui pose qu'« être responsable c'est assumer les conséquences de ses actes et accepter d'en rendre compte »[659]. En effet, les dirigeants dans le cadre de leurs fonctions sont obligés, pour effectuer une bonne gestion de la société, de poser des actes et prendre des décisions. Une mauvaise administration de la société peut occasionner des préjudices considérables aussi bien pour les tiers, les associés que pour la société en tant que personne morale.

Les conditions de la responsabilité civile des dirigeants dans une société anonyme *in bonis* se perçoivent dans les règles qui organisent cette responsabilité à l'égard de la société (**Paragraphe 1**), mais également les règles à l'égard d'autres personnes (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : L'organisation de la responsabilité des dirigeants fautifs

Indépendamment de la responsabilité éventuelle de la société, les administrateurs et autres dirigeants sociaux sont responsables individuellement ou solidairement des dommages causés par leurs fautes[660]. Les dirigeants s'exposent à une responsabilité civile pour les fautes commises dans l'exercice de leur mandat social[661]. Cette responsabilité résulte du manquement au devoir de légalité (**A**). Elle est également la conséquence du manquement au devoir fiduciaire (**B**).

A. Une responsabilité résultant du manquement au devoir de légalité

Le devoir de légalité est l'obligation pour une personne d'agir en conformité avec les dispositions législatives. La responsabilité des dirigeants est donc engagée en cas de dépassement de l'objet social (**1**). Il en est de même en cas de violation des clauses statutaires (**2**).

1. La responsabilité pour violation des lois et règlements

Les conditions nécessaires pour la formation d'un contrat prévu par l'article 1108 du Code civil Napoléon sont aussi valables pour le contrat de société[662]. Selon l'article 19 de l'Acte

[659] NGOUE Willy James, « La mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants de sociétés anonymes en droit OHADA », *OHADATA. D-05-52.*
[660] BEIRA Marc Ehi, *Droit commercial : droit commercial général et droit des sociétés commerciales*, abc, 14e éd., 2016, 482 p., p. 351.
[661] POHE Denis., *Droit des sociétés commerciales et coopératives dans l'espace OHADA*, Bruylant, 2020, p. 283.
[662] BRAECKMANS Herman et R. HOUBEN, Handboek vennootschapsrecht, Anvers, Intersienta, 2012, p. 161.

uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique, toute société à un objet qui est constituée par l'activité qu'elle entreprend et qui doit être déterminée et décrite dans ses statuts. L'objet social définit l'activité choisie par la société.

L'article 1832 du Code civil Napoléon précise que cet objet est constitué par une entreprise commune des biens ou de l'industrie des associés, en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourrait en résulter. L'objet social est donc bien la cause de l'engagement des associés[663]. L'activité est définie au moment de la constitution de la société. Toutefois, la doctrine considère que l'objet en matière de société revêt un double sens[664].

Selon le premier sens, il vise les apports des associés[665]. Il s'agit de l'objet de l'apport ou de l'engagement des associés. C'est ce que l'associé s'est engagé à donner, faire ou ne pas faire[666]. Selon le second sens, l'objet désigne les activités projetées[667]. En effet, pour cette partie de la doctrine, la société fait naître une envie de travailler ensemble et présente pour les parties, une utilité qui dépasse la mise en commun des apports[668]. L'objet de la société, c'est donc l'activité économique que les associés se proposent d'exercer en commun[669].

C'est ainsi que, conformément au droit commun, l'objet doit être licite et avoir un caractère possible. L'objet est impossible si la prestation prévue ne peut être réalisée, que ce soit pour des raisons matérielles ou des motifs juridiques[670]. Établi dans les statuts, l'objet social apparaît comme une condition vitale au contrat de société. Nécessaire à sa constitution, l'objet social doit être respecté tout au long de la vie sociale par la société et son dirigeant. Cependant, il arrive fréquemment que l'acte ou le contrat conclu par le dirigeant pour le compte de la société dépasse l'objet social. Le dirigeant qui commet un dépassement de l'objet social statutaire

---

663 FENEON Alain, *Droit des sociétés en Afrique OHADA*, LGDJ, 2e éd., 2017, p. 93.
664 TILQUIN Thierry et SIMONART Viaf, *Traité des sociétés*, t. I, op. cit., 1996, p. 349 ; M. COIPEL, « Dispositions communes à toutes les sociétés », *Rép. Not*., t. XII, l. II, Bruxelles, Larcier, 1982, n° 57, p. 8
665 BRAECKMANS Herman et R. HOUBEN, Handboek vennootschapsrecht, *op. cit*., 2012, p. 161 ; COIPEL Michel, « Dispositions communes à toutes les sociétés », *op. cit*., 1982, p. 81.
666 GILCART Stéphane, « Les règles de constitution des SA, SPRL et SCRL », Guide juridique de l'entreprise, *Waterloo, Kluwer*, 2011, p. 26.
667 COIPEL Michel, « *Dispositions communes à toutes les sociétés* », *op. cit*., 1982, n° 57, p. 81.
668 TILQUIN Thierry et SIMONART Viaf, *op. cit.*, p. 350. Selon l'article 4 de l'AUSCGIE : « La société commerciale est créée par deux (2) ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat, d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature, ou de l'industrie, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui peut en résulter. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes dans les conditions prévues par le présent Acte uniforme ».
669 VAN RYN Jean et HENNEN Jacques, *Principes de droit commercial*, I, Bruxelles, Bruylant, 1976, n° 326.
670 WERY Patrick, *Droit des obligations*. *Précis*, Vol. 1, Bruxelles, *Larcier*, 2010, p. 253.

commet une faute[671]. Il peut s'agir de la conclusion d'un contrat qui ne rentre pas dans les critères de l'activité normale de la société.

Il arrive fréquemment que l'acte ou le contrat conclu par le dirigeant pour le compte de la société dépasse l'objet social. Dans ce cas, le dirigeant commettant un dépassement de l'objet social statutaire pourra être sanctionné en raison de cette violation statutaire qui est constitutive d'une faute. En d'autres termes, l'acte conclu en dépassement de l'objet social est inopposable à la société, laquelle ne sera donc pas tenue de l'exécuter. Le dépassement de l'objet social est donc un élément d'appréciation de la responsabilité des dirigeants sociaux dans le cadre de l'exercice de leur mandat. Certains auteurs voient ainsi dans l'objet social une protection des associés « contre les fantaisies aventureuses des dirigeants »[672]. En plus du dépassement de l'objet social, le dirigeant engage sa responsabilité lorsqu'il contrevient aux clauses statutaires.

11. La responsabilité pour violation des clauses statutaires

Les statuts de société représentent la pierre angulaire de l'entreprise. En effet, ce document renferme les principales règles de fonctionnement et d'organisation de la société[673]. Le faible nombre de décisions jurisprudentielles statuant sur la question de la violation des clauses statutaires refléterait-il le peu d'intérêt que suscite cette interrogation ? Ou au contraire, se pourrait-il qu'elle constitue une de ces zones d'ombres du droit des sociétés où les solutions proposées sont aussi rares que véritablement éclairantes[674] ? La loi étant silencieuse et les clauses statutaires multiples, la question de leur sanction est d'un grand intérêt aussi bien théorique que pratique.

La nature de la société, contrat et institution[675], explique pour une grande part les difficultés que soulève la question de la violation d'une clause statutaire. Les statuts reflètent cette dualité. Majoritairement, les articles qu'ils contiennent reproduisent des clauses types n'exprimant que des règles légales[676]. La loi impose en effet de faire figurer certaines mentions

---

[671] CCJA, chambre 3, arrêt n° 157-2018 du 18 octobre 2018, Issambi Bonnes Thierry François/Société d'électricité, de téléphone et d'eau de Gabon (SETEG) SA.
[672] COZIAN Maurice et VIANDIER Alain, *Droit des sociétés*, 3e éd., Paris, *LexisNexis*, 1991, p. 52, cité par TILQUIN Thierry, « La société privée et la société faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne. Évolutions récentes », *R.D.C.*, 1993, p. 124.
[673] NEGRE Faustin, diplômé de l'université Paris I Panthéon-sorbonne. Sous la direction de Pierre AIDAN, docteur en droit et diplômé de Harvard.
[674] BORNHAUSER-MITRANI Laurence, « La violation d'une clause statutaire », *LPA* 8 avril 1998, n° PA199804202, p. 11.
[675] *Ibidem.*
[676] *Ibidem.*

dans les statuts, notamment les apports de chaque associé, la forme de la société, son objet, son appellation, son siège, sa durée, le montant de son capital et les modalités de son fonctionnement. Néanmoins, le droit des sociétés laisse incontestablement une place au principe de l'autonomie de la volonté. Aussi, les statuts, sous réserve de ne pas violer la loi, peuvent accueillir la volonté des associés. Cela peut concerner le fonctionnement de la société par l'institution de règles que le législateur n'a pas envisagées.

En vertu de l'article 1134 du Code civil, les statuts ont une nature juridique assimilable à celle de la loi[677]. Il s'agit d'une hypothèse où les dirigeants ne se conforment pas aux dispositions statutaires régissant la société[678]. La notion de statuts renvoie aux statuts sociaux établis dans la société, mais aussi au préambule des statuts qui s'est vu conférer une valeur statutaire par un arrêt de la Cour de cassation rendu le 13 février 1996[679]. Cette obligation est une sorte de garde-fou contre les agissements excessifs susceptibles de fragiliser l'équilibre social de la société.

Cependant, il arrive que les associés contreviennent à ces prescriptions, ce qui pose alors le problème de la violation statutaire. Ainsi, la violation d'une clause des statuts d'une société peut être invoquée par un tiers. Par exemple, le locataire d'un bien appartenant à une société peut faire annuler le congé donné par le dirigeant social en se prévalant de la violation par celui-ci d'une clause statutaire limitant son pouvoir de résilier les baux.

La Cour de cassation a énoncé ce principe dans une affaire où un groupement était propriétaire de biens agricoles donnés en location et où son gérant avait délivré congé au locataire sans respecter la clause statutaire subordonnant la résiliation des baux à l'autorisation de l'assemblée des associés. La Cour déduit du principe ci-dessus que le locataire pouvait se prévaloir de la violation de cette clause pour invoquer le dépassement de pouvoir du gérant et faire annuler le congé[680].

Cette violation peut aussi trouver illustration lorsqu'il y a un dépassement d'autorité caractérisé, en cas de conflit d'intérêts, ou encore en cas d'augmentation de capital non autorisée. La violation des statuts est également caractérisée lorsque le dirigeant qui conclut un

[677] Article 1134 du Code civil : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites […] ».
[678] AKAM AKAM André et BAKREO Voudwé, *Droit des sociétés commerciales OHADA*, L'Harmattan, 2017, 745 pages, p. 194.
[679] Cass. com., 13 fevr. 1996, n° 93-19.654.
[680] Cass. 3e civ. 14-6-2018 n° 16-28.672 F-PB, Sté De Saint-Jean c/ de S. de B.

acte contraire aux statuts cause un préjudice à la société[681]. Tel est le cas lorsqu'un dirigeant méconnaît une prescription statutaire l'obligeant à obtenir exceptionnellement l'accord des associés pour accomplir un acte[682], ou sans l'autorisation des associés, promet d'acquérir un terrain en vue de la construction d'une usine alors que les statuts limitent ses pouvoirs aux affaires courantes de la société ne présentant aucun caractère exceptionnel[683].

Par ailleurs, la violation des statuts peut être volontaire, mais peut également être caractérisée du fait d'une négligence due à une mauvaise connaissance des statuts. Elle sera dans la plupart des situations, prononcée lorsque le dirigeant s'abstient de solliciter l'autorisation avant de conclure un contrat avec un tiers.

À côté de la violation des dispositions légales qui engagent la responsabilité des dirigeants, la violation aux devoirs fiduciaires constitue un motif pour engager la responsabilité du dirigeant.

B. Une responsabilité découlant du manquement aux devoirs fiduciaires

Le manquement aux devoirs fiduciaires suppose un manquement commis dans l'exécution du mandat social et qui porte atteinte aux intérêts de la société ou des associés. Il peut s'agir d'acte, fait ou abstention qui débouchent sur le non-respect du devoir de loyauté (**1**). Il peut déboucher également sur le non-respect du devoir de diligence (**2**).

1. Le non-respect du devoir de loyauté

Les fautes de gestion couvrent un éventail large d'actions ou d'omissions qui sont susceptibles d'engager la responsabilité des dirigeants envers la société. En guise de faute de gestion, figure le manquement au devoir de loyauté.

La loyauté est une qualité reconnue à une personne qui est honnête, fait preuve de probité et ne triche pas[684]. Le devoir de loyauté semble originalement relevé par de nombreuses décisions de jurisprudence pénale qui sanctionnent les manœuvres dolosives pour convaincre le juge de la réalité d'un fait[685]. En matière de droit civil, les tribunaux ont vocation à

[681] Cass. Com., 10 mars 1976 : juris Data n° 1976-097095.
[682] Cass. com., 10 mars 1976 : JCP G 1977, II, 18 566 et 18 595, note CHARTIER Yves.
[683] CA Paris, 4 févr. 2000, Bull. Joly, 2000, p. 817, RJDA, 6/00, n° 674.
[684] BOULOC Bernard, « L'obligation de loyauté du dirigeant social », in *Mélanges LE CANNU Paul*, Dalloz, L.G.D.J, IRJS, 2014, p. 233 s.
[685] Ibidem.

sanctionner toutes formes de mensonge ou manœuvres dolosives destinées à obtenir un consentement[686]. Chaque fois qu'une personne, titulaire d'un pouvoir, agit dans son intérêt personnel plutôt que dans l'intérêt du bénéficiaire, cette personne manque ainsi au devoir de loyauté qui lui incombe[687]. Pour les dirigeants sociaux, les actionnaires leur confient les pouvoirs ainsi que des biens sociaux afin que ces derniers les fassent fructifier pour en tirer des bénéfices.

Le devoir de loyauté impose au dirigeant d'agir dans l'intérêt d'un associé ou de la société, à l'exclusion d'un intérêt personnel conflictuel[688]. Les actionnaires attendent donc des dirigeants qu'ils soient loyaux, c'est-à-dire qu'ils n'abusent jamais de leur confiance pour en tirer un intérêt personnel. Ce sont les décisions jurisprudentielles qui consacrent cette obligation[689]. En effet, depuis l'arrêt Cointreau du 2 juillet 1985[690], la Cour de cassation a jugé que le président d'une société est tenu de fournir une information suffisante aux membres du conseil d'administration afin qu'ils puissent exercer pleinement leur mandat d'administrateur.

Le dirigeant est tenu d'un tel devoir envers les associés[691]. Dans cet arrêt, la cour a condamné un dirigeant social pour avoir manqué à son devoir de loyauté face à l'associé. En l'espèce, le dirigeant d'une société anonyme avait négocié la vente d'action à un certain prix. Parallèlement, chargé du reclassement d'un certain nombre de participations minoritaires, dont celle de Mme Alary qui avait toute confiance en lui, il entrevit la possibilité de lui acheter ses titres à bas prix, pour les revendre quelques jours plus tard seulement à un prix largement supérieur, préalablement négocié avec le cessionnaire. Une fois l'opération réalisée, Mme Alary a engagé la responsabilité du dirigeant pour « réticence dolosive ».

L'arrêt Kopcio du 24 février 1998 est celui dans lequel la jurisprudence consacre expressément le devoir de loyauté des dirigeants envers la société. En l'espèce, M. Kopcio avait

---

[686] LE NABASQUE Hervé, « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *RTD com.*, avril - juin 1999, n° 52, p. 273-290; G. VINEY, « Les conditions de la responsabilité », 3e éd., Paris : *LGDJ* 2006, collection traité de droit civil, n° 474.
[687] GREVAIN-LEMERCIER. Karine, « Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux : le retour », *Gaz. Pal*. 11 févr. 2012, p. 7
[688] *Ibidem.*
[689] SCHOLASTIQUE Estelle, « Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés », *LGDJ*, 1998 ; DAILLE–DUCLOS Brigitte., « Le devoir de loyauté du dirigeant », *JCP E*, 1998, p. 1486 ; LE NABASQUE Hervé, *op. cit.*, p. 273 ; CAUSSAIN Jean-Jacques, « À propos du devoir de loyauté des dirigeants de société », *Mélanges offerts à Barthélémy Mercadal*, Lefebvre, 2002, p. 303 ; DAIGRE Jean-Jacques, « Le petit air anglais du devoir de loyauté des dirigeants », *Mélanges P. BEZARD*, *LPA*-Montchrestien, 2002, p. 79 ; BOULOC Bernard, *op. cit*, p. 233 et s.
[690] Cass. com., 2 juillet 1985, n° 83-16887, *Bull. civ. IV*, n° 203, J.C.P. 1985, II, 20 518, note VIANDIER Alain ; Voir également, MERLE Philippe, *Sociétés commerciales*, 17e éd. Dalloz, 2013, n° 437.
[691] Cass. Com. 27 février 1996, Vilgrain. c/ Mme Alary.

été recruté comme directeur salarié par la société mère du groupe auquel appartenait la société PIC. Il est ensuite nommé, le 25 janvier 1990, gérant de cette dernière société, et lorsque la société PIC s'est transformée en société anonyme et M. Kopcio en devient le DG. Après la démission du poste de directeur général, M. Kopcio embauche plusieurs anciens collaborateurs de la société PIC. La société PIC intente une action à l'encontre de M. Kopcio. Elle l'assigne à la fois pour violation de la clause de non-concurrence et pour concurrence déloyale. La Cour d'Amiens rejette la demande de dommages-intérêts de PIC aux motifs qu'il n'apparaissait pas établi que les démissions aient relevé d'une action concertée organisée par l'ancien dirigeant, ni qu'il ait usé de manœuvres pour débaucher le personnel. L'affaire est enfin portée devant la Cour de cassation. Celle-ci censure ainsi l'arrêt de la Cour d'appel au motif que celle-ci aurait dû vérifier les conditions dans lesquelles certains salariés de la société, tenus à une obligation de loyauté envers la société, avaient été déliés de la clause de non-concurrence qu'ils avaient souscrite.

Le devoir de loyauté implique aussi que le dirigeant ne doit pas faire de concurrence déloyale à la société. Ce devoir semble implicitement prévu par l'article 1134 du Code civil ivoirien Napoléon selon lequel les parties dans les rapports doivent exécuter les obligations contractuelles de bonne foi, notion équivalente de celle du devoir de loyauté[692]. Il s'agit d'un devoir qui réprime le mensonge, ce qui atteste son attachement au devoir plus général de bonne foi, car la loyauté, en droit commun, est la répression du mensonge[693].

Constitue également une violation du devoir de loyauté par le dirigeant, la conclusion d'un bail dans des conditions préjudiciables à la société[694] et la fraude fiscale du dirigeant[695]. En somme, il apparaît que les dirigeants sociaux qui manquent à leur devoir de loyauté engagent leur responsabilité pour le non-respect de l'intérêt de la société. Il en est de même lorsque le devoir de diligence n'est pas respecté.

12. **Le non-respect du devoir de diligence**

[692] Cass. civ. 1re Ch., 26 novembre 1996, Gaz. Pal., 1997. 2. Somm. p. 433, Note A. F. R (97/2824>, *Bull. civ*. I, n° 415 - assureur; Cass. com., 24 novembre 1998 Gaz. Pal. 1999. 1. Panor. cass., p. 17 ; *Bull. civ. IV*, n° 277 – mandant d'un agent commercial ; voir également CAUSSAIN Jean-Jacques, « Le devoir de loyauté des dirigeants en droit français », *Gaz. Pal*. 5 décembre 2000, n° 340, P. 66.
[693] Le NABASQUE Hervé., *Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés*, *op. cit.*
[694] Cass. Com., 8 juin 1963, *Bull. Civ. III*, n° 283.
[695] Cass. Com., 3 nov. 1988, *BRDA 1989/1 p.* 11.

La diligence est le soin apporté avec célérité et efficacité à l'accomplissement d'une tâche[696]. Les dirigeants sont assujettis au devoir de diligence dans l'exercice de leur fonction. Par conséquent, la responsabilité du dirigeant se retrouve engagée lorsque ce dernier contrevient à son devoir de diligence. Comme l'a relevé un auteur[697], « commet une faute celui qui ne se conduit pas comme l'eût fait à sa place un dirigeant diligent et avisé ». Il s'agit de la faute la plus difficile à établir, car elle suppose une appréciation sur l'attitude qu'aurait dû avoir un dirigeant diligent, actif, mais prudent, à l'époque et dans les circonstances de l'espèce[698].

De manière générale, la norme de conduite des dirigeants sociaux se réfère à celle d'un « bon père de famille »[699], une conception inscrite dans des textes d'Hammourabi, depuis le XVIII[e] siècle av. J.-C, dans lesquels le roi de Babylone invitait le père de famille à traiter les siens avec équité[700]. Un bon père de famille doit agir avec prudence et habileté. À cet égard, la conduite en bon père de famille exige que le dirigeant en cause respecte les usages, notamment professionnels, les règles de jeux, voire les préceptes de la politesse qui sont pris en considération lorsque leur transgression revêt un caractère injurieux ou est de nature à jeter la suspicion sur celui qui en pâtit[701].

Au sens large, la violation du devoir de diligence du dirigeant s'entend d'une faute de gestion du dirigeant. Selon l'article 740 de AUSCGIE, « les administrateurs sont responsables individuellement ou solidairement envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des clauses statuts, soit des fautes commises dans leur gestion ». La responsabilité civile du dirigeant est engagée lorsque la victime prouve qu'il a commis une faute de gestion.

Pour les tribunaux, le non-respect du devoir de diligence est apprécié selon les différents cas qui se présentent. Les juges se basent sur deux principes pour apprécier la responsabilité des dirigeants. En premier lieu, ils recherchent si la conduite du dirigeant s'écarte de celle d'un administrateur consciencieux, honnête et respectueux des règles normales de la gestion de la

[696] L. BOYER/H. LORAND, « À propos du défaut de diligence », in : Mélanges Vincent, Paris 1981, p. 11
[697] TUNC André, *op. cit.*, p. 29
[698] MAGNIER Véronique, « Qu'est-ce qu'un administrateur « prudent et diligent » ? », *Bull. Joly, Sociétés,* janvier 2012, p. 75.
[699] L'expression « bon père de famille » a été rayée du droit français par La loi n° 2014-873 du 4 août 2014. Voir en ce sens, PARIENTE Jonathan, « Le « bon père de famille » va disparaître du droit français », Le Monde, 20 janvier 2014.
[700] V. MAGNIER Véronique, « Qu'est-ce qu'un administrateur « prudent et diligent » ? *Bull. Jolly. Sociétés*, janvier 2012, p. 75.
[701] Voir en ce sens. LE TOURNEAU Philippe, *Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats*, voir « Conduite en bon père de famille », n° 6762, 6763.

société[702]. En deuxième lieu, les tribunaux se placent à la date des fautes prétendues pour apprécier si les mesures utilisées par les dirigeants étaient raisonnables au moment de la prise des décisions[703].

La transgression du devoir de diligence suppose donc un agissement avec imprudence. Ainsi la jurisprudence sanctionne, comme agissements imprudents, susceptibles d'engager la responsabilité civile des dirigeants, le fait de prêter les fonds sociaux dans des conditions telles que le remboursement paraît improbable[704], d'engager la société dans des opérations dont elle ne pourra assumer le prix[705], d'avoir commis des négligences rendant impossible le recouvrement d'une dette sociale[706].

De même, la transgression du devoir de diligence suppose un agissement avec négligence. La jurisprudence condamne alors la passivité d'un administrateur qui n'a accepté ses fonctions que pour rendre service au président[707], les absences et délégations à des collaborateurs incompétents[708] et les administrateurs qui n'ont pas utilisé leur devoir de surveillance alors que des sommes versées au titre d'une augmentation de capital ont été affectées au paiement d'une indemnité de licenciement et au remboursement d'un compte courant d'associé[709]. Au regard de ce qui précède, la responsabilité civile des dirigeants à l'égard de la société résulte de plusieurs agissements qui constituent une faute pour le dirigeant. Toutefois, la responsabilité civile des dirigeants à l'égard des personnes autres que la société mérite d'être relevée.

Paragraphe 2 : La responsabilité des dirigeants à l'égard des actionnaires

[702] VINEY Geneviève et al., « Les conditions de la responsabilité civile », *LGDJ*, 2006, 3e éd., n° 857 ; voir également GUYON Yves., *op. cit*., n° 46.
[703] V. GUYON Yves, *op. cit*., n° 46; pour avoir une appréciation équitable des mesures utilisées par les dirigeants, Il faut tenir compte des caractéristiques de la gestion de l'entreprise qui supposent l'acceptation de certains risques, voir en ce sens, TUNC André, « Rapport sur la responsabilité civile des organes de sociétés », *in Évolution du droit des sociétés*, Travaux de l'association Capitant : Dalloz 1967, t. XV, p. 30
[704] Cass. civ., 16 juin 1891 : *Journ. sociétés* 1891, p. 505 ; *Rev. sociétés* 1891, p. 431. - CA Paris, 25e ch., 4 févr. 1994 : JurisData n° 1994-600148 ; *Rev. sociétés* 1994, somm. p. 336, note GUYON Yves.
[705] Cass. civ., 6 juill. 1905 : *DP* 1908, 5, p. 46. - CA Montpellier, 4 nov. 1940 : *JCP G* 1942, II, 1871, note D. BASTIAN.
[706] Cass. com., 12 mai 1975 : *Bull. civ*. 1975, IV, n° 130.
[707] Cass. com., 31 janv. 1995, n° 92-21548 : *JCP E 1995*, pan. 361 ; Bull. civ. 1995, IV, n° 29 ; *Rev. sociétés* 1995, p. 763. - CA Paris, 4 févr. 1994 : *Bull. Joly 1994*, p. 403, note M. PARIENTE.
[708] Cass. com., 11 juin 1991 : RJDA 1991, n° 852, p. 732. - Cass. com., 7 juill. 1992 : *Bull. Joly 1992*, p. 1192. - CA Paris, 3e ch., 22 juin 2001 : JurisData n° 2001-154649.
[709] CA Paris, 3e sect. B, 24 janv. 1986 : JurisData n° 1986-021036.

Outre la société, les dirigeants sont susceptibles d'engager leur responsabilité à l'égard d'autres personnes dans l'exercice de leur fonction. Ainsi, la responsabilité civile des dirigeants est engagée envers les actionnaires (**A**), mais également à l'endroit des tiers (**B**).

A. La responsabilité des dirigeants à l'égard des actionnaires

Les dirigeants, au cours de leur mandat social, commettent parfois des fautes à l'égard des actionnaires. Mais leur responsabilité varie selon que les actionnaires sont actionnaires d'une société non cotée ou d'une société cotée. La responsabilité des dirigeants est donc limitée pour les actionnaires de sociétés non cotées (**1**). Cependant, cette responsabilité est étendue à l'égard des actionnaires des sociétés cotées (**2**).

1. Une responsabilité limitée du dirigeant à l'égard des actionnaires des sociétés non cotées

Les sociétés non cotées sont celles dont le capital, divisé en actions, est proposé à des investisseurs en dehors d'un marché financier et par conséquent en relation directe avec l'entreprise. Elles ne font pas l'objet d'une cotation sur le marché boursier. Elles sont détenues par des investisseurs qui ont décidé de souscrire directement au capital de l'entreprise.

Les dirigeants d'une telle société sont astreints à des responsabilités qui s'avèrent limitées. S'agissant de cette responsabilité, la jurisprudence ne lui applique pas un fondement unique. En effet, parfois l'article 1116 du Code civil Napoléon relatif au dol est mis en avant, impliquant un fondement contractuel au devoir de loyauté[710]. Dans d'autres décisions, c'est l'article 1382 du même Code qui est retenu, supposant un fondement délictuel à ce devoir[711], ou encore les articles[712] de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Ainsi, selon un auteur, ces articles semblent les mieux

[710] Cass. com., 27 févr. 1996, n° 94-11241, préc. – Cass. com., 22 févr. 2005, n° 01-13642 : BJS oct. 2005, p. 1105, n° 244, note MASSART Thibaut.

[711] Sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, la Cour de cassation a institué le devoir de loyauté du dirigeant qui doit le conduire à révéler l'existence de négociations en cours pour permettre aux associés d'obtenir un prix conforme à ce qu'accepteraient de payer de tiers acquéreurs. Lorsque le dirigeant manque à ce devoir, l'associé peut demander réparation du préjudice individuel qu'il subit au titre de la différence de prix touchée entre sa cession et celle opérée au profit d'un tiers.

[712] Articles 330 et 740 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

adaptés, car le devoir de loyauté est attaché au statut de la personne[713], la loyauté, étant surtout assimilée à l'action consistant à agir dans la préservation des intérêts des associés[714].

Il est reconnu, envers les actionnaires, un devoir de loyauté du dirigeant, consacré par l'arrêt Vilgrain[715]. En l'espèce, un actionnaire minoritaire a approché M. Bernard Vilgrain, président de la compagnie française commerciale et financière (CFCF), pour trouver un acquéreur pour ses titres. Le président avec quelques proches achète les titres à 3000 f par action, mais quelques jours plus tard il les revend au prix de 8 800 F par action. L'actionnaire minoritaire assigne le dirigeant et ses proches en nullité de la cession parce que son consentement avait été vicié. Les juges du fond lui ont donné raison. La Cour d'appel de Paris a confirmé le jugement en se basant sur les articles 1382 et 1116 du Code civil. Un pourvoi a été formé contre cet arrêt. La Cour de cassation a estimé que le dirigeant a manqué au devoir de loyauté qui s'impose au dirigeant d'une société à l'égard de tout associé, en particulier lorsqu'il est intermédiaire pour le reclassement de sa participation[716].

À travers cet arrêt, le dirigeant est débiteur d'un devoir de loyauté envers tout associé prenant la forme d'une obligation de révéler l'existence de négociations en cours pour la cession de contrôle de la société[717]. La responsabilité du dirigeant envers les actionnaires des sociétés non cotées est aussi mise en exergue, lorsqu'il intervient dans la cession des droits sociaux d'un associé sans l'informer des négociations en cours, c'est-à-dire de la valeur desdites actions, afin de retirer un profit personnel de l'acte de cession en achetant les actions à vil prix[718].

Ce même principe est confirmé par l'arrêt Belley du 12 mai 2004[719]. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a imposé un devoir de loyauté au dirigeant, même s'il n'est pas le cessionnaire direct des actions comme dans l'arrêt Vilgrain, en ce sens qu'il était le président du conseil

[713] MASSART Thibaut, « Une déloyauté du dirigeant à l'égard d'un associé sanctionnée à 100 % », note sur l'arrêt de CA Paris, 17 septembre 2013, n° 12/14712, *BJS* 31 janvier 2014, n° 1, p. 25.
[714] MARTIN Didier, « la loyauté dans l'exécution d'un contrat », *Gaz. Pal*., 2012, n° 144 ; GREVAIN-LEMERCIER Karine, « Le devoir de loyauté des dirigeants, le retour », *Gaz. Pal*., 2012, n° 41, p. 7 ; NURITPONTIER Laure, « La loyauté en droit des sociétés », Actes pratiques et ingénierie sociétaire, mars 2011, n° 11.
[715] Cass. Com.27 févr. 1996, n° 94-11241, *Bull. civ. IV*, n° 65; D. 1996. 518, note MALAURIE Ph.; *J.C.P 1996*. II. 22 665, note GHESTIN jacques ; *JCP E* 1996. II. 838, note SCHMIDT Dominique et DION Nathalie ; *RTD civ*. 1997. 114, note J. MESTRE.
[716] Cass. Com. 27 févr. 1996, n° 94-11241, *Bull.* civ. IV, n° 65 ; D. 1996. 518, note MALAURIE Ph.; J.C.P 1996. II. 22665, note GHESTIN J.; *JCP E 1996*. II. 838, note SCHMIDT Dominique et DION Nathalie ; *RTD civ*. 1997. 114, note MESTRE J.
[717] Cass. com., 27 févr. 1996, n° 94-11241 : *Bull. 1996*, IV, n° 65.
[718] V. GRÉVAIN-LEMERCIER Karine, *op. cit*., p. 7.
[719] Cass. com., 12 mai 2004, n° 00-15. 618 : Juris-Data n° 2004-023739.

d'administration de la société cessionnaire[720]. Par la suite, dans certains autres arrêts, il est intéressant de voir que la jurisprudence a tenu compte de l'intérêt personnel et la dissimulation des négociations en cours à l'associé cédant pour caractériser le manquement du dirigeant à son devoir de loyauté[721].

De plus, au titre de cette responsabilité limitée des dirigeants, figure l'interdiction aux dirigeants d'accaparer une opportunité d'affaire appartenant aux actionnaires[722]. Cette interdiction a fait ses prémices dans l'arrêt du 18 décembre 2012[723]. Au regard de ce qui précède, la responsabilité du dirigeant des sociétés paraît restreinte en général au devoir de loyauté vis-à-vis des actionnaires, ce qui n'est pas le cas lorsqu'on se trouve dans une société cotée.

13. **Une responsabilité étendue du dirigeant à l'égard des actionnaires**

Les sociétés cotées sont celles dont le capital social, divisé en actions, est proposé à des investisseurs via le marché financier. La transparence à laquelle les sociétés cotées sont astreintes oblige leurs dirigeants à communiquer des informations plus nombreuses et plus fréquentes que les sociétés non cotées[724]. La société cotée doit permettre aux investisseurs d'apprécier sa valeur. Il en résulte que contrairement aux sociétés non cotées, la responsabilité du dirigeant social est plus étendue. En effet, la jurisprudence démontre que le devoir de loyauté auquel est assujetti le dirigeant semble pouvoir servir de fondement théorique de la responsabilité personnelle des dirigeants pour manquement de plusieurs devoirs lui incombant.

Tout d'abord, la responsabilité des dirigeants s'étend jusqu'à la révélation des informations sur toutes opérations en cours. Il s'agit de l'obligation d'information qui a été révélée au travers de l'arrêt de la Cour d'appel de paris du 4 juillet 2003[725]. Il apparaît que les dirigeants des sociétés cotées se sont vus imposer le devoir de révéler toutes les informations sur toute opération en cours, à savoir toute opération imminente qui n'est pas encore définitive,

---

[720] *Ibidem.*
[721] Cass. com., 22 févr. 2005, n° 01-13642 : Bull. Joly Sociétés 2005, p. 1105, note MASSART Thibaut ; Cass. com., 11 juill. 2006, n° 05- 12 024 : Dr. sociétés 2007, comm. 1, note H. LECUYER, Cass. 1e civ., 25 mars 2010, n° 08-13060 : Bull. Joly Sociétés 2010, p. 707, note DAIGRE Jean-Jacques. Voir également GRÉVAIN-LEMERCIER Karine, *op. cit.* ; Cass. com., 18 décembre 2012, n° 11-24305 : Gal. Pal. 6 avril.
[722] V. le sujet de l'opportunité d'affaire MOUSSERON Pierre et SAUCIER Luc, « Un dirigeant peut-il profiter d'une opportunité offerte à la société ? », *Les Échos*, 13 mars 2003, p. 51.
[723] Cass. com., 18 décembre 2012, n° 11-24305 : *Gal. Pal.* 6 avril 2013, n° 96 p. 21, note GRÉVAIN-LEMERCIER Karine.; T. FAVARIO., « Dirigeant social : un devoir de loyauté décidément conquérant », *D.* 2013, p. 288.
[724] BOUTHINON-DUMAS Hugues, *Le droit des sociétés cotées et le marché boursier*, LGDJ, 2007, p. 222.
[725] CA Paris, 4 juill. 2003 : JCP E 2004, 604, note CONSTANTIN ALlexis ; voir notamment GRÉVAIN-LEMERCIER Karine, *op. cit.*, p. 7.

qui est confidentielle et dont la réalisation est susceptible d'avoir une incidence importante sur la valeur des droits sociaux. L'information peut ainsi porter sur une opération financière en cours, la préparation de l'introduction en bourse de la société ou des projets de développement dont l'importance permettra une valorisation plus importante de la société[726].

L'information fournie par le dirigeant doit être une information correcte. Ainsi, dans l'arrêt Gaudriot du 9 mars 2010[727], la Cour de cassation affirme l'action en responsabilité civile engagée à titre individuel par des actionnaires à l'encontre des dirigeants de leur société qui ont révélé de fausses informations. En l'espèce, les actionnaires d'une société anonyme mise en redressement judiciaire puis radiée de la cote avaient recherché la responsabilité des dirigeants, leur reprochant de les avoir incités à investir dans la société et à conserver leurs actions, par la diffusion de fausses informations, la rétention d'informations et la présentation de comptes inexacts[728]. S'agissant du lien de causalité, la jurisprudence, dans l'arrêt du 6 mai 2014, énonce que l'actionnaire victime avait été, de manière certaine, privé de la possibilité de prendre des décisions d'investissements en connaissance de cause et de procéder à des arbitrages éclairés, en particulier en renonçant aux placements déjà réalisés[729].

En plus de fournir des informations correctes aux dirigeants, la responsabilité des dirigeants s'étend au devoir de fournir un avis honnête sur l'offre. Le devoir de loyauté impose aux administrateurs de ne pas émettre un avis défavorable sur l'offre en vue de privilégier leur intérêt personnel[730].

Enfin, la responsabilité des dirigeants s'étend au devoir qui lui incombe de ne pas utiliser le pouvoir du conseil d'administration afin d'obtenir un intérêt personnel au détriment des actionnaires. Il en est ainsi lorsque les dirigeants cherchent à acquérir les titres des actionnaires à une valeur inférieure à leur valeur réelle ou lorsque le conseil d'administration abuse de son pouvoir pour émettre l'avis favorable à une opération financière inéquitable pour les actionnaires. Il s'agit encore de la situation où les administrateurs sont directement intéressés à

[726] GRÉVAIN-LEMERCIER Karine., *Le devoir de loyauté en droit des sociétés*, *op. cit*., p. 7 et s.
[727] Cass. com, 9 mars 2010, n° 08-21.547, *P. A.* 19 novembre 2010, n° 231, p. 9, note ROMANI A-M ; Bull. Joly Bourse, 1er janvier 2012, n° 1, p. 1, note SCHMIDT Dominique.
[728] Il faut noter qu'une telle action n'est pas acceptée avant, car les tribunaux hésitent dans la reconnaissance d'un convaincu sur l'existence d'un préjudice personnel et distinct des actionnaires de celui subi par la société, voir en ce sens, CONAC Pierre-Henry et URBAIN-PARLEANI Isabelle, « Directors' duties and liability in public limited companies in France », in Second German-French Symposium on Company Law and Capital Markets Law June 27-28, University of Paris 1-Sorbonne, 2013, p. 3-87.
[729] Cass. com, 6 mai 2014, n° 13-17632, *Rev. Soc.* 2014, p. 579, note DEZEUZE Eric et J. TREVES.
[730] *Ibidem*.

la réussite de l'opération en tant qu'initiateurs de l'offre (situation du dirigeant également contrôleur de la société initiatrice) ou de la situation où les administrateurs sont indirectement intéressés en raison de liens financiers, familiaux ou professionnels avec l'initiateur de l'offre ou en raison de l'influence du contrôleur sur les dirigeants[731].

Les administrateurs manquent également au devoir de loyauté envers les actionnaires s'ils mettent en place des mesures défensives afin d'empêcher le succès d'une prise de contrôle et de conserver leurs fonctions. En effet, le devoir de loyauté leur impose de ne pas adopter, dans leur intérêt personnel, une mesure susceptible de faire échouer une offre en prévoyant notamment des mesures de défense préventive[732]. En somme, la responsabilité des dirigeants diffère selon qu'il s'agit d'une société cotée ou non. Cependant, outre les actionnaires, la responsabilité des dirigeants peut aussi être engagée à l'égard des tiers.

B. La responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers

Les règles qui gouvernent la responsabilité des dirigeants envers les tiers sont pour l'essentiel identiques à celles applicables aux rapports entre les dirigeants et la société ou les associés[733]. La jurisprudence subordonne cette responsabilité à la preuve par le tiers demandeur d'une faute séparable des fonctions du dirigeant (**2**). Cependant, avant d'examiner cette exigence, il convient d'effectuer une clarification de la notion de tiers (**1**).

1. La clarification de la notion de tiers

Il est clair que toute réflexion sur la notion de tiers renvoie au droit des contrats où celle-ci est utilisée pour définir l'étendue du lien contractuel. De manière générale, les tiers sont définis par opposition aux parties, les dernières étant les personnes qui ont conclu le contrat alors que les premiers sont toutes les personnes étrangères au contrat[734]. Le droit des sociétés,

[731] *Ibidem.*
[732] AFG, Recommandations sur le gouvernement d'entreprise, janv. 2011, p. 13.
[733] V. Article. 160, 330, 740 de AUSCGIE.
[734] Pour une vue générale de la question et des débats qu'elle suscite, V. F. TERRÉ, Oh. Simler, LEQUETTE Yves et al., Droit civil. Les obligations, Dalloz, 8e éd., 2002, n° 482 et s ; J. GHESTIN, La distinction des parties et des tiers au contrat, JCP 1992 ; I. 3628 ; J-L. Aubert, à propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers, *RTD civ.*, 1993, 263 ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, De l'élargissement de la notion de partie au contrat… à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif, *RTD civ.*, 1994. 275 ; J. GHESTIN, Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers, RTD civ., 1994. 777.

ayant recours à la même notion, relève le caractère contractuel[735] de la société et oppose alors les associés ou actionnaires aux tiers.

L'associé est toute personne qui est membre d'une société, quelle que soit la forme de celle-ci[736]. À l'inverse, les tiers sont des personnes qui ne sont pas membres de la société, car ils ne détiennent ni parts sociales ni actions[737]. Cette catégorie regroupe donc un nombre de personnes allant des personnes ayant des relations avec la société, comme les créanciers, les fournisseurs, à celles dépourvues de tout lien avec elle.

Les tiers sont donc différents des associés ou actionnaires. Cependant, l'assimilation des actionnaires aux tiers est très fréquente. En effet, pour certains auteurs[738], l'actionnaire se distingue de l'associé en ce sens que contrairement à ce dernier, il n'est pas lié à la société par un contrat, mais uniquement par la détention d'un titre négociable[739]. Autrement dit, si dans cette conception, l'actionnaire n'est pas un contractant, c'est-à-dire une partie au contrat de société, il est donc forcément un tiers.

Les auteurs qui nient la qualité d'associé à l'actionnaire prennent particulièrement en compte la situation des investisseurs. Il s'agit des personnes qui acquièrent des actions pour obtenir un gain ou des dividendes. Ces personnes n'entendent pas s'impliquer dans la vie de la société ou se prévaloir de droits reconnus à tout actionnaire.

La création des actions à dividende prioritaire sans droit de vote et des certificats d'investissement confirme, d'une certaine manière, le développement de cet actionnariat passif. Toutefois, il est important de relever que la non-implication des actionnaires peut déboucher sur la remise en cause de leur qualité d'associé. Il serait judicieux que les droits reconnus à ce

[735] ANOUKAHA François et al., n° 58 et s. Il convient de rappeler que la théorie institutionnelle est venue remettre cette approche en question. En tout cas, on s'interroge aujourd'hui sur l'existence du contrat de société. CI. Champaud, le contrat de société existe-t-il encore ? In le droit contemporain des contrats. Travaux de la Faculté des sciences juridiques de rennes, Economica, 1987, p. 125.

[736] BAKREO Voudwé et AKAM-AKAM André, *Droit des sociétés commerciales OHADA*, l'Harmattan, 2017, 745 pages, p. 65.

[737] AKAM-AKAM André, la responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit OHADA, *revue internationale de droit économique*, p. 9.

[738] CHAMPAUD Claude, « Le pouvoir de concentration de la société par actions », *Sirey*, 1962, notamment n° 36. Le Professeur Champaud considère les actionnaires comme des « bailleurs de fonds » ou « pseudo-associés » faute d'affectio societatis suffisant. ; VIANDIER Alain, *La notion d'associé*, LGDJ, 1978, n° 117 ; RIPERT Georges et ROBLOT René, *Traité de droit commercial*, t. I, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, par M. GERMAIN, LGDJ, 2002, n° 1535 qui ont cependant une opinion plus nuancée ; Vinet, art. préc., p. 256 et s.

[739] Sur ces notions, REIGNÉ Philippe et DELORME Thibault, *Réflexions sur la distinction de l'associé et de l'actionnaire*, *D.* 2002, chron. 1130. Ces auteurs montrent cependant que la distinction entre la part sociale et l'action fondée sur le critère de négociabilité tend à s'affaiblir.

dernier par la loi ou les statuts ne se perdent pas par le non-usage. En effet, par la détention d'une fraction du capital, l'actionnaire, qu'il participe ou non à la vie sociale, est bel et bien un associé[740]. Cette solution évitera l'association faite des actionnaires aux tiers.

Il ressort de ce qui précède que la catégorie de tiers comprend toutes les personnes physiques ou morales qui ne sont pas détentrices de titres sociaux. Cependant, pour engager la responsabilité des dirigeants à leur égard, il faut établir la preuve que ces derniers ont commis une faute personnelle séparable de leurs fonctions.

14. **La nécessité d'une faute personnelle du dirigeant séparable de ses fonctions**

De la combinaison des articles 330 et 740 de l'acte uniforme relatif aux droits des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, il résulte que les gérants, les administrateurs ou l'administrateur général sont responsables individuellement ou solidairement envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés, soit des violations des dispositions des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion.

Pour la jurisprudence, la seule preuve d'une faute quelconque ne suffit pas à engager la responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers. En s'inspirant de la distinction classique en droit administratif entre la faute de service et la faute personnelle[741], elle décide que la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il commet une faute séparable de ses fonctions et qui lui soit imputable personnellement[742]. La jurisprudence a statué dans le même sens[743]. Cette jurisprudence a éveillé un nombre de doctrines[744] et fait l'objet de critique acérée sous la forme de trois principales objections.

---

[740] LE CANNU Paul, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 2002, n° 839.
[741] VEDEL Georges et DELVOLVE Pierre, « Droit administratif », t. l, *Thémis*, 12e éd. 1992.
[742] Cass. com., 27 janv. 1998, Bull. Joly, 1998, p. 535, Dr. Sociétés, 1998, comm. n° 46, obs. VIDAL Dominique ; 28 avr. 1998, *JCP*, 1998, II, 10 177, D. affaires, 1998, p. 1008 ; 20 oct. 1998, D. affaires, 1999, p. 41 ; 4 juin 1991, *Rev. Soc.*, 1992, p. 55 ; 12 janv. 1999, *RJDA*, 1999, n° 301 ; 9 mai 2001, *JCP, E*, 2001, p. 1071, Bull. Joly, 2001, p. 1020.
[743] Cass. civ., 4 avr. 2001, *JCP E*, 2001, p. 977 ; 1er juil. 1997, D., 1997, IR p. 207 ; 18 juin 2003, *Dr. Sociétés*, nov. 2003, p. 27, note J. MONNET.
[744] FREYRIA Charles, « Libres propos sur la responsabilité civile dans la gestion d'une entreprise », *in Mélanges L. BOYER*, Presses de l'Université Toulouse 1 Sciences sociales, 1996, p. 178 ; PETIT Bruno et REINHARD Yves, « Responsabilité civile des dirigeants », *RTD com.*, 1997, p. 282 ; AUZERO Gilles, « L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé », *D. affaires*, 1998, p. 502 ; WESTER-OUISSE Véronique, « Critique d'une notion imprécise : la faute séparable de ses fonctions », *D. affaires*, 1999, p. 782 ; VIDAL Dominique, « La responsabilité civile des dirigeants sociaux », *JCP, E, Cah. dr. entr.*, 3/2001, p. 16. Il faut préciser que l'extension de la notion de « faute séparable » s'observe dans d'autres matières et notamment en ce qui concerne la responsabilité des préposés. V. TERRE François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves, op.

En premier lieu, il est reproché à cette jurisprudence d'avoir créé une véritable immunité des dirigeants à l'égard des tiers, en tenant la société comme responsable[745]. En second lieu, certains[746] lui reprochent d'une part d'aller à l'encontre des textes qui ne disposent point que la responsabilité des dirigeants soit engagée avec la preuve d'une faute séparable ou détachable de ses fonctions, et d'autre part, d'être l'œuvre de juges statuant *contra legem* ou *ultra legem.*

Enfin, la position de la jurisprudence est contraire à celle adoptée par la Chambre criminelle. Rejetant la distinction entre la faute séparable et la faute non séparable, la Chambre criminelle décide que le dirigeant qui a intentionnellement commis une infraction ayant porté préjudice à un tiers engage sa responsabilité à l'égard de celui-ci[747]. La condition des tiers est ainsi dépendante de la nature et de la qualification des faits reprochés au dirigeant.

Comme cela a été justement écrit, la stratégie contentieuse est dès lors passablement compliquée pour la victime d'une faute commise par un dirigeant social. Pour des agissements identiques, pénalement qualifiables, mais réalisés dans le cadre des fonctions, le dirigeant échappera à toute responsabilité civile s'il est poursuivi devant une juridiction civile, alors qu'il sera au contraire civilement responsable de ses fautes si la victime sollicite réparation devant une juridiction pénale[748].

En réalité, doit être reprochée à la jurisprudence, la conception particulièrement restrictive de la notion de faute séparable ou détachable des fonctions, ainsi que sa définition peu concrète[749]. En effet, le raisonnement de la jurisprudence est essentiellement focalisé sur

---

cit., p. 795 et s., notam. n° 838 ; PUILL Bernard, « *Les fautes du préposé : s'inspirer de certaines solutions du droit administratif ?* », *JCP*, 1996, I, n° 3939 ; FOURNIER S., « La faute "personnelle" du préposé », *Petites affiches*, 1997, n° 88 ; DORLY J.-P., « La responsabilité du préposé à l'occasion des actes accomplis dans l'exercice des fonctions », *RJDA*, 2000, chron., p. 395 ; RADE Ch., « Les limites de l'immunité civile du préposé », *Resp. civ*. et assur., 2000, chron., n° 22 ; BRUN PH., « *L'évolution des régimes particuliers de responsabilité du fait d'autrui* », in « *La responsabilité du fait d'autrui, Actualité et évolutions* », *Resp. civ*. et ass., Numéro spécial, nov. 2000, p. 14. Cependant, la Cour de cassation a récemment rejeté l'application de la théorie de la faute séparable à la procédure de sanction des autorités boursières. Cass. com., 31 mars 2004, *D. affaires*, 2004, p. 1961, note D. CARAMALLI.

[745] BARBIERI Jean-François, « *Responsabilité de la personne morale ou responsabilité de ses dirigeants ? La responsabilité personnelle à la dérive* », in Mélanges Y. Guyon, Dalloz, 2003, p. 41 ; Note sous Cass. com., 20 mai 2003, Rev. Sociétés, 2003, p. 479 ; F. DESCORPS DECLERE, « Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux », *RTD com*., 2003, p. 25. ; COZIAN Maurice et VIANDIER Alain, *Droit des sociétés*, Litec, 13e éd. 2000, n° 742.

[746] WESTER-OUISSE Véronique, *op. cit*., p. 784 ; F. DESCORPS DECLERE, op. cit., p. 31 et s. ; M. Laugier, « L'introuvable responsabilité du dirigeant social envers les tiers pour fautes de gestion ? », *Bull. Joly*, 2003, p. 261 et spéc., n° 11.

[747] Cass. crim., 20 mai 2003, *Bull. Joly*, 2003, p. 242, note MASSART Thibaut ; V. DEZEUZE Eric, « La réparation du préjudice devant la juridiction pénale », *Rev. Soc* 2003, p. 261.

[748] MASSART Thibaut, note précitée, § 242.

[749] Pour une vue d'ensemble des fondements de cette jurisprudence et de sa critique, v. notam. V. WESTER-OUISSE, *op. cit*., p. 783 et s. ; DESCORPS DECLERE F., *op. cit.*, p. 29 et s.

les conditions d'exercice par le dirigeant de ses fonctions. Elle considère par conséquent que la faute séparable est une faute étrangère ou extérieure aux fonctions. Tel est le cas lorsque le dirigeant n'a pas agi *es qualités*, ou a commis une infraction dans l'exercice de ses fonctions, ou a agi dans son intérêt personnel, c'est-à-dire au détriment de la société[750]. En revanche, lorsque la faute du dirigeant a un lien avec les fonctions, la jurisprudence estime qu'elle ne constitue pas une faute séparable ou détachable des fonctions[751]. La responsabilité de la société est par conséquent engagée, à l'exclusion de celle du dirigeant.

Face aux nombreuses critiques dont elle a fait face, la jurisprudence française dans un arrêt rendu le 20 mai 2003, a entrepris de circonscrire la notion de faute séparable en décidant que la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute personnelle séparable des fonctions ; qu'il en est ainsi lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales[752]. Cette décision a toutefois été accueillie de manière contrastée par la doctrine. C'est ainsi que pour un auteur[753], la définition de la faute séparable qu'elle propose est floue et soulève de nombreuses questions en raison des termes utilisés.

Il en ressort que la doctrine et la jurisprudence sont opposées d'une part quant au choix du responsable et d'autre part à la fonction de la responsabilité en droit des sociétés. En effet, il semble que la jurisprudence et la doctrine veulent à tout prix désigner un seul responsable qui est, soit la société, soit le dirigeant. La jurisprudence tend à reporter sur la société la responsabilité de l'activité dommageable du dirigeant, car ce dernier agit pour le compte de la société. La doctrine quant à elle tend à responsabiliser les dirigeants. Une troisième solution, qui consisterait à envisager la responsabilité solidaire de la société et des dirigeants, doit être envisagée afin d'offrir à la victime deux personnes ayant la charge de la réparation de son entier préjudice.

Cette solution de coresponsabilité est retenue par le droit OHADA. En effet, l'article 161 de l'acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et groupements d'intérêt économique dispose que « sans préjudice de la responsabilité éventuelle de la société, chaque dirigeant social est responsable individuellement envers les tiers des fautes qu'il commet dans

[750] V. AUZERO Gilles, *op. cit*., p. 504.
[751] BARBIERI Jean-François, note sous Cass. com., 20 mai 2003 précitée, n° 7.
[752] LIENHARD Alain ; *JCP, E*, 2003, n° 1099, p. 1221 ; *Bull. Joly*, 2003, p. 786, note LE NABASQUE Hervé ; *Rev. Soc*., 2003, p. 479, note BARBIERI Jean-François.
[753] GROSSI Isabelle, « La responsabilité des dirigeants », *Dr. et patrim*., 2003, n° 118, sept, spéc. p. 56.

l'exercice de ses fonctions ». Ce texte permet aux tiers de poursuivre le dirigeant et la société dès lors que les conditions de la responsabilité de l'un et l'autre sont réunies.

Quant à la fonction de la responsabilité civile en droit des sociétés, les avis semblent encore diverger. La jurisprudence semble se préoccuper de la fonction réparatrice de la responsabilité en reportant la charge de la réparation sur la société. Au contraire, la doctrine privilégie la fonction normative de la responsabilité dont l'objectif est de sanctionner et de dissuader les comportements fautifs, condamne par conséquent les dirigeants. La réponse à cette problématique demeure difficile, il appartient au législateur de prendre position.

En résumé, la responsabilité civile des dirigeants de la société *in bonis* suscite plusieurs débats sur les éléments constitutifs de cette responsabilité. Cependant, la responsabilité civile des dirigeants est soumise à un régime spécial lorsqu'il s'agit d'une société en difficulté.

Section 2. Les actions en responsabilité contre les dirigeants

Les dirigeants sociaux dans l'exercice de leur fonction commettent des fautes qui peuvent être des fautes de gestion, les violations des dispositions réglementaires et des actions qui dépassent l'objet social de la société. Ces mauvaises actions constituent le point de départ pour engager leur responsabilité.

L'article 740 alinéa 1 de l'Acte uniforme relatif aux droits des sociétés commerciales et groupements d'intérêt économique dispose que « les administrateurs sont responsables individuellement ou solidairement envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des clauses des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion ». Il ressort de cet article que les dirigeants sont responsables des actes qu'ils posent. Les victimes de ces actions bénéficient par conséquent de moyen afin d'agir et obtenir réparation. En effet, le législateur OHADA a pensé à la société, les associés et les tiers qui sont les victimes directes des agissements fautifs des dirigeants sociaux. Il s'agira donc de mettre en exergue l'exercice des différentes actions **(Paragraphe 1)** avant de montrer l'identité des sanctions des dirigeants de sociétés anonymes **(Paragraphe 2).**

Paragraphe 1 : L'exercice de l'action en responsabilité

Les victimes des fautes des dirigeants sociaux bénéficient d'une double option afin d'obtenir réparation. Cette double option se traduit par l'existence de l'action sociale, d'où

l'exercice de l'action sociale (**A**). Toutefois, il est aussi prévu l'exercice de l'action individuelle (**B**).

A. L'exercice de l'action sociale

L'exercice de l'action sociale est reconnu à certaines personnes susceptibles d'engager la procédure. Deux actions sont mises à la disposition du dirigeant et à l'associé. Il s'agit de la qualité à agir du dirigeant dans l'action sociale *ut universi* (**1**) et l'intérêt à agir de l'associé dans l'action sociale *ut singuli* (**2**).

1. La qualité à agir du dirigeant dans l'action sociale *ut universi*

Lorsque la société subit un dommage, il incombe à ses dirigeants d'intenter l'action en réparation au nom de la société[754]. Il s'agit de l'action ut universi. Selon l'article 166 de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales « l'action sociale est l'action en réparation du dommage subi par la société du fait de la faute commise par le ou les dirigeants sociaux dans l'exercice de leurs fonctions. Cette action est intentée par les dirigeants sociaux, dans les Actes uniformes pour chaque forme de société ». À la lecture de cet article, il ressort que le dirigeant social est la première personne à qui est confié l'exercice de l'action sociale.

La société agit normalement par ses représentants légaux[755]. L'action est exercée soit par les autres dirigeants en fonction, soit par les nouveaux dirigeants[756]. L'action intentée par un dirigeant contre un autre suppose que le dirigeant à l'origine de l'action est totalement étranger aux fautes commises par le dirigeant poursuivi. Le dirigeant qui intente l'action sociale ne doit donc pas être complice de ces faits et actes frauduleux.

La notion de dirigeant, en droit, revient à la personne qui directement ou indirectement exerce les fonctions de direction d'une société. Cette notion regroupe d'une part les dirigeants de droit qui sont les personnes, physiques ou morales, ou les organes régulièrement désignés pour gérer la société et qui, à ce titre, assument légalement des fonctions de direction ou d'administration en son sein et l'engagent normalement à l'extérieur[757]. D'autre part, il y a la

[754] POHE Denis, *Droit des sociétés commerciales et coopératives dans l'espace OHADA*, Bruylant, 2020, *op. cit,* n° 284.
[755] À cet effet, les statuts précisent généralement les organes qui représentent la société en justice.
[756] Cass. com. 7 déc. 1982, Bull. civ., IV, n° 403 ; 11 oct. 1988, *Bull. Joly*, 1988, 925, § 300, RJ com., 1989. p. 158.
[757] AKAM-AKAM André, « la responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit OHADA », *Revue internationale de droit économique* 2/2007 (t. XXI, 2), p. 211.

catégorie des dirigeants de fait qui sont ceux qui sans titres juridiques quelconques assurent la direction d'une personne morale. Il peut s'agir de personnes occultes[758] ou non.

Le dirigeant apparaît donc comme un mandataire désigné pour ses aptitudes en gestion. Ainsi des interrogations sont relevées quant à l'action *ut universi*.

Tout d'abord, il est question de savoir si le dirigeant, personne physique est le seul à pouvoir exercer l'action. Le dirigeant étant une personne physique ou morale dispose également de l'action sociale. Il appartient à ces organes de gestion d'exercer cette action en lieu et à leur place. Les modalités de cette représentation seront définies par les statuts.

Ensuite, la reconnaissance de l'exercice de l'action sociale aux dirigeants de fait est la seconde interrogation. En effet, l'Acte uniforme ne reconnaît qu'au dirigeant de droit, c'est-à-dire ceux ayant le titre, l'exercice de l'action sociale. Par conséquent, il n'est pas reconnu, aux dirigeants de fait le droit d'agir. Toutefois, l'Acte uniforme relatif aux procédures collectives d'apurement du passif adopte une tout autre position, car aucune différence n'est faite entre le dirigeant de droit et le dirigeant de fait quant à l'action en comblement du passif[759].

Enfin, il est soulevé le problème de savoir si tous les dirigeants de droit ont la qualité à agir. En principe, la réponse à cette question est positive[760]. Cependant, il serait difficile de croire que le dirigeant, auteur d'une faute ou complice, exerce une action à ses dépens. En effet, s'il s'agit, par exemple d'un seul administrateur qui est en cause, l'action sera intentée par les autres. En revanche, s'ils sont tous impliqués, il faudrait attendre de nouveaux administrateurs à la suite de la révocation ou de la démission des autres, pour intenter l'action contre les anciens[761]. La qualité d'agir est aussi reconnue aux associés.

---

[758] *Ibidem.*

[759] La Cour de cassation a, dans une décision, pourtant, retenu la responsabilité du dirigeant de fait : Cass. com., 9 nov. 1993 ; D 1995, somm. 79. Sur la question voir aussi : MEUKE Bérenger Yves, avocat collaborateur principal de Jurifis Consult, revue d'information juridique du cabinet d'avocat Jurifis, 2e n°, mars/avril 2009, p. 4 et s. *op. cit.* Voir aussi. JO OHADA, n° 7, 1 Er juillet 1998, p. 1.

[760] DIEYE Serigne Magueye, *L'action sociale*, 2011.

[761] BEIRA Ehi Marc, *Droit commercial : droit commercial général et droit des sociétés commerciales*, ABC, 14e éd., 2016, 482 pages, p. 353.

15. **L'intérêt à agir de l'associé dans l'action sociale ut singuli**

L'action exercée par les associés ou actionnaires est dite *ut singuli*[762]. Si pour une raison ou une autre, les dirigeants n'agissent pas, chaque associé peut exercer l'action *ut singuli*[763]. Le principe est que l'associé ou les associés exercent l'action au nom de la société et non pour eux même[764]. L'article 167 de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et groupements d'intérêt économique précise les conditions d'exercice de l'action *ut singuli*. L'associé encore nommé actionnaire dans la société anonyme dispose de la faculté d'agir pour défendre l'intérêt social. C'est une prérogative qui découle de la loi.

Le fondement du droit d'agir de l'associé a fait l'objet de plusieurs controverses doctrinales. Pour ceux, pour qui l'intérêt social s'apparente à celui des associés, la reconnaissance du droit d'agir à l'associé paraît logique et évidente. L'associé, en défendant la société, ne fait que préserver ses intérêts. Cette position a été au cœur de critique par la doctrine[765]. En effet, ce qui justifie la reconnaissance du droit d'agir à l'associé c'est l'idée de protection de la société. En l'absence des associés, la société ferait face à certains dirigeants malveillants qui refuseraient de mettre en œuvre une action qui entraînerait leur sanction. Les associés sont les personnes les mieux adaptées pour assurer la protection de la société, car ils ont investi une importante partie de leur patrimoine dans la société, pour le meilleur et pour le pire[766].

Toutefois, la question de l'attribution de l'action sociale aux autres acteurs, tels que les créanciers, les syndicats et les salariés reste posée. En effet, ce qui exclut ces personnes de l'exercice de l'action sociale est que l'objet de l'action vise uniquement la défense des intérêts de la société et le renflouement éventuel du passif perdu du fait des agissements fautifs du dirigeant. Alors que, les créanciers salariés et le syndicat sont guidés par leur intérêt individuel, ce qui est contraire au but de l'action sociale.

---

[762] BERDAH Jean-Pierre, *op. cit*., n° 142 et s. ; CHESNE Guy, « L'exercice "ut singuli" de l'action sociale dans la société anonyme », *RTD com*., 1962, 347 ; Lacan, « L'action sociale exercée ut singuli », *Rev. Sociétés*, 1946, 223.

[763] POHE Denis., *droit des sociétés commerciales et coopératives dans l'espace OHADA*, Bruylant, 2020, p. 205

[764] CCJA (1er ch.), 24 févr. 2005, arrêt n° 15, Juris-OHADA, 2/2005, p. 20, qui définit le domaine d'application de l'action sociale ut singuli dans une SARL.

[765] PAILLUSSEAU Jean, *la modernisation du droit des sociétés commerciales*, recueil Dalloz, Dalloz 1996, p. 287 et s.

[766] En principe les dirigeants souscrivent des apports pour participer à la distribution de dividendes, mais il s'engage toujours en cas de perte. Voir Article 4 AUSCGIE.

En outre, l'action *ut singuli* présente un caractère multiforme. Elle peut être exercée individuellement, c'est-à-dire par un associé ou collectivement, c'est-à-dire exercer par plusieurs associés. En effet, il résulte de l'article 741 de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et groupements d'intérêt économique que les actionnaires, s'ils représentent au moins le vingtième du capital social, peuvent dans un intérêt commun, charger à leurs frais un ou plusieurs d'entre eux de les représenter pour soutenir, tant en demande qu'en défense l'action sociale.

L'action sociale peut aussi être exercée directement ou indirectement. Aucune condition particulière n'est requise pour l'exercice de l'action sociale directe. La seule qualité d'associé est requise. À ce niveau, la jurisprudence est constante, ainsi le juge a décidé que l'action est ouverte à tout associé, quelle que soit sa part dans le capital[767]. Il en est de même lorsque le juge a déclaré que l'associé peut individuellement sans rechercher l'accord de ses coassociés[768]. En l'espèce par exploit en date du 16 août 2002, monsieur AIE JEAN MARIE à interjeter appel du jugement civil n° 140 rendu le 18 juillet 2002 par le tribunal de 1re instance d'Abidjan, qui a été condamné à payer à la société INTERBAT la somme de 165 005 555 francs. En effet, les associés ont apporté à la société en compte courant 225 108 608 francs pour monsieur GRAND YOBOU STEPHANE et 109 649 056 francs pour monsieur AIE JEAN MARIE, qu'à ce jour monsieur AIE a prélevé sur son compte la somme de 165 791 224 francs de sorte que ce compte est débiteur de 56 142 168 francs. À cette somme, il convient d'ajouter le prix de villas acquises par lui et non encore payées pour une valeur totale de 108 864 585 francs. Monsieur AIE soutient par ailleurs que l'action engagée est irrecevable parce que s'agissant d'une action entre coassociés, la décision d'agir aurait dû être prise à une majorité des associés représentant plus de la moitié du capital ; qu'en l'espèce, il n'a été informé de la procédure judiciaire engagée contre lui que lors de la signification de l'ordonnance unilatéralement obtenue. Après l'examen des différents motifs, le juge a déclaré monsieur AIE mal fondé.

Mais il faut être un associé encore en fonction, car l'action n'est pas ouverte aux anciens associés[769]. Quant à l'action ut singuli indirecte, il s'agit d'une action en représentation. Plusieurs associés peuvent donner mandat à un de leur collaborateur. Cependant, l'action sociale est subordonnée à une prescription spéciale. En effet, l'article 170 alinéa 2 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés et groupements d'intérêt économique dispose que

[767] Cass. Com. 26 janvier 1970, JCP., 1970. 2, 16385, note Guyon
[768] C. À Abidjan, Arrêt n° 826 du 20 juin 2003, AIE Jean-Marie C/Société INTERBAT, OHADATA J-03-240
[769] Cass. Com. 26 janvier 1970, idem ; Cass 2e civ 12 novembre 1987, GP 1988, Pan. 31

« l'action sociale se prescrit par trois ans (3) à compter du fait dommageable ou s'il a été dissimulé, de sa révélation. L'action sociale se prescrit par dix ans (10) pour les crimes ». Toutefois, au-delà de l'action sociale, l'action individuelle peut aussi être exercée pour obtenir réparation.

B. L'exercice de l'action individuelle

L'action individuelle est tout comme l'action sociale, une action destinée à obtenir réparation des dommages subie par la faute des dirigeants sociaux. L'action individuelle se définit comme étant l'action en réparation du préjudice subi par un tiers ou par un associé, lorsque celui-ci subit un préjudice distinct du préjudice que suit la société, du fait de la faute commise individuellement ou collectivement par les dirigeants sociaux dans l'exercice de leurs fonctions[770]. Ainsi, pour être exercée, l'action individuelle suppose que les dirigeants sociaux commettent une faute (**1**) et que cette faute débouche sur un préjudice personnel pour l'actionnaire (**2**).

1. La faute des dirigeants sociaux

L'exercice de l'action individuelle par un associé suppose que les dirigeants sociaux aient commis une faute. Cette faute peut résulter de la violation des dispositions légales ou statutaires ou de la mauvaise gestion du dirigeant. En effet, en droit OHADA des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, la direction sociale constitue une fonction périlleuse, qui fait de tout dirigeant un suspect[771]. Les dirigeants sociaux engagent ainsi leur responsabilité lorsqu'ils ne se conforment pas aux prescriptions des statuts, portant par la même atteinte à l'intérêt individuel des associés. Il peut s'agir par exemple ; de l'utilisation des fonds sociaux à des fins illicites[772], de la violation des pouvoirs du conseil d'administration ou, encore, du non-exercice par les administrateurs des pouvoirs qui leur sont dévolus par les statuts. La jurisprudence estime d'ailleurs que l'inaction de l'administrateur, loin de constituer une cause d'exonération de responsabilité, est considérée comme une faute[773].

Ainsi, la responsabilité des dirigeants peut être individuelle ou solidaire. Par conséquent, les dirigeants qui violeraient d'un commun accord les dispositions statutaires ou légales

[770] Article 162 AUSCGIE.
[771] GUYON Yves, *Droit des affaires, Droit commercial et Sociétés*, t. 1, 8e éd., Economica 1994, p. 473.
[772] V. par ex., TGI de Ouagadougou, jugement du 10 janvier 2000, Revue burkinabé de droit, n° 42, 2e semestre 2002, Ohadata J-05-248
[773] Cass. com. 25 mars 1997, *RJDA 7/97 n° 966* ; Cass. com. 31 janvier 1995, *RJDA* 7/95, n° 902.

engageraient ainsi leur responsabilité solidaire. Les articles 740 et suivants de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique précisent le régime de responsabilité des administrateurs. Il y figure ainsi, les infractions aux dispositions législatives ou réglementaires et la violation des dispositions statutaires[774]. Cette violation peut revêtir plusieurs formes. Il peut s'agir d'un obstacle au contrôle, provoqué par les dirigeants tendant à empêcher les actionnaires de participer aux assemblées[775], d'un obstacle aux vérifications ou le refus de communication de documents, de la présentation ou de la publication des états financiers infidèles. En tout état de cause, l'action individuelle se prescrit par trois ans à compter du fait dommageable ou s'il a été dissimulé de sa révélation. Elle se prescrit pour dix ans pour les crimes[776].

De plus, l'action individuelle, définie par l'article 162 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et groupements d'intérêt économique, sanctionne la faute commise individuellement ou collectivement par les dirigeants sociaux dans l'exercice de leur fonction. Cette faute est souvent la conséquence dont ils sont responsables dans le cadre de la gestion sociale. Ces abus sont constitutifs de fautes lorsque ceux-ci sont prouvés, la faute étant entendue de façon large comme toute erreur ou imprudence. Ainsi, l'exercice de l'action individuelle assure efficacement la protection des actionnaires.

Plusieurs d'entre eux ayant subi un dommage individuel de même nature peuvent donner mandat à l'un d'entre eux d'agir en leur nom à tous. Il s'agit là d'une mesure de sanction des dirigeants sociaux qui attentent aux intérêts des associés. Le droit OHADA retient une définition large de la faute de gestion, ceci pour une protection efficace des actionnaires. En pratique, une définition restrictive du domaine de la faute de gestion entraînerait des abus, tant il est vrai que les dirigeants sociaux seraient tentés d'exploiter les insuffisances dues à la délimitation du domaine de cette définition. La faute peut également découler de la violation des dispositions légales ou statutaires. Dans tous les cas, la faute individuelle ou collective doit causer un préjudice personnel à l'actionnaire.

16. **Le préjudice personnel subi par les actionnaires minoritaires**

[774] L'article 741 de l'acte uniforme OHADA portant droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique subordonne l'exercice collectif de l'action individuelle à la détention du vingtième au moins du capital social.
[775] Art. 892 AUSCGIE.
[776] Art. 164 de l'acte uniforme portant droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

Lorsque les dirigeants sociaux commettent des fautes, les actionnaires peuvent subir deux types de préjudices : un préjudice résultant de l'entrave à la participation de l'actionnaire à la vie sociale et un préjudice financier résultant de l'atteinte à la vocation de l'actionnaire à fructifier son apport. Il ressort de l'article 125 de l'AUSCGIE que tout associé a le droit de participer aux décisions collectives. Le préjudice politique peut alors résulter de la violation des dispositions de ce texte. L'article 892 du même texte sanctionne quiconque aura sciemment empêché un actionnaire de participer à une assemblée[777].

Il pourra s'agir, par exemple, de la suppression illicite du droit de vote de l'actionnaire par les dirigeants de la société anonyme[778]. Le préjudice politique subi par l'actionnaire peut également découler de l'obstruction faite par les dirigeants, tendant à empêcher l'intégration de l'actionnaire dans les organes dirigeants de la société[779]. C'est le cas de l'obstacle à la désignation d'un actionnaire comme membre du directoire, membre du conseil d'administration ou sa désignation en qualité d'administrateur général alors que celui-ci remplit les conditions requises.

Par ailleurs, en droit OHADA des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, les associés ont le droit de poser des questions écrites aux dirigeants, dont les réponses seront données en assemblée. Le préjudice politique peut, dans ce cas de figure, consister en assemblée, soit à empêcher un actionnaire de poser des questions, soit à refuser d'apporter toute réponse.

Le préjudice financier, quant à lui, se fait ressentir lorsque les dirigeants sociaux publient des états financiers de synthèse inexacts dans le but de réduire, par exemple, les dividendes distribués aux actionnaires. Cette pratique représente une infraction telle que prévue par l'article 890 de l'Acte uniforme portant droit des sociétés commerciales et du groupement

[777] Sur l'action en nullité des décisions de l'Assemblée générale, voir par exemple, Tribunal de Première Instance d'Abidjan, Jugement n° 1245 du 21 juin 2001, Michel Jacob et autres c/Sté Scierie Bandama-Etablissements Jacob et autres, Ecodroit n° 1 juillet - août 2001, p. 49, Ohadata J-02-19.

[778] Tribunal régional de Niamey, Ord. de référé n° 070/TR/NY/2001 du 23 avril 2001, Magagi Souna c/Hassane Garba et autre, Ohadata J-02-35. Selon cette décision, 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. Ces actionnaires défaillants sont mal fondés à convoquer une assemblée générale, convocation qui crée un trouble manifestement illicite justifiant l'intervention du juge des référés.

[779] NGOUE Willy James, « *la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants de sociétés anonymes en droit OHADA* », ohadata-D-05-52.

d'intérêt économique[780]. Bien plus, le droit préférentiel de souscription[781] est susceptible de violation par les dirigeants sociaux. Aussi, l'article 894 de l'Acte uniforme énumère les fautes susceptibles d'entraver l'exercice du droit préférentiel de souscription.

Pour l'essentiel, il s'agit de la méconnaissance par les dirigeants de ce droit, de l'inobservation par ces derniers du délai d'exercice du droit préférentiel de souscription. Ce délai est de vingt jours au moins, à dater de l'ouverture de la souscription, sauf lorsque ce délai a été clos par anticipation. Ce dernier délai permet aux actionnaires anciens de souscrire de nouvelles actions. Il peut s'agir, bien entendu, de la distribution par les dirigeants, des nouvelles actions sans tenir compte du principe de proportionnalité. Toutes ces fautes sont préjudiciables directement à l'associé.

En outre, le préjudice financier peut aussi provenir de la réduction du capital social, spécialement si cette réduction est faite en méconnaissance de la règle d'égalité entre actionnaires. Dans ce cas, il y aurait infraction si certains actionnaires perdaient plus de droit que d'autres[782]. Les différentes actions étant exercées contre les dirigeants sociaux, ceux-ci sont soumis à des sanctions.

Paragraphe 2 : Les sanctions applicables

Les différentes natures des sanctions applicables aux dirigeants sont la conséquence de la nature diversifiée des fautes qu'ils peuvent commettre. Il est laissé à chaque État membre l'opportunité de déterminer les sanctions applicables compte tenu des critères qu'il aura prédéfinis. La sanction du dirigeant social peut résulter donc de la violation des actes de gestions (**A**) tout comme, il peut s'agir de sanctions ayant une autre origine (**B**).

A. L'annulation des actes de gestion

La gestion de la société revient à ce que les dirigeants prennent quotidiennement des actes et des décisions dans ce sens. Ceux-ci sont astreints à une obligation de loyauté envers les associés, tant ils sont dépositaires du patrimoine social et se doivent de le gérer en bon père de famille. Par conséquent, lorsque les actes du dirigeant ne rentrent pas dans le cadre d'une

[780] ANOUKAHA François et *alii*, *Sociétés commerciales et GIE, op. cit.*
[781] Le droit préférentiel est un droit permettant à un actionnaire de souscrire de nouvelles actions lors d'une augmentation de capital de manière prioritaire.
[782] L'interdiction illicite des dirigeants sociaux faite aux actionnaires de négocier leurs actions constitue également un préjudice financier personnel ; il en est de même du détournement des dividendes

gestion saine, ces actes font l'objet d'une annulation soumise à un régime étendu (**1**). De plus, ces actes peuvent faire l'objet d'une pluralité d'effet (**2**).

1. Le régime étendu de l'annulation des actes de gestions

La société doit être gérée dans son intérêt social en prenant en considération les enjeux sociaux. L'accomplissement des actes de certains dirigeants qui portent atteinte à la société et aussi à certains actionnaires. L'atteinte causée par les agissements fautifs du dirigeant peut revêtir deux formes, elle peut être directe ou indirecte. L'atteinte directe est celle qui préjudicie les intérêts personnels ou individuels des actionnaires. Quant à l'atteinte indirecte, elle est celle qui entraîne un préjudice de moindre portée à l'actionnaire[783]. C'est le cas de l'atteinte aux intérêts directs de la société.

En droit commun, il est question de prouver l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité pour avoir réparation sur la base de l'article 1382 du Code civil Napoléon qui dispose que « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à la réparer ». Par conséquent, tout dirigeant social dont les actes préjudicient aux associés engage sa responsabilité. Le préjudice prouvé, le juge procèdera à l'annulation des actes litigieux. Le dirigeant peut engager sa responsabilité lorsque celui-ci commet des actes contraires à la société, ou des actes qui entraînent la disparition de l'objet social. Peut être ajouté, le défaut d'autorisation du conseil d'administration ; dans le cas des conventions réglementées, le défaut de consultation de celui-ci, et même le refus de donner son autorisation. De telles conventions peuvent être annulées, si elles ont eu des conséquences dommageables pour la société.

Toutefois, il s'agit d'une nullité facultative que le juge a la liberté de prononcer ou non. La convention doit être considérée comme valable jusqu'à la décision du juge. Le juge devra donc avant de prononcer la nullité de la convention constater le caractère dommageable de celle-ci pour la société. De plus, il est prévu, de façon prévisionnelle, certaines conventions interdites par la loi. C'est dans ce sens que l'article 507 de l'Acte uniforme sur le droit des sociétés commerciales en interdit certaines. Il est, par conséquent, interdit à l'administrateur général ou à l'administrateur général adjoint lorsqu'il est nommé, ainsi qu'à leurs conjoints, ascendants, descendants et aux personnes interposées de contracter, sous quelque forme que ce

[783] NGOUE Willy James, « la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants de sociétés anonymes en droit OHADA », *OHADAT D-05-52*.

soit, des emprunts auprès de la société. Il est aussi interdit de se faire consentir par la société un découvert en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers. Ce même article précise également que le contrat passé en violation de cette interdiction sera annulé. L'alinéa 2 dudit article fixe les limites de ces conventions interdites. Toutefois, les établissements bancaires ou financiers peuvent passer ces conventions, à condition que celles-ci relèvent de leurs opérations courantes. La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage affirme que l'autorisation préalable d'un conseil d'administration est nécessaire même lorsque la société anonyme fait des garanties qui relèvent de son activité professionnelle[784].

L'annulation peut porter sur des actes tels que les délibérations des assemblées dont les conditions relatives à leur tenue n'ont pas été respectées, telles que le défaut de convocation, l'atteinte au droit de communication des actionnaires, l'inexactitude ou l'irrégularité de l'établissement de la feuille de présence, la méconnaissance des règles de compétence, du quorum et de la majorité, défaut d'accomplissement des formalités de publicité. Une fois que la violation de ces dispositions législatives et réglementaires cause un préjudice à la société ou aux actionnaires, le juge annule lesdits actes. D'après la jurisprudence, la réparation est faite au prorata du préjudice subi[785]. Le montant de la réparation peut être minoré, lorsque les demandeurs ont eux-mêmes commis une faute, puisque la responsabilité est partagée.

17. **La pluralité des effets de l'annulation des actes de gestion**

L'annulation des actes produit des effets multiples. À l'égard des dirigeants, l'annulation des actes est la preuve même de leur responsabilité. Ceux-ci doivent alors réparer le préjudice que les associés auront subi. En droit OHADA, l'annulation des actes faisant grief est la conséquence de la mauvaise foi des dirigeants et peut même être une cause de révocation de ces derniers. Le dirigeant de mauvaise foi est celui qui a conscience du caractère abusif de l'acte qu'il commet, à savoir un usage à des fins personnelles et contraires à l'intérêt social de la société. C'est donc un motif parfait pour révoquer un dirigeant.

[784] CCJA, Avis n° 02/2000/EP, 26 avril 2000, Ohadata J-02-03.
[785] Cass. Req. 16 février 1937, *G. P*. 1937.1.807.

Pour ce qui est des associés, l'annulation de l'acte litigieux peut donner lieu à des dommages et intérêts[786]. Il s'agit de l'application de l'article 1382 du Code civil[787] qui dispose que « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer », voire 1384 notamment en cas de faute d'autrui. Le préjudice peut être causé indirectement par les dirigeants. C'est le cas lorsqu'une personne apparaît comme leur préposé. La notion d'autrui ici est assimilée au dirigeant de fait, ou au préposé qui agit pour le compte du dirigeant. Dans ce cas, cette mauvaise gestion des dirigeants sociaux cause un préjudice qui doit être réparé.

Les tiers peuvent aussi faire les frais de l'annulation des actes. En effet, lorsque le dirigeant conclut une convention interdite avec un tiers, la notion de faute détachable des fonctions peut se faire valoir[788]. Par conséquent, le dirigeant s'expose à de véritables sanctions pouvant être patrimoniales ou extrapatrimoniales.

B. Les autres sanctions des dirigeants sociaux

Le dirigeant qui commet une faute engage sa responsabilité pour laquelle il devra répondre. Son patrimoine apparaît alors comme le gage commun des créanciers sociaux. Son patrimoine sera donc ce qui permettra de répondre aux dettes sociales[789]. Le dirigeant subira donc des sanctions patrimoniales (**1**). Les dirigeants peuvent cependant être sanctionnés sur leur personne physique ou civile, d'où les sanctions extrapatrimoniales (**2**).

1. Les sanctions patrimoniales

Les sanctions patrimoniales tendent à protéger les actionnaires minoritaires contre une gestion frauduleuse des dirigeants sociaux[790]. Parmi les fautes de gestion reprochées aux dirigeants des sociétés anonymes, l'abus des biens sociaux et du crédit[791] de la société est l'une des fautes incriminées par l'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. De même, ces écarts de conduite sont sanctionnés par

[786] C. A. Abidjan, Arrêt n° 1060/2000 du 1er décembre 2000, K. c/Z. et T. Le Juris-Ohada, n° 3/2003, juillet-septembre 2003, p. 43, Ohadata J-04-111. Cette décision a toutefois été rendue sous l'empire de la loi antérieure à l'acte uniforme sur les sociétés commerciales.
[787] Code civil Français de 1958 applicable au Tchad.
[788] AUZERO Gilles, « L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé », *Dalloz affaire*, 1998, p. 52.
[789] En revanche, les biens personnels des associés ne peuvent en aucune façon constituer le gage des créanciers de la société qui constitue une personne juridique distincte, dès lors qu'ils n'engagent que leur part du capital social.
[790] NGOUE Willy James, « la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants de sociétés anonymes en droit OHADA », *OHADATA D-05-52*, p. 13
[791] Article 891 AUSCGIE.

la loi ivoirienne portant sur les sanctions pénales applicables aux infractions contenues dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique qui est la loi n° 2017-727 portant répression des infractions prévues par les actes uniformes du Traité relatif à l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique.

Ainsi, l'article 891 de l'AUSCGIE dispose que « 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'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 ».

De plus, le même Acte organise la sanction des atteintes aux droits des actionnaires, tel que la suppression illicite du droit préférentiel de souscription prévu par l'article 573. Le dirigeant est aussi soumis à des sanctions civiles qui sont relatives à la réparation du préjudice subi par les actionnaires. Il s'agit de l'octroi des dommages et intérêts. Si le préjudice est personnel, cela profitera à l'actionnaire, et si le préjudice est social il profitera à la société[792].

Bien plus, le dirigeant peut en cas d'action en comblement du passif, être amené à combler le déficit constaté dû par ses fautes de gestion. Il est à préciser toutefois que quiconque intente une action en comblement de passif doit prouver la faute de gestion du dirigeant. La responsabilité civile permet d'obtenir le paiement des dommages et intérêts par les administrateurs. Ceux-ci étant responsables, individuellement ou solidairement, selon les cas. Lorsque plusieurs dirigeants ont coopéré aux mêmes faits, le tribunal détermine alors la part contributive de chacun dans la réparation.

Les sanctions patrimoniales ont un effet important. Elles présentent un caractère efficace dans la mesure où le patrimoine des dirigeants est diminué au profit des actionnaires. Elles produisent un effet préventif et un effet curatif[793]. En effet, la perspective de la sanction fait naître une réticence chez les dirigeants tentés d'effectuer des actes frauduleux. Par conséquent, le durcissement de ces sanctions tel qu'observé en droit OHADA des sociétés joue un rôle de premier plan dans la protection des investisseurs tant nationaux qu'étrangers. Cette rigidité

[792] NGOUE Willy James, « la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants de sociétés anonymes en droit OHADA », *OHADATA D-05-52*, p. 13
[793] NGOUE Willy James, « la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants de sociétés anonymes en droit OHADA », *op. cit.*, p. 14.

entraîne plus de vigilance et de surveillance de la part des dirigeants dans la gestion des affaires sociales, leur prudence étant justifiée par la peur sous-jacente de la sanction. C'est ainsi que la jurisprudence, en sanctionnant avec austérité les fautes de gestion telle que l'abus de biens et du crédit de la société, crée de l'appréhension chez les dirigeants sociaux, car selon une jurisprudence, une simple abstention[794] peut constituer un abus des biens et du crédit de la société.

L'effet curatif des sanctions se manifeste par le fait que le dirigeant doit être sanctionné en cas d'échec de la prévention[795]. Les amendes, dommages et intérêts seront tirés du patrimoine du dirigeant. Ceux-ci, fixés à l'avance, visent à compenser la perte subie, en fonction de l'étendue du préjudice. À côté des sanctions patrimoniales, existent aussi des sanctions extrapatrimoniales.

18. **Les sanctions extrapatrimoniales**

Les sanctions extrapatrimoniales sont de deux ordres. Il y a d'une part les emprisonnements et d'autre part, les interdictions et les déchéances[796].

S'agissant des emprisonnements, l'article 9 de la loi ivoirienne n° 2017-727 du 9 novembre 2017 portant répression des infractions prévues par les actes uniformes du traité relatif à l'Harmonisation du droit des affaires en Afrique sanctionne d'un emprisonnement d'un à cinq ans « les dirigeants sociaux qui en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaires frauduleux, opèrent, sciemment, entre les actionnaires ou les associés, la réparation de dividendes fictifs »[797]. C'est dans ce sens que l'article 10 de la même loi sanctionne d'une peine identique la présentation par les dirigeants d'une image infidèle de l'entreprise[798].

Dans la même lancée, l'entrave à la participation d'un actionnaire à une assemblée est sanctionnée par l'article 15 de la loi ivoirienne n° 2017-727 du 9 novembre 2017 portant répression des infractions prévues par les actes uniformes du traité relatif à l'Harmonisation du droit des affaires en Afrique, d'un emprisonnement de trois mois à deux ans. Quant à l'article 19-1, il punit d'un emprisonnement de trois mois à trois ans tout refus de faire

[794] Cass. crim. 15 mars 1972, Rev. Soc. 1973, p. 357
[795] Willy. James NGOUE, « la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants de sociétés anonymes en droit OHADA », *op. cit.,* p. 15.
[796] *Ibidem.*
[797] Loi du 9 novembre 2017 portant répression des infractions prévues par les actes uniformes du traité relatif à l'Harmonisation du droit des affaires en Afrique
[798] *Ibidem.*

bénéficier les actionnaires de leur droit préférentiel de souscription alors que celui-ci n'a pas été supprimé. Il en est de même que lorsqu'il n'a pas été accordé aux actionnaires un délai d'au moins vingt jours, à dater de l'ouverture de souscription. Les articles 17 et 21 de la même loi prévoient un emprisonnement de trois mois à trois ans lorsqu'une infraction liée à l'augmentation ou à la réduction du capital social est commise[799].

S'agissant des interdictions et déchéances, les articles 40 et suivants de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général précisément en précise le régime. Il est donc interdit à une personne d'exercer une activité commerciale directement ou par personnes interposées s'elle a fait l'objet d'une interdiction prononcée par une juridiction professionnelle. L'interdiction ne concerne que l'activité commerciale considérée. De plus, nul ne peut exercer une activité commerciale, s'il a fait l'objet d'une condamnation définitive à une peine privative pour un crime de droit commun, ou à une peine d'au moins trois mois d'emprisonnement non assorti de sursis pour un délit contre les biens, ou une infraction en matière économique ou financière.

Les sanctions extrapatrimoniales produisent deux effets, le renforcement de la protection des droits des actionnaires et la consécration de la sécurité juridique des affaires. Tout d'abord, s'agissant du renforcement de la protection des droits des actionnaires, la sanction effective des dirigeants sociaux de mauvaise foi protège indéniablement les actionnaires dans leurs droits. Dans ce sens, les dirigeants s'abstiendront de mettre en œuvre toute politique malveillante susceptible de mettre la société en péril. Le dirigeant est donc forcé à prendre le recul nécessaire avant de s'exposer à une interdiction, un emprisonnement assorti d'une amende ou une faillite personnelle, à défaut de sanctions cumulatives. Quant à la consécration de la sécurité juridique des affaires, les sanctions extrapatrimoniales ont pour but d'assainir le milieu des affaires[800]. Il est important de procéder à un tel tri, car les investisseurs étrangers ne seraient intéressés par le marché qu'offre l'espace OHADA que s'il y a une bonne sécurité juridique.

[799] Articles 893-1, 894, 895 relatifs aux infractions relatives à l'augmentation du capital social ; et l'article 896 relatif aux infractions relatives à la réduction du capital social.
[800] *Ibidem.*

CONCLUSION DU TITRE 1

En définitive, la protection recherchée par le législateur OHADA ne peut pas être effective sans une réforme du droit d'alerte et de l'expertise de gestion. Cela commence par la détection des faits susceptibles de compromettre la continuité de l'exploitation de la société. En effet, il a été montré que dans l'ordre juridique OHADA, la protection des minoritaires par l'information repose essentiellement sur des mécanismes d'alerte. Cependant, en raison du manque de portée pratique principalement dû à l'imprécision de leurs normes ouvertes, les agents de détection ont rencontré des difficultés dans la mise en œuvre de ces procédures d'alerte. Par conséquent, il y a moins de sources d'information sur la situation de l'entreprise. Par conséquent, d'autres mesures de protection doivent être envisagées. Cependant, les mécanismes d'alerte restent la principale mesure légitime de protection.

Le but des dispositions de l'OHADA vise à sanctionner les dirigeants dont la mauvaise foi avérée est incompatible avec les bons usages commerciaux[801]. Dans ce sens, la faillite personnelle du dirigeant peut être envisagée comme une mesure prise en vue de protéger l'intérêt public et la sécurité des tiers, de même que l'interdiction à tout dirigeant de gérer.

[801] Willy James NGOUE, «la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants de sociétés anonymes en droit OHADA », *OHADATA D-05-52*, p. 16.

TITRE 2. LA FAIBLESSE DES MOYENS EN PLACE ET LES IMPÉRATIFS DE RÉFORMES

Il nous serait difficile de mettre en lumière les écueils des actionnaires corporatifs agissant d'abord pour sécuriser leurs droits face aux pratiques de gestion actuelles des dirigeants et aux contrôles superficiels des commissaires aux comptes, malgré la volonté indéniable des législations africaines d'assurer une protection efficace des intermédiaires (**Chapitre 1**), puis développez quelques idées qui peuvent aider à améliorer les conditions des actionnaires dans la société (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : La garantie des actionnaires minoritaires aux institutions financières intermédiaires

Il est important de noter à cet égard que l'Acte uniforme réglemente très peu les marchés financiers, mais il faudrait y prêter plus d'attention[802] puisqu'il fait partie du droit commercial. L'article 2 du traité OHADA[803] habilite le Conseil des ministres à comprendre toute autre matière relevant du droit commercial. Cependant, le nouveau droit des marchés financiers affirme de plus en plus son indépendance par rapport au droit commun des sociétés, et l'intervention de l'OHADA vise sinon à l'établissement de bourses communautaires, du moins à l'interpénétration des marchés financiers dans son ressort[804]. C'est là que l'on espère que l'OHADA agira de manière unifiée sur les marchés financiers. Ainsi, lorsque les titres de l'entreprise ne sont pas dématérialisés, l'approche de gestion peut être qualifiée de classique.

Avec la dématérialisation des valeurs mobilières[805] et le développement des marchés boursiers, on assiste à l'émergence de nouveaux modes de représentation des actionnaires (**Section 1**), ce qui pose la question de la sécurisation des droits des déposants devant une multitude d'acteurs (**Section 2**).

Section 1. La représentation des droits pécuniaires des actionnaires

Les mécanismes de représentation des actionnaires varient selon la nature et la taille de l'entreprise. Les acteurs sont plus diversifiés et plus centrés sur les sociétés cotées (**Paragraphe 1**). C'est aussi là que se développe la représentation elle-même, l'utilisation de

[802] KALIEU Yves et KEUFFI Daniel Ebenezer, « *L'émergence des marchés financiers dans la zone OHADA* », AFRILEX n° 4, 2004, p. 48.
[803] Selon cet article, entre dans le domaine du droit des affaires « […] toute autre matière que le Conseil des ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure, conformément à l'objet du présent Traité ».
[804] KALIEU Yves et KEUFFI Daniel Ebenezer, *op. cit.*, p. 49.
[805] AHOULOUMA Fortune et LAWSON Fabien, « Dématérialisation des valeurs mobilières : et si l'OHADA expérimentait le blockchain », 03 juillet 2018, disponible sur : https://afrique.latribune.fr/think-tank/tribunes/2018-07-03/dematerialisation-des-valeurs-mobilieres-et-si-l-ohada-experimentait-la-blockchain-tribune-783775.html.

procurations étant obligatoire. C'est pour cette raison que les actions de gestion sont précisément définies (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Les acteurs représentés

Le partenaire choisi par les actionnaires est sans conteste la société émettrice, dont l'assistance est indispensable à la gestion des titres de la société, notamment lors de leur inscription au nominatif. Cette importance, même si elle n'est pas remise en cause, est contrebalancée par l'émergence de nouveaux acteurs lorsque les titres d'une entreprise sont cotés en bourse. Ainsi, on peut distinguer les sociétés traditionnelles des sociétés dématérialisées et enfin des sociétés cotées.

Les sociétés à titres dématérialisés se situent entre les sociétés dites traditionnelles et les sociétés cotées en bourse. D'une part, elles ne sont pas cotées en bourse et, d'autre part, leurs titres sont enregistrés par écritures en compte. De ce fait, les participants se retrouvent impliqués dans la gestion des titres des sociétés dites classiques (**A**) et des sociétés publiques (**B**).

A. Les représentants de la société classique

Les actions peuvent être nominatives ou au porteur. Lorsqu'ils sont au porteur, l'acte de gestion et de représentation éventuelle reste à l'initiative du porteur, pas nécessairement avec le concours de la société émettrice ou de l'organisme financier. En principe, il est seul responsable de la garde physique des titres, ce qui l'expose également aux risques de perte et de vol. Pour la cession[806] de ses droits, sans le concours de la société émettrice, l'acte est effectivement formé contre les parties et les tiers selon la simple tradition. Cependant, il peut confier les titres à un établissement de crédit[807] qui peut mieux gérer les risques liés à la négociation de titres.

Il s'agit principalement de la gestion des actions des sociétés nominatives. Avant la dématérialisation d'un titre, un titre nominatif est inscrit par son titulaire dans un registre tenu

[806] Eric Wilfrid GONCALVES, « L'affaiblissement du droit préférentiel de souscription des actionnaires en droit OHADA », Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique Professionnelle, N° 1 - Juin 2012, Doctrine. Disponible sur le site : https://revue.ersuma.org/no-1-juin-2012/doctrine-12/L-AFFAIBLISSEMENT-DU-DROIT

[807] Directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice· Journal officiel n° L 126 du 26/05/2000 p. 0001 – 0059. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000L0012&from=DA

par la société émettrice. Depuis l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme, la propriété nominative peut également être constatée par l'inscription au compte de ladite société.

On distingue alors les titres au nominatif pur et les titres au nominatif administré. La première est gérée directement par la société, tandis que la seconde est confiée par la seconde à un intermédiaire financier.

D'une part, la société émettrice tient des registres et des comptes de titres nominatifs pour le compte des actionnaires. Il n'existe pas de dispositions législatives ou réglementaires particulières organisant la tenue de registres de titres ou de comptes de titres nominatifs. En pratique, il est fait référence à la norme émetteurs titulaires[808] de comptes-titres non admis au SICOVAM[809] contenue dans une lettre du 23 février 1984[810] du ministre de l'Économie et des Finances. Ainsi, la gestion des titres nominatifs est réglée par chaque société dans ses statuts. Cependant, le registre des déménagements doit être ouvert, et chaque déménagement doit faire l'objet d'un ordre de déménagement spécifique, signé par le cédant. Dès lors, tous les frais qui entravent l'action doivent être mentionnés, tels que les nantissements, mais aussi l'évolution de la situation du titulaire[811].

D'autre part, la société émettrice protège les titres de la société pour le compte des actionnaires, ce qui limite les risques de perte ou de vol. De plus, la société émettrice aide à gérer la preuve de propriété des titres[812] de sécurité, puisque le propriétaire est celui qui s'est inscrit en premier lieu. L'inscription du titre au registre de la société émettrice est une preuve absolue de propriété. Ainsi, en cas de vente en série, le véritable acquéreur sera le premier inscrit au registre social.

La gestion des titres des entreprises par l'émetteur a été critiquée parce qu'elle peut conduire à des abus de la part des dirigeants, mais aussi parce que la compétence technique de

[808] MERCADAL Barthelemy et JANIN Philippe**,** *Mémento Pratique Francis Lefebvre : Sociétés Commerciales* 1995, Edition Francis Lefebvre, 1994, p. 768 et s

[809] Société interprofessionnelle de compensation des valeurs mobilières

[810] Daniel Ebenezer KEUFFI, mémoire précité, p. 19.

[811] Il peut s'agir de la transmission de l'action par voie de succession, donation, partage, il peut s'agir aussi de l'usufruit ou de l'indivision, et même de la capacité de l'actionnaire

[812] CA Paris, 11 janvier 2018, n° 16/10056. Il faut retenir de cette décision : « Dans sa décision en date du 11 janvier 2018, la Cour d'appel de Paris a rappelé la portée de la présomption de propriété des actions fondées sur un ordre de mouvement de titres. Ainsi, la détention d'un ordre de mouvement de titres contesté n'apparaît pas suffisamment probante s'il ne s'accompagne pas d'un faisceau d'indices supplémentaire afin d'étayer la thèse de la possession ; cette présomption réfragable par nature, supporte certes la preuve contraire, mais à charge à celui qui entend revendiquer la propriété des actions de l'apporter. » V. également Cass. Com., 10 juin 1997, n° 95-16.235.

l'émetteur en matière de gestion des titres a été mise en cause[813]. C'est la raison du recours constant à des professionnels tels que les agences de crédit.

Ils sont essentiellement une banque pour les professionnels de la finance. C'est avec ce professionnalisme que les actionnaires et les sociétés émettrices leur confient la gestion des titres de sociétés. La France taxe même les aides des institutions financières pour les entreprises dont la valeur nominale est supérieure à 10 000 francs[814]. Ce concours s'adresse principalement aux projets tels que le paiement des produits, le transfert direct non coté, le transfert garanti lors du nantissement des actions, la conversion des titres nominatifs en titres au porteur. Avec l'émergence des marchés financiers, on assiste à l'émergence de nouveaux acteurs dont les carrières sont des intermédiaires en bourse.

B. Les acteurs pour les titres cotés

Il ne s'agira que d'acteurs financiers gérant leurs droits monétaires pour le compte d'actionnaires minoritaires. D'autres caractéristiques, comme celles qui contribuent à informer les actionnaires de leurs choix[815], et celles qui visent à rapprocher les intermédiaires[816] financiers des actionnaires[817], ne seront pas abordées ici. L'identification des acteurs représentés sera précédée d'une étude des conditions d'entrée dans la filière.

Divers services d'investissement sont fournis par des prestataires de services d'investissement, qui peuvent être des sociétés de placement en valeurs mobilières ou des établissements de crédit[818]. Il faut se référer à la réglementation de l'Afrique de l'Ouest et du Centre pour voir chaque service d'investissement attribué à un intervenant particulier.

Les acteurs représentatifs sont clairement définis dans la législation de la CEDEAO. En effet, le Règlement de l'Épargne Publique de l'UEMOA en son article 7 réglemente les sociétés de gestion et d'intermédiation (SGI), les sociétés de gestion immobilière (SGP), les conseillers en investissements boursiers, les apporteurs d'affaires et les lobbyistes. Cependant, les véritables intermédiaires sont SGI et SGP. Il semble y avoir une séparation claire de l'activité

[813] KEUFFI Daniel Ebenezer, *op. cit.*, p. 31 et s.
[814] RIPERT Georges et ROBLOT René, *Traité de droit commercial*, LGDJ, t. 2, 13e éd., 1992, p. 28.
[815] Notamment les activités de conseil en investissement boursier.
[816] https://www.cgfbourse.com/wp-content/uploads/2021/03/BRVM-Brochure-investisseur.pdf
[817] Il peut s'agir des apporteurs d'affaires.
[818] Loi camerounaise n° 99/15 de 22 décembre 1999 portant création et organisation d'un marché financier au Cameroun.

entre les deux professions, mais ce n'est qu'une idée, car la SGI peut empiéter sur la compétence de la SGP.

Premièrement, en ce qui concerne SGI, il s'agit de prestataires de services d'investissement[819] réglementés non bancaires. Est-ce à dire que les banques ne peuvent pas occuper cette fonction ? Une réponse affirmative s'impose, car les banques ne pourront pas exercer d'activités dans ce sens[820] conformément à la décision du Conseil des ministres de l'UEMOA modifiant l'article 37 du Règlement général du CREPMF[821]. Toutefois, la banque a le droit d'exercer la fonction d'administrateur de compte conservateur[822].

Ces sociétés sont autorisées à exercer les activités de commissionnaires compensateurs et de teneurs de comptes. Ils sont une société anonyme avec un accent particulier sur la bonne réputation de leurs actionnaires et dirigeants. Il y a des risques réels à mettre l'épargne des gens entre les mains de personnes de mauvaise moralité qui n'hésiteront pas à partir, ou détourneront l'épargne de leur destination normale par des pratiques illégales.

SGI bénéficie d'un monopole sur les activités de négoce. Ainsi, tous les transferts de titres cotés sont en principe effectués par l'intermédiaire de SGI. Leur compétence ne s'applique qu'aux activités de conservation de comptes-titres.

Ils peuvent exercer des activités de gestion financière de comptes-titres pour le compte de clients en qualité connexe, ce qui constitue une atteinte au champ d'activité des sociétés de gestion de portefeuille.

Deuxièmement, les gestionnaires d'actifs ne détiennent pas les titres ou les fonds de leurs clients. Ils transmettent l'ordre correspondant à SGI et gèrent à leur seule discrétion les titres qui leur sont confiés en accord avec le pouvoir de gestion. Il n'y a pas ici de monopole, les titulaires de comptes-titres pouvant se faire représenter par des mandataires non professionnels. Dans un tel cas, la procuration serait une procuration de droit commun, alors que la délégation de pouvoir à l'AMC serait régie par des lois particulières. En règle générale,

[819] https://www.lafinancepourtous.com/decryptages/marches-financiers/acteurs-de-la-finance/les-prestataires-de-services-dinvestissement/

[820] Décision du Conseil des ministres de l'UEMOA, réuni en sa session du 27 mars 1998 à Bamako, annexée au règlement général du CREPMF. http://www.crepmf.org.

[821] Daniel KEUFFI, *La régulation des marchés financiers dans l'espace OHADA*, thèse, droit, Strasbourg, 2010. Français. Disponible sur le site : https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00483729/document

[822] Instruction du CREPMF n° 16/98 du 22 septembre 1998 portant autorisation des banques de l'union à exercer les fonctions de teneur de compte et de compensateur.

les sociétés de gestion perçoivent des commissions de courtage ou des commissions des sociétés de gestion avec lesquelles elles font affaire en rémunération de leurs activités, ainsi que des honoraires versés par les clients.

Les SGP traitent d'actions de gestion privée et la gestion collective est organisée autour d'engagements d'investissement collectif en valeurs mobilières, qui sont des sociétés d'investissement à capital variable ou des fonds communs de placement. Dans les deux organisations, les déposants souscrivent des actions, ce qui permettra aux entreprises d'acquérir et de gérer des titres de sociétés cotées en bourse. Ils n'agissent pas en qualité de représentants des actionnaires.

S'agissant de la bourse des valeurs mobilières de l'Afrique centrale, les articles 153 et s. du COSUMAF précisent que les intermédiaires financiers sont les sociétés de bourse, les établissements de crédit, les mandataires des sociétés de bourse, les sociétés de gestion de portefeuille d'investissement. Les sociétés de gestion sont chargées de recevoir et de transmettre les ordres de bourse pour exécution, négociation de titres, voire gestion de fortune dans des cas particuliers. Les établissements de crédit sont spécialisés dans la tenue de la comptabilité, la réception et l'acheminement des ordres de bourse. Les mandataires sont seuls habilités à recevoir et transmettre des ordres de bourse. Les gestionnaires d'actifs s'occupent en dernier ressort de la gestion de portefeuille personnelle.

La première condition est de se constituer dans la forme requise par la loi. En effet, il est admis que seules les sociétés sous forme de sociétés anonymes peuvent intervenir sur le marché.

L'article 38 (i) du Règlement n° 06/03-CEMAC-UMAC du 11.11.2003 portant organisation, fonctionnement et contrôle des opérations de bourse sur la place financière de l'Afrique centrale. Les conditions d'agrément visent à garantir la sécurité des dépôts, notamment en ce qui concerne le siège social, la bonne réputation des dirigeants, la composition de l'actionnariat, la capacité financière, les moyens techniques et humains dont dispose la société.

En ce qui concerne le siège social, la société doit être située dans le ressort territorial de l'autorité de marché[823]. La nécessité de contrôler efficacement leurs activités justifie cette exigence et s'inscrit dans le souci d'éviter la création d'entreprises boîtes aux lettres[824].

De plus, la bonne réputation d'un agent peut être difficile à juger, car le seul critère objectif qui peut être utilisé est le casier judiciaire de l'agent. Cependant, un leader propre peut en fait être moins doué pour gérer l'épargne des gens. Ce n'est qu'avec le recul que nous nous rendons compte de l'erreur. Cependant, un casier judiciaire peut en dire long sur les antécédents criminels d'une personne et devrait indiquer sa bonne réputation.

De même, la composition de l'actionnariat doit être communiquée[825] aux autorités de marché[826]. En outre, la directive 4/97 relative au mandat des SIG exige l'identité et les activités des actionnaires détenant plus de 10 % du capital.

En outre, les sociétés qui demandent l'agrément doivent disposer d'une capacité financière suffisante pour opérer sur le marché et doivent également respecter les niveaux de capital prescrits par l'autorité de régulation du marché. Fournir des garanties pour assurer la solvabilité des intermédiaires financiers est également une mesure de la capacité financière. À ce titre, ils doivent joindre à la demande d'agrément les cautions et garanties données par les actionnaires, un récapitulatif des comptes des trois derniers exercices et un état du patrimoine de la société pour les trois derniers bilans.

Enfin, l'entreprise doit disposer des moyens techniques et humains. Pour cela, il est nécessaire de décrire ses capacités opérationnelles en termes de personnel spécialisé et d'équipements informatiques.

Malheureusement, la réglementation du CMF ne prescrit pas l'avis des associations professionnelles des opérateurs de marché[827] et des sociétés de gestion en matière d'octroi

[823] La société doit avoir son siège au Cameroun pour la Commission des Marchés Financiers, en Afrique centrale pour la COSUMAF et en Afrique de l'Ouest pour le CREPMF.
[824] Hermine KEMBO TAKAM GATSING : *La responsabilité pénale des acteurs du marché financier dans la loi n° 99/15 du 22 décembre 1999 portant création d'un marché financier au Cameroun*, mémoire DEA, Université de DSCHANG, novembre 2003, p. 47.
[825] Banque européen d'investissement, le secteur bancaire en Afrique, financer les formations sur fond d'incertitude, 2020, https://www.eib.org/attachments/efs/economic_report_banking_africa_2020_fr.pdf
[826] L'art. 7 de la loi camerounaise n° 99/15 du 22 décembre 1999, ainsi que l'instruction n° 5/97 relative à l'agrément des SGP et n° 4/97 relative à l'agrément des SGI, imposent à la société qui sollicite l'agrément, la communication de la composition de son actionnariat, ainsi que le montant de la participation de chacun
[827] À cet effet, le règlement du CREPMF décide que ce fonds propre est de 100 millions FCFA pour l'une ou l'autre des activités de négociateur compensateur, teneur de compte conservateur, et de gestionnaire d'actifs, et de 150 millions en cas de cumul. Le règlement de la CMF reprend pour son compte les mêmes critères.

d'agréments et d'agrément des sociétés de gestion. En fait, il ne s'agit que d'une suggestion possible pour les opérateurs du marché, et on ne sait toujours pas s'il s'agit d'un accord ou d'un avis consultatif. Cependant, tout indique que la recherche d'avis est facultative et que les avis auront un caractère consultatif.

De même, sur le marché, on constate que la COSUMAF est liée par les avis défavorables des opérateurs du marché, même si malheureusement les avis des associations professionnelles sont oubliés.

L'article 103 du Règlement général du CREPMF prévoit que la délivrance de cette carte est subordonnée à la réussite d'un test d'aptitude professionnelle et à la présentation d'un extrait de casier judiciaire et d'un curriculum vitae.

Ces exigences témoignent des choix faits en matière de transparence et de sécurité pour les déposants. Ces derniers identifient facilement ceux avec qui ils traitent, ainsi que leurs électeurs. La délivrance des cartes professionnelles doit reposer uniquement sur la compétence des préposés ou préposés de l'intermédiaire financier. Par ailleurs, le règlement général du CREPMF prévoit qu'il est soumis aux avis défavorables de l'entreprise de marché et de la Caisse Régionale des Dépôts de Valeurs Mobilières. Cette règle mérite d'être adoptée par le CMF et la COSUMAF[828] pour assurer la capacité de gestion des droits pécuniaires des actionnaires. Cette capacité se mesure par la qualité des comportements accomplis dans la pratique professionnelle.

Paragraphe 2 : Les actes représentatifs

Les délégués se comportent de diverses manières. Cela implique non seulement l'achat et la vente de titres, mais aussi la gestion. Ces activités comprennent la garde et la gestion de titres (**A**), les activités d'intermédiation (**B**) et les activités de gestion d'actifs (**C**).

A. La gestion des titres des actionnaires des minoritaires

Le contrat de dépôt est le comportement du dépositaire pour collecter les biens du déposant, et le déposant est responsable de le conserver et de le restituer en nature à son

[828] Le règlement général de la COSUMAF dispose à l'article 252 que « des tests d'aptitude professionnelle et des examens peuvent être organisés en vue de la délivrance des cartes professionnelles ». Les tests ne sont donc pas obligatoires, ce qui est critiquable.

expiration. Pour qu'un contrat soit valide, il doit y avoir des biens mobiliers, une livraison valide des biens et un retour inconditionnel à la fin du contrat.

Lorsque le nombre d'actions est important, la conservation des valeurs mobilières ne présentera aucune difficulté, car elle suit le régime de droit commun. La garde est généralement assurée par un banquier. À cet effet, le contrat consiste en la livraison de titres. Cette conservation peut être automatique si les titres acquis par le banquier pour le compte du client ne sont pas retirés. Compte tenu du niveau de professionnalisme du banquier, celui-ci doit apporter toutes les précautions nécessaires d'un point de vue juridique et matériel. Il est notamment chargé de réclamer les titres en cas de vols ou contre ceux-ci. Sous peine d'être poursuivi pour abus de confiance, le banquier n'est pas autorisé à utiliser des titres pour son compte.

Du fait des options du législateur OHADA en matière de dématérialisation des titres, les qualifications juridiques pour la conservation dépositaire des titres dématérialisés ne sont pas aisées. Les titres qui sont des actifs corporels deviennent immatériels, quelque part entre la simple dette et la propriété intellectuelle[829].

La livraison et la restitution traditionnelles deviennent une question de pensée comme impossible en présence de valeur dématérialisée. L'entiercement est l'inscription de titres au nom de leurs titulaires et la conservation des actifs correspondants pour assurer leur existence en tant qu'actifs[830].

Une théorie du dépôt occasionnel peut être proposée pour définir la relation entre le client et le service d'investissement. Dans ce type de dépôt, le déposant n'a pas besoin de restituer la même chose, mais le même genre de chose dans la même quantité, puisqu'il peut utiliser les biens déposés[831]. Cette analyse est inappropriée. Les dépositaires de titres ne peuvent l'utiliser sans être victimes d'un abus de confiance. Cela signifie que la garde de valeurs mobilières est analysée comme des dépôts à terme.

Pendant plusieurs années, la doctrine a trouvé un caractère juridique très particulier à cette opération. Il s'agira d'un contrat complexe, rédigé par le bail et complété par un mandat[832].

[829] Hubert DE VAUPLANE, Jean-Pierre BORNET, Droit *des marchés financiers*, Litec, 3e édition, 2001, p. 875.
[830] Art. 3-11 du projet de règlement général COSUMAF.
[831] C'est le cas d'une banque qui peut utiliser les espèces qui lui sont confiées à titre de dépôt.
[832] Hubert DE VAUPLANE, Jean Pierre BORNET, *op. cit.*, n° 974, p. 877.

La Cour de cassation a jugé qu'un intermédiaire habilité, teneur de compte et teneur de compte est lié par un contrat de dépôt l'obligeant à conserver la contrepartie, et qu'il ne peut se livrer à la gestion seule ou à la gestion hors gestion de ces titres sans l'accord du titulaire[833]. Cette position a été discutée en théorie et parmi les professionnels qui, voyant l'attitude du juge dans l'affaire, veulent à tout prix établir un abus de confiance contre le curateur. Par ailleurs, la Cour suprême reste très prudente, même s'il continuait d'employer faute de meilleur terme déposant[834] et conservateur et ne qualifiait pas la relation existante entre les actionnaires et leurs titulaires de comptes.

C'est là que naît la notion de garde légale, considérée comme abstraite, car elle ne se caractérise plus par la possession matérielle d'actifs, mais plutôt par l'exercice d'un pouvoir sur des actifs en les inscrivant en compte. Toutefois, le dépositaire ne pouvant utiliser les titres pour son compte, les obligations inhérentes au dépositaire sont les mêmes.

Les administrateurs de comptes gérés doivent assurer une administration minimale. Il doit donc séparer les coupons des titres, avertir les clients de certains événements pouvant affecter leurs titres[835]. Les gens se demandent jusqu'où ils peuvent aller.

Aujourd'hui, on assiste en effet à une évolution des devoirs légaux de tutelle vers de véritables devoirs d'information. La jurisprudence précise que les dépositaires sont tenus d'informer leurs clients de toute circonstance susceptible d'affecter les droits attachés à leurs titres, et qu'il appartient au dépositaire de porter à la connaissance de ses clients tout événement inhérent au titre et au titre attaché à cette obligation de notification renforcée[836].

B. Les intermédiaires financiers

Le recours à des intermédiaires financiers est inévitable. En outre, il existe dans ce domaine des pratiques monopolistiques passibles de sanctions pénales[837]. Seul le personnel autorisé peut intervenir sur le marché. Cela signifie que les actionnaires souhaitant vendre leurs

[833] Cass. Crim. 30 mai 1996, banque et droit, n° 48 juillet août 1996, chr. Frederic PELTIER et Hubert DE VAUPLANE, cité par DE VAUPLANE Hubert et BORNET Jean-Pierre, *op. cit.*, p. 864.
[834] Hubert DE VAUPANE, Jean Pierre BORNET, *op. cit.*, p. 264.
[835] Anne LEBORGNE, « Responsabilité civile et opérations sur le marché boursier », *RTD com*., juin 1995, p. 264.
[836] Cass. com., 9 janvier 1990, D.1990.173, note BRIL, cité par Anne LEBORGNE, *op. cit*., p. 262
[837] Article 35 (1) de la loi 1999/15 du 22 décembre 1999 portant création et organisation d'un marché financier au Cameroun.

actions doivent passer par un intermédiaire financier. C'est le cas de la réception et de la transmission des ordres de bourse, mais surtout de leur exécution.

Cette activité est exercée par toute personne qui, pour le compte du donneur d'ordre, transmet un ordre relatif à la transaction d'un instrument financier à un intermédiaire financier habilité pour exécution.

La société émettrice peut exercer ces fonctions lorsque les titres sont inscrits à son registre sous la forme nominative. Dans ce cas, les actionnaires donnent à la société un ordre de vente ou d'achat de titres sur le marché, et la société se charge de transmettre l'ordre à un intermédiaire agréé pour exécution.

Cette activité peut également être exercée par des prestataires de services d'investissement. À cette fin, elles sont spécialisées dans la réception et la transmission d'ordres de bourse, ou fournissent d'autres services financiers dans le monde entier. Dans le premier cas, ils se qualifient de passeurs d'ordres, alors que dans l'autre ils sont plutôt collecteurs d'ordres. Généralement, cette activité est entreprise par la banque où les titres sont déposés. Ce dernier doit transmettre avec diligence et fidélité les instructions qui lui sont confiées au prestataire de services d'investissement.

On a longtemps pensé que les intermédiaires devaient se contenter de transmettre fidèlement et promptement les ordres reçus, restant ainsi neutres, puisqu'il appartenait au banquier de surveiller et d'informer sur le sort des titres afin de les protéger de toute imposition à l'engagement de disposition Obligation de conseil.

Plus récemment, la jurisprudence a étendu les obligations des expéditeurs de commandes en décidant que, quelle que soit la nature du contrat auquel ils sont liés, ils doivent informer ce dernier du risque qu'il prend. Les juges de la Cour suprême ont établi un « devoir général d'information sur les risques de transactions spéculatives ». Le devoir ne découle pas vraiment de la nature du contrat, seule compte une reconnaissance générale et permanente du devoir d'assistance du professionnel au profane. Les obligations découlant de la transmission d'un ordre s'étendent à son exécution.

Le trading est l'exécution d'ordres de bourse pour le compte de clients. Elle peut comprendre l'achat et la vente de titres. Les intermédiaires financiers doivent faire preuve de diligence raisonnable, notamment en exigeant des clients qu'ils souscrivent une assurance.

L'article 5 de la loi n° 1999/15 portant création et organisation des marchés financiers au Cameroun fait référence aux services d'investissement pour l'exécution d'ordres pour compte de tiers. Cette fonction inclut tout intermédiaire financier habilité à négocier des instruments financiers pour le compte des actionnaires. À cet effet, le Prestataire de Services d'Investissement est responsable de l'exécution des ordres qui lui sont transmis et de l'appariement des ordres entrants et exécutés. En outre, un prestataire de services d'investissement peut agir en tant que commissionnaire, mandataire ou courtier[838] dans le cadre d'un contrat d'agence.

L'ordre s'impose aux négociateurs dont l'assistance ne peut être refusée, notamment lorsque l'ordre respecte les conditions légales, notamment en matière de couverture. Tout retard d'exécution constitue un manquement[839]. Une mauvaise exécution, ou une exécution retardée peuvent amener les négociateurs à assumer leurs responsabilités en cas de parti pris.

Tout ordre exécuté et toute transaction exécutée doivent faire l'objet d'une notification de transaction au plus tard le lendemain de la transaction. Par conséquent, le silence du client après avoir accepté la notification de transaction est dû au fait que le client a accepté l'exécution correcte. Toutefois, la jurisprudence a décidé que la réception de cette notification sans protêt ni réserve vaut acceptation sans empêcher le client de reprocher ultérieurement, dans le délai convenu, à la personne qui a effectué ces opérations de ne pas avoir agi conformément à la commande reçue. Ainsi, le silence du client après avoir été avisé de la transaction ne signifie pas que la poursuite contre le courtier est irrecevable[840]. Toutefois, si le contrat d'ouverture de compte prévoit un délai d'opposition ou de réclamation du client, si le client reste silencieux trop longtemps, il pourra être disqualifié. Les commerçants doivent vérifier l'assurance fournie par le client.

L'exécution des ordres en bourse entraîne une obligation particulière : la couverture. L'article 30 al. 1 de la loi de 1999 dispose que les partenaires des donneurs d'ordres et les opérateurs du marché constituent des garanties pour couvrir les décisions prises sur le marché. L'expéditeur de l'ordre ne peut pas éviter les obligations de couverture, car il a de toute façon besoin de l'aide d'un intermédiaire financier.

---

[838] Jean GATSI, « Le marché financier au Cameroun », *JURIDIS PERIODIQUE*, n° 47 jan-fev-mars 2001, n° 12, p. 65.
[839] Voir Versailles, 23 septembre 1993, JCP.E 1994.I. 378, n° 30, obs. Christian GALVADA et Jean STOUFFLET.
[840] Cass. com., 26 mars 1996, Banque et droit, juillet-août 1996, n° 48, note Hubert DE VAUPLANE (H.), cité par Hubert DE VAUPANE, Jean-Pierre BORNET, *op. cit.*, p. 864.

À l'origine, la couverture était conçue comme un droit d'agent de change, protégeant ainsi les intermédiaires financiers. L'idée est d'éviter de leur transmettre les aléas de la spéculation boursière. La couverture a pour but de limiter la spéculation et de protéger certains clients de la tentation de spéculer. Elle isole ainsi l'intermédiaire de la défaillance du client, il doit donc exiger une assurance sous peine de voir sa responsabilité professionnelle engagée. Toutefois, le donneur d'ordre ne peut en aucun cas exiger une violation des règles d'assurance.

L'utilisation des couvertures a évolué. Il est nécessaire de trouver un nouveau fondement à la responsabilité des intermédiaires financiers, puisque la loi française 1988[841] ordonne le recours à des non-obligations de couverture. Nous voyons dans cette disposition une volonté d'étendre la protection des clients contre les risques inhérents au marché boursier.

La jurisprudence a d'abord établi que l'absence d'exigences d'assurance était la faute professionnelle des intermédiaires financiers et pouvait conduire à l'indemnisation des clients ayant subi des pertes[842]. La couverture vise non seulement à protéger les intermédiaires financiers contre d'éventuelles défaillances des clients, mais également à protéger les marchés contre la spéculation abusive, en particulier lorsque les intermédiaires favorisent les transactions spéculatives et causent des pertes à leurs clients. Il en a résulté une renonciation à toute sanction disciplinaire et responsabilité civile, l'intermédiaire financier ayant manqué à ses obligations d'information en omettant d'indiquer aux clients le risque de prendre une position non découverte. Cette approche jurisprudentielle a été critiquée et il est désormais généralement admis que l'absence d'exigences d'assurance n'est pas, en soi, une faute qu'un constituant peut reprocher à son intermédiaire financier. Cela a conduit la jurisprudence à revenir à sa position traditionnelle de couverture comme seul moyen de protéger les intermédiaires financiers, et non les clients. Cependant, l'absence d'appels à l'aide peut être classée comme un ensemble d'indices indiquant que l'intermédiaire financier n'a pas fourni d'informations.

C. La gestion d'actifs des actionnaires minoritaires

En raison de la technicité du fonctionnement des marchés boursiers, les actionnaires peuvent simplement déléguer la gestion globale de leurs titres à des intermédiaires financiers.

[841] loi française n° 88-70 du 22 juin 1988
[842] Cass. Com., 28 octobre 1974, D.1976, P. 373, note DECAMME, cité par Hubert DE VAUPANE, Jean-Pierre BORNET, *op. cit.*, p. 852.

Les contrats de gestion de portefeuille sont régis par le droit général des agences, mais des exigences spécifiques de protection des clients justifient des dispositions spécifiques.

Face à l'incompétence, la formation des contrats de gestion de portefeuille mérite une mention particulière. En effet, selon qu'il s'agit d'une mesure administrative ou disciplinaire, le contrat doit être homologué par un juge des tutelles ou un conseil de famille. Pour les adultes, tout dépend du niveau d'incompétence. Les conseillers juridiques professionnels peuvent signer des contrats de gestion de patrimoine avec l'aide d'avocats, et les professionnels interdits ne peuvent agir seuls.

Les contrats de gestion de portefeuille doivent être écrits. En ce sens, l'article 153 du Règlement général du CREPMF[843] énonce que le client doit obtenir l'accord préalable et écrit du mandataire et du client pour gérer les titres appartenant au client. Cette obligation peut avoir pour objet de prévenir les litiges nés d'une confusion entre les activités de transmission d'ordres et les activités de gestion de portefeuille. Le législateur n'a pas imposé de sanctions particulières en cas de non-respect de cette formalité. La violation des conditions formelles rend-elle le contrat de gestion[844] absolument invalide, ou la violation des conditions probatoires rend-elle le contrat de gestion relativement invalide ?

La doctrine suggère que l'inefficacité relative doit rester en plus de toute action disciplinaire contre les gestionnaires d'actifs[845].

Lors de l'exécution d'un contrat de gestion, le gestionnaire décide librement des actions à mener en tenant compte des objectifs fixés avec le client. Il peut même ne pas assurer le suivi des commandes des clients, ce qui interfère avec la gestion. Les autorisations de gestion de portefeuille sont donc des autorisations spécifiques non modifiables par le client en cours d'exécution. De plus, la responsabilité du dirigeant réside non seulement dans son refus d'obéir aux ordres des actionnaires, mais également dans sa faute contractuelle. Par conséquent, dans le contrat, l'autorité de l'administrateur peut être spécifiée.

Cela signifie que les prestataires de services d'investissement doivent interroger leurs clients sur leurs objectifs. Ce dernier doit approuver certaines actions administratives qui vont au-delà du mandat. L'approbation peut être expresse ou tacite. La jurisprudence précise que le

[843] Le Conseil Régional de l'Épargne Publique et des Marchés Financiers est l'autorité de marché dans la zone UEMOA.
[844] Hubert DE VAUPANE, Jean-Pierre BORNET, *op. cit.*, p. 861.
[845] *Ibidem*.

donneur d'ordre s'engage tacitement à procéder à l'opération dès réception de la notification de l'opération sans soulever d'objection[846].

Un client qui confie la gestion de ses titres à un gestionnaire de fortune n'est pas tenu au devoir de diligence comme s'il gérait lui-même ses titres. De plus, il n'a pas besoin de surveiller son portefeuille.

Le gérant est libre de choisir les actions qu'il entreprend pour augmenter le titre d'actionnaire. Ainsi, il peut acquérir de nouvelles actions en exerçant le droit préférentiel de souscription des actionnaires, tout comme il peut revendre des actions pour éviter des pertes en cas de baisse du cours de l'action. Il n'a pas besoin de conseiller les clients, car c'est lui qui prend les décisions. Cependant, ce dernier doit s'accompagner d'une mise en garde, compte tenu des qualifications et des besoins du client. Ainsi, la jurisprudence a jugé qu'un gérant qui n'a pas informé son client de la différence fondamentale entre les mandats de conservation et de gestion de portefeuille et ne l'a pas averti[847] a manqué à son devoir de conseil et engagé sa responsabilité.

Plus généralement, les gérants de fortune sont tenus à un devoir de loyauté, qui implique une égalité de traitement entre les clients. Il doit également exécuter les tâches qui lui sont confiées avec diligence et professionnalisme et faire face à la perte de clients par sa faute. Cependant, le contrat ne crée qu'une obligation de moyen. Ainsi, la gestion requise est la « bonne paternité », dans laquelle les juges s'appuient sur le rendement d'un portefeuille en le comparant à d'autres rendements, ou en évaluant la qualité de la gestion par rapport à tout autre facteur. Rapport d'expertise terminé.

Les acteurs représentés varient selon qu'il s'agit d'entreprises traditionnelles ou publiques. Dans cette dernière société, ils sont plus nombreux et plus spécialisés, alors que dans la société traditionnelle, ils sont quasi inexistants. La complexité du marché boursier nécessite une définition claire de la fonction et du comportement du marché. Reste que la réglementation camerounaise a encore un long chemin à parcourir avant de pouvoir répondre efficacement aux attentes des épargnants camerounais qui restent méfiants vis-à-vis des marchés financiers. Le

[846] Cass. Com. 9 décembre 1986, JCP 1988. II.20918, note CROZE (H.), cité par Hubert DE VAUPANE, Jean-Pierre BORNET, *op. cit.*, n° 956, p. 864.
[847] Paris, 14 mai 1992, Droit des sociétés, octobre 1992, n° 212, cité par Anne LEBORGNE, *op. cit.*, p. 267.

plan de sauvetage a été mis en œuvre en renforçant la protection des actionnaires contre les intermédiaires financiers.

Si la gestion de son propre patrimoine est normale et souhaitable, certaines personnes ne peuvent conserver pour elles-mêmes les droits de gestion. Depuis la dématérialisation des titres et l'émergence des marchés financiers, les titres expérimentent de nouvelles manières de les gérer. En effet, aucune action de régulation ne peut être mise en œuvre sur le marché sans recourir à des intermédiaires financiers. Cela signifie que les intermédiaires en gestion d'actions sont de plus en plus professionnels dans les sociétés cotées, mais moins importants dans les sociétés traditionnelles. Les acteurs représentés sont variés et sont représentés sur les trois bourses de l'arrondissement OHADA. Alors que l'Afrique de l'Ouest a des fonctions relativement bien définies, les législateurs d'Afrique centrale préfèrent les fonctions multiples. De plus, par rapport à l'Afrique centrale, l'UEMOA garantit davantage le professionnalisme du personnel. Par ailleurs, le système d'échange de titres mis en place au sein des pays de l'UEMOA apparaît plus organisé et plus avancé que celui qui a émergé dans la CEMAC[848]. Ainsi, pour la délivrance des cartes professionnelles, une épreuve d'aptitude est prescrite, et en cas d'avis défavorables, l'accord de l'opérateur du marché doit être pris en compte. Cela peut avoir un impact important sur les mesures à prendre.

Notamment en termes de comportement managérial, il relève entièrement du choix des clients actionnaires. En effet, il peut souhaiter n'avoir que la garde et la gestion de ses titres, et il peut souhaiter avoir un intermédiaire réel, de même qu'il peut souhaiter que l'intermédiaire accomplisse en son nom, dans le cadre de contrats écrits, tous les actes nécessaires à la réalisation du titre. Face à la diversité des acteurs et des options offertes aux actionnaires, couplée à la complexité des opérations boursières, il est impératif d'apporter des garanties aux intermédiaires financiers.

Section 2. La sécurisation insuffisante des droits des actionnaires

La sous-garantie est due, d'une part, à la nature et au nombre des institutions de régulation de l'activité boursière (**Paragraphe 1**) et, d'autre part, aux insuffisances des intermédiaires financiers dans la lutte contre les irrégularités (**Paragraphe 2**).

[848] MARTOR Boris et THOUVENOT Sébastien, « *Les acteurs des marchés financiers et l'appel public à l'épargne dans la zone O.H.A.D.A* » , Ohadata D-04-18. Disponible sur le site www.ohoda.com consulté le 24/02/2022.

Paragraphe 1 : Les restrictions relatives aux régulateurs des marchés de valeurs mobilières

À chaque bourse correspond une organisation précise, une agence de contrôle précise. Ainsi on peut citer le CREPMF pour l'Afrique de l'Ouest, le COSUMAF pour l'Afrique centrale, le CMF pour le Cameroun.

La sous-région de l'Afrique centrale est particulière, car elle dispose de deux bourses. Les origines de la création de ces deux places sont contradictoires, le Cameroun ayant mal digéré le choix par la CEMAC de Libreville comme siège de la bourse régionale et instauré la Bourse de Douala. Cela signifie qu'il n'y a pas de véritable coopération entre les deux bourses, bien qu'il y ait eu des propositions récentes pour créer une plate-forme pour l'accord[849]. La composition des régulateurs est quasiment la même, avec des personnes nommées sur la base de critères professionnels et même de nationalité[850].

La composition de l'organe de contrôle (**A**) révèle des faiblesses (**B**) qui empêchent les autorités de marché de fonctionner correctement.

A. La discrétion relative à la nature juridique et à l'indépendance de l'organisme de réglementation

Le mode de désignation des membres de la COSUMAF et du CMF peut altérer leur indépendance vis-à-vis des organes de nomination. En outre, la nature des régulateurs boursiers est discutée.

[849] Voir notamment la visite au Cameroun du président de la commission de surveillance du marché financier de l'Afrique centrale. Il préconise l'harmonisation de la réglementation qui pourrait aboutir à une régulation unique, première étape de l'unification des deux marchés.

[850] Ainsi, la COSUMAF est composée de 9 membres nommés par le Conseil Ministériel de l'UMAC en raison de : 6 membres représentant les 6 États de la CEMAC sur proposition de ceux-ci ;1 représentant de la BEAC ; 1 représentant du Secrétariat exécutif CEMAC ; 1 représentant de la COBAC. Ces membres sont désignés eu égard à leur expertise en matière comptable, financière ou juridique. On peut d'abord s'interroger sur les critères d'appréciation de l'expertise des membres de la COSUMAF. Peut-être aurait-il été plus porteur de prévoir une expérience professionnelle de 15 ans au moins dans les disciplines visées, comme c'est le cas à la CCJA[213(*)]. En ce qui concerne la CMF, sa composition est donnée par la loi n° 99/15 du 22 décembre 1999 portant création et organisation d'un marché aux articles 11 à 15. Il en ressort que la CMF est présidée par une personnalité nommée par le Président de la République et comprend en plus 8 membres également nommés par le président de la République dont : 2 membres représentant le ministère des Finances ; 2 personnes nommées en raison des compétences juridiques sur proposition du ministre de la Justice ; 1 représentant des entreprises d'investissement en valeurs mobilières sur proposition de leur association professionnelle ; 1 membre représentant les établissements de crédit sur proposition de leur association professionnelle 2 personnes nommées en raison de leurs compétences financières.

1. Discussion sur la nature juridique des autorités de régulation des marchés de valeurs mobilières

Cette question ne concerne essentiellement que le Comité du Marché Financier, la COSUMAF pouvant être considérée comme une institution de l'Union Monétaire de l'Afrique centrale[851] et donc régie par le droit communautaire. De plus, son caractère supranational[852] complique l'éligibilité en tant qu'administration indépendante. Les interrogations sur la nature du CMF commencent par sa composition et les pouvoirs qui lui sont conférés.

On peut d'abord considérer le CMF comme un organisme professionnel puisque ses activités sont de réglementation propre à l'industrie. En outre, tous les membres sont nommés en fonction de leur compétence en matière financière et les associations professionnelles désignent leurs représentants.

On peut aussi considérer le CMF comme une agence administrative, puisqu'il exerce des fonctions de service public, dont l'organisation, le contrôle et la régulation d'une branche professionnelle. À cet effet, il dispose d'une prérogative de puissance publique, concrétisée par la reconnaissance de pouvoirs réglementaires, mais aussi par l'imposition d'obligations aux professionnels et la possibilité de sanctionner les infractions. Par ailleurs, la doctrine considère que la mission de contrôle des marchés financiers est bien un service de l'administration publique, relevant de la fonction de surveillance de l'activité économique. Ainsi, le CMF assure la police économique[853]. On peut le comprendre ainsi, en comparant ses décisions à des actes administratifs.

De plus, les compétences du CMF peuvent lui conférer un caractère juridictionnel. Selon Art, c'est possible. L'article 21 de ses dispositions générales ordonne et instruit les enquêtes, obtient la correspondance des documents, convoque et entend toute personne, reçoit les réclamations et les plaintes. Cette attribution relève généralement de la compétence des cours et tribunaux. Toutefois, le CMF n'est pas compétent, car, s'il peut instruire, convoquer et

[851] Voir art. 5 du règlement n° 06/03-cemac-umac du 11 novembre 2003 portant organisation, fonctionnement et surveillance du marché financier de l'Afrique centrale.
[852] Yves KALIEU, « *Le contrôle bancaire dans la zone de l'Union Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale* », Penant n° 841, p. 456. Ce caractère n'occulte cependant pas le débat puisque la COSUMAF peut être qualifiée d'organe professionnel, de juridiction ou même d'organe communautaire.
[853] Hubert DE VAUPLANE, Jean-Pierre BORNET, *op. cit.*, n° 182, p. 194.

entendre les parties, il n'a pas le pouvoir d'exécuter ses décisions. De plus, ses membres ne sont pas des juges et les décisions prises ne sont pas judiciaires.

Suivant les qualifications de l'ancienne commission française des marchés financiers, le CMF devrait avoir la qualification « d'autorité de marché »[854]. L'expression fait référence à une agence qui réglemente l'activité économique. L'émergence de ces organisations s'inscrit dans l'idée générale que les États sont dissociés de l'organisation et du fonctionnement de l'activité économique. En effet, l'État limite désormais la régulation de l'activité économique en déléguant certains de ses pouvoirs à des organismes professionnels publics et privés. Cependant, la notion d'autorité de marché reste à créer, car elle est difficile à distinguer de la notion d'autorité administrative indépendante. Selon nous, l'autorité de marché peut être considérée comme une autorité administrative indépendante en matière économique, à condition que son indépendance soit établie.

19. La mise en cause de l'indépendance des intermédiaires financiers

L'indépendance des agences de contrôle considère d'abord les individus et les marchés, mais aussi les états.

L'article 17 de la loi de 1999 sur la création et l'organisation des marchés financiers établit que le président et les membres du comité informent le président du comité et le ministre des finances compétent de toute entreprise commerciale ou financière à capital public ou privé[855] de tout intérêt détenu ou fonction exercée sur le marché financier. Cette disposition est logique, puisqu'il s'agit d'éviter que la personne mise en examen soit également membre de l'équipe de contrôle, c'est-à-dire que les personnes impliquées dans les délibérations soient totalement indépendantes des affaires qu'elles ont à trancher. Il est donc à craindre qu'un membre de la Commission utilise ses fonctions pour fausser le jeu normal du marché et évite volontairement de sanctionner des entreprises dans lesquelles il a un intérêt, au profit de ses propres intérêts au détriment de l'intérêt général.

Il s'agit d'assurer la transparence. Les textes de COSUMAF[856] prévoient l'annulation des décisions susceptibles d'intéresser les membres du CMF. Ainsi, déclarer un intérêt dans

[854] Hubert DE VAUPLANE, Jean-Pierre BORNET, *op. cit*., n° 182, p. 195.
[855] Cette obligation est reprise par l'art. 20 al. 1 du règlement de la COSUMAF.
[856] Art. 17 de la loi n° 99/15 et 20 al. 1 du règlement général de la COSUMAF

une société aura pour conséquence l'exclusion des membres du comité de l'examen des questions relatives à cette société.

Cependant, le champ d'application de l'article 17 de la loi 99/15 relative aux sociétés concernées et de l'article 20 al. 1 du règlement général de la COSUMAF peut prêter à confusion. S'agit-il de toute société commerciale ou financière à capitaux privés ou publics, même indépendante de sa fonction, ou seulement de la prise de participation dans une société contrôlée par les autorités de marché ? En d'autres termes, si un membre détient des participations dans une société non cotée, doit-il se déclarer auprès de l'autorité de marché compétente ? La formulation imprécise du texte conduit à opter pour l'affirmative, qui pousse à l'extrême le devoir de neutralité. Nous estimons que l'acquisition d'une participation déclarable dans une société commerciale contrôlée par une autorité de marché doit être limitée à une période précédant la nomination.

De plus, l'intérêt doit être interprété au sens large. Ainsi, l'intérêt doit être compris comme signifiant toute implication, même insignifiante. Cependant, tout en proposant de remplacer la notion d'intérêt par l'intérêt direct, la doctrine trouve opportun de fixer un seuil de participation de 5 %, au-delà duquel la reconnaissance des intérêts des membres est requise[857]. La nomination des membres du comité est souvent considérée comme une incitation politique sans diligence raisonnable pour vérifier efficacement que les membres n'ont aucun intérêt dans les entreprises qu'ils supervisent. L'intérêt de remettre en cause l'indépendance par rapport à l'État est certain. Au Cameroun, dans ce cas, les sociétés cotées ont d'abord manifesté leur intérêt pour la bourse[858]. En conséquence, certains craignent que le CMF ne subisse des pressions de la part de l'État, ce qui pourrait fausser le marché.

À première vue, l'indépendance vis-à-vis de l'État semble garantie, puisque le CMF est libre d'exercer ses fonctions, d'accorder les agréments, les visas et d'exprimer librement ses avis après examen des documents. En revanche, les membres du CMF, du CREPMF, de la COSUMAF jouissent de l'immunité dans l'exercice de leurs fonctions et ne peuvent être révoqués avant la fin de leur mandat.

[857] Jean GATSI, *op. cit.*, p. 67.
[858] la Société africaine forestière et agricole du Cameroun (Safacam), la Société sucrière du Cameroun (Sosucam), Aluminium de Bassa (Alubassa) et la Société camerounaise de transformation de l'aluminium (Socatral), la Société des Eaux minérales du Cameroun. DIPANDA (E.) : « Actionnariat : Tangui vend ses actions à la bourse », disponible sur le site : http://www.icicemac.com. Consulté le 24/06/2021.

Cependant, cette indépendance est discutable. Premièrement, le CMF reste soumis au Président de la République, auquel lui et ses membres doivent remettre des rapports d'activité annuels. L'autonomie financière est donc relative. À cet effet, conformément à l'article 22 de la loi 99/15, le CMF est financé par les droits, redevances et commissions perçus dans le cadre de ses activités et, le cas échéant, par des contributions de l'État. On considère généralement que l'autonomie n'est complète que lorsque ses propres moyens fiscaux sont suffisants pour financer ses activités, mais les CMF peuvent être financées par l'État au moyen de subventions. Ainsi, lorsque des contributions de l'État sont requises, cela témoigne des difficultés financières de l'agence, ce qui rend le domaine vulnérable aux pressions des pouvoirs centraux et entrave l'indépendance de la Commission.

Une autre limite à l'indépendance est bien sûr le mode de désignation des membres, qui est antidémocratique. La loi aurait dû prévoir un mode de désignation plus représentatif. De plus, nous pouvons proposer des votes de différents membres. Chaque pays, chaque institution proposera plusieurs candidats, dont l'un sera désigné, qui représentera alors le pays ou l'institution concernée. Les États ou les institutions peuvent également proposer deux ou plusieurs candidats, qui seront sélectionnés par l'organe de nomination, le Conseil des ministres de l'UMAC concernant l'adhésion à la COSUMAF[859]. Ce processus, bien que long, a permis d'asseoir l'indépendance des membres et donc la mise en place de la COSUMAF[860]. Malheureusement, le modèle de nomination choisi privilégie la logique politique d'équilibre régional, au détriment d'une véritable indépendance et d'une certaine technicité de ses membres. Les organismes notifiés sont connus pour avoir peu de mal dans les décisions à prendre, ce qui fragilise fortement le contrôle.

B. L'efficacité relative des mécanismes de contrôles

La surveillance des marchés financiers est exercée par les autorités de marché. À ce titre, il dispose des pouvoirs de commandement, d'investigation et de contrôle les plus étendus pour assurer le bon fonctionnement de la bourse. Le contrôle ne concerne pas seulement les acteurs, mais peut également s'étendre aux transactions portant sur un ou plusieurs titres cotés. Elle est saisie d'office par les parties et par toute personne intéressée à obtenir gain de cause.

[859] Voir à cet effet l'art. 32 du traité OHADA qui prévoit que les membres de la CCJA soient élus au scrutin secret par le conseil des ministres sur une liste présentée par les États parties.

[860] La même critique est adressée à la Cour de Justice de la CEMAC. Il est donc proposé la « *présentation de candidatures multiples issues de chaque État, non pas nécessairement présentées par les États, suivie du vote au bulletin secret* » Voir James MOUANGUE KOBILA, *Cours de droit institutionnel de la CEMAC*, première année de doctorat, FSJP/universités de Douala et Dschang, novembre-décembre 2005, inédit, p. 22.

Les personnes habilitées à effectuer les contrôles sont issues de l'organe exécutif de l'autorité de marché, mais des personnes extérieures peuvent être appelées en fonction de leurs compétences. Il s'agit notamment d'auditeurs et d'experts. Le contrôle est basé sur la documentation ou sur site. Ils peuvent ainsi, en application de l'article 378 du Règlement général de la COSUMAF et de l'article 104 du Règlement du CMF :

- Demander communication et obtenir tout document ;
- Convoquer et entendre toute personne susceptible de leur fournir des informations ;
- Accès aux lieux professionnels.

Ni l'entité contrôlée, ni ses commissaires aux comptes ni quiconque détenant des informations nécessaires au contrôle ou à l'investigation ne peuvent être opposés aux contrôleurs au titre du secret professionnel. Cependant, une critique du chien de garde du marché est qu'il est peu probable qu'il prenne des mesures agressives visant à restaurer les droits des déposants. En effet, l'article 105 précise que le CMF peut ordonner la cessation des actes ou pratiques contraires à la loi et susceptibles de porter atteinte aux droits des déposants. Cependant, ces derniers doivent saisir les tribunaux pour obtenir des sanctions pénales plus contraignantes. Si la clause est interprétée de telle sorte que les autorités ne sont pas des juridictions au sens propre du terme, le recours au juge doit être admis comme un aveu de faiblesse relativisant ainsi la portée du contrôle. De plus, ces faiblesses s'observent également dans des situations où le contrôle est entravé. Alors qu'un juge peut contraindre une personne à se conformer, les autorités du marché peuvent tout au plus imposer une amende à la personne impliquée. Selon l'article 403 du Règlement COSUMAF, constitue une entrave au bon déroulement de l'enquête ou une saisie par un agent de l'autorité de marché s'il y a opposition particulière à l'accès aux locaux et à l'obtention de copies de documents, refus d'obtempérer à une citation à comparaître, fourniture d'informations inexactes ou informations incomplètes ou empêchant une recherche.

Bien que les autorités de marché déterminent le montant des amendes en fonction de la gravité des faits reprochés et de l'urgence à prendre des mesures, il est possible que les intermédiaires financiers profitent de manière significative des transactions réalisées en violation de la loi et préfèrent payer l'amende. Cependant, ce risque peut être atténué en imposant des amendes suffisamment discriminatoires et en rendant les sanctions publiques. Le

recours systématique aux juges en cas d'entrave au contrôle, ainsi que la possibilité de donner aux juges professionnels[861] la possibilité de réexaminer les décisions des autorités de marché, notamment par la mise en place de voies de recours, sont des pistes à explorer.

La FMA n'est pas elle-même un tribunal, il est donc nécessaire que les juges révisent ses décisions. Ces contrôles ne sont pas toujours une garantie de crédibilité et de fiabilité, mais constituent néanmoins un moyen pour les particuliers de contester les décisions des autorités de marché. Les législateurs communautaires de la CEMAC l'ont précisé à l'article 65 du Règlement n° 06/03-CEMAC-UMAC du 11 novembre 2003 portant organisation, fonctionnement et surveillance du Marché financier de l'Afrique centrale et à l'article 19 du Règlement de la COSUMAF qui énonce que l'examen des recours contre les décisions de la COSUMAF relève de la compétence des tribunaux communautaires (CJC).

De prime abord, nous avons été surpris qu'il s'agisse de la chambre administrative de la Cour suprême, juge administratif qui connaît des décisions du CMF, notamment du contentieux des décisions non réglementaires[862]. Cependant, cette disposition doit être replacée dans son contexte historique pour être comprise. En fait, le Comité d'exploitation de la Bourse française a été absorbé par un organe exécutif, recevant un mandat du gouvernement central pour assurer la régulation du marché boursier. Par conséquent, un appel de sa décision serait naturellement porté devant le juge administratif. Surtout en France aujourd'hui, la procédure des décisions individuelles est transférée aux juges judiciaires, à la Cour d'appel de Paris, bien que les juges appliquent en substance les dispositions du droit administratif. Ainsi, une répartition des compétences a été opérée entre les juges judiciaires et les juges administratifs[863].

Quelles que soient les raisons invoquées pour justifier la compétence des juges administratifs, on notera des différences importantes entre le droit administratif et le droit boursier, plus proche du droit privé.

Le juge administratif camerounais avait une formation en droit privé, mais il travaillait en droit public et était donc novice dans les notions techniques du droit boursier. Il est donc inquiétant que la chambre exécutive soit une chambre d'agrément qui n'apportera aucune expertise nouvelle au dévoilement de la vérité.

[861] Voir l'art. 384 du règlement de la COSUMAF.
[862] Pour ce qui est des décisions réglementaires, la compétence du juge administratif ne souffre d'aucune critique.
[863] Hubert DE VAUPLANE, Jean-Pierre BORNET, *op. cit*., p. 215.

Deuxièmement, la compétence du CJC pour connaître des litiges sur les décisions de la COSUMAF a également été critiquée. Il est techniquement compétent pour trancher des questions de droit communautaire et pas nécessairement des spécificités du droit boursier. En effet, selon l'article 2 de la convention instituant la Cour de justice de la Communauté, celle-ci est chargée de veiller au respect des dispositions du traité CEMAC, d'assurer le contrôle des comptes, de procéder par ses décisions à l'harmonisation de la jurisprudence en matière de traités et, en définitive, de résoudre les litiges concernant sa compétence. L'article 4 alinéa 3 prévoit sa compétence pour connaître des recours contre les décisions de la COBAC[864]. L'absence d'évocation du contentieux boursier remet en cause la capacité de nommer les juges, obligeant les législateurs communautaires à intervenir et à confier les contentieux boursiers à des juges spécialisés.

Déléguer le contentieux boursier à un juge connaissant bien le droit boursier est une priorité, surtout compte tenu des sommes d'argent sur les marchés financiers. La crédibilité du marché est un facteur important pour attirer les clients, mesuré par le fait que justice peut être rendue lorsque les droits sont violés.

Ainsi, on peut demander au Cameroun que les poursuites décidées par le CMF soient attribuées à un juge judiciaire, plus familiarisé avec les questions commerciales. Compte tenu de la localisation de la bourse et du CMF, et afin de rapprocher les magistrats des justiciables, la Cour d'appel du Littoral de DOUALA peut être considérée comme compétente.

Par ailleurs, la mise en place d'une chambre dédiée aux questions boursières, ainsi que des chambres judiciaires et des comptes composées d'experts en matière boursière, fiabilisera le contrôle du CJC sur les décisions prises par la Commission. COSUMAF. L'importance de cette décision est de renforcer la crédibilité de l'Organe d'appel et de commencer à combler les lacunes dans la lutte contre les actes répréhensibles des intermédiaires financiers.

Paragraphe 2. Les lacunes dans la sanction des intermédiaires financiers fautifs

La répression des actes répréhensibles des intermédiaires financiers répond aux inquiétudes sur la moralisation des marchés. C'est pourquoi les trois sanctions coexistent et se complètent pour protéger les intérêts des actionnaires des clients. Mais d'un point de vue

[864] Commission Bancaire de l'Afrique Centrale.

analytique, la sanction pénale doit être améliorée (**A**), l'ambivalence de la responsabilité civile affecte son efficacité (**B**) et l'action disciplinaire est fragmentée (**C**).

A. L'amélioration de la répression pénale

La répression criminelle vise à protéger l'image de la bourse aux yeux des petits investisseurs et à accroître la transparence de la gestion de l'information. Qu'il s'agisse de la réglementation de la Commission des Marchés Financiers, de la Commission de Surveillance du Marché Financier ou encore du CREPMF, il existe des dispositions pénales pour assurer le bon fonctionnement du marché (**1**), mais l'arsenal répressif est encore insuffisant (**2**).

1. L'étendue de la répression pénale

Premièrement, nous constatons des manquements au devoir professionnel, et plus particulièrement, des manquements à l'éthique professionnelle. Ces violations sont de nature disciplinaire, mais le non-respect peut également entraîner des sanctions pénales. Ainsi, l'article 35 alinéa 1er de la loi 99/15 inflige une amende allant de 500 000 à 5 000 000 F à toute personne physique ou morale qui commet l'un des actes mentionnés à l'article 32. Il s'agit de comportements contraires aux règles du marché, et contraires à la loyauté et à l'honnêteté[865].

Deuxièmement, lutter contre le monopole des prestataires de services d'investissement. En effet, de véritables monopoles se sont constitués pour le fonctionnement du marché au profit de prestataires de services très spécifiques. En conséquence, il est interdit à toute personne non autorisée de fournir des services d'investissement en tant qu'activité habituelle sans autorisation, et il est interdit aux monopoles intermédiaires d'obliger un détenteur de titres à recourir à un prestataire de services d'investissement. Les investissements sont autorisés dans tous les titres négociés ou négociés sur le marché en bourse[866]. Ce crime punit les actes des personnes physiques au même titre que les personnes morales.

En outre, la transgression la plus courante sur les marchés financiers est la manipulation d'informations pour obtenir un avantage indu. Ainsi, l'article 64 du Règlement 06/03-CEMAC-UMAC du 11 novembre 2003 portant organisation, fonctionnement et surveillance des marchés

[865] Voir Hermine KEMBO TAKAM GATSING, *op. cit.*, p. 11 et s
[866] Article 35 al.1 de la loi 1999/15 du 22 décembre 1999.

financiers en Afrique centrale et l'article 36 de la loi 1999/15 sanctionnent le délit d'initié, la diffusion d'informations trompeuses et la manipulation des cours.

Premièrement, un initié est toute personne qui détient des informations privilégiées sur les conditions d'une société dont les titres sont cotés en bourse. Les intermédiaires financiers peuvent être classés dans une catégorie secondaire d'initiés, c'est-à-dire une personne qui a été informée d'une information privilégiée dans le cadre ou à l'occasion de l'exercice de sa profession ou de ses fonctions[867]. Une information confidentielle, quelles que soient les qualifications professionnelles du titulaire, est toute information confidentielle, exacte et probante sur la situation financière de l'entreprise[868].

Ainsi, si un initié exécute ou permet l'exécution d'une ou plusieurs opérations en vue d'un profit indu, directement ou par personne interposée, il sera responsable du délit d'initié. Constitue une infraction, le fait pour un intermédiaire financier de détenir des informations privilégiées et de les utiliser au profit de certains de ses clients ou à des fins personnelles. L'intention n'est pas requise lorsque l'initiateur agit directement[869]. Toutefois, lorsqu'il commet une infraction en relation avec un tiers, l'intention du tiers doit être recherchée. La loi prévoit une peine de six mois à deux ans de prison et une amende de 1 à 10 millions de francs en cas d'infraction, mais les juges peuvent infliger des amendes dix fois supérieures aux profits prévus[870].

En outre, un délit de transmission d'informations privilégiées est constitué lorsqu'un initié transmet une information à un tiers dans un but indu en dehors du cadre normal de sa profession ou de sa fonction. Les éléments substantiels de l'infraction comprennent la simple diffusion d'informations privilégiées. Cela signifie que l'usage n'est pas essentiel pour caractériser un crime. L'élément intentionnel comprend les communications d'informations

[867] Hubert DE VAUPLANE, Jean-Pierre BORNET, *op. cit*., p. 945.
[868] Voir l'article 394 du règlement de la COSUMAF : « Au sens du présent titre, le terme information privilégiée signifie une information non publique, précise, relative à un ou plusieurs émetteurs, à une ou plusieurs valeurs mobilières, qui, si elle était rendue publique, pourrait avoir une incidence sur le cours de la valeur. Les personnes qui, à raison de leurs fonctions ou mandats, ou à raison de la préparation et de l'exécution d'une opération financière, détiennent une information privilégiée, doivent s'abstenir d'exploiter, pour compte propre ou pour compte d'autrui, une telle information sur le marché, ni la communiquer à des fins autres ou pour une activité autre que celles à raison desquelles elle est détenue. L'obligation d'abstention s'applique également aux personnes auxquelles a été communiquée une information privilégiée à l'occasion de l'exercice de leurs professions ou de leurs fonctions. Toute personne qui, en connaissance de cause, possède une information privilégiée, ne doit pas exploiter, pour compte propre ou pour compte d'autrui, une telle information sur le marché ».
[869] Hubert DE VAUPLANE, Jean-Pierre BORNET, *op. cit*., p. 918.
[870] Article36 (1) et 38 de la loi 1999/15.

connues pour être privilégiées. Quant à la répression, seuls les lanceurs d'alerte seraient sanctionnés, tandis que les bénéficiaires pourraient être poursuivis pour complicité.

Le Code pénal réprime également la diffusion de fausses informations sur les perspectives d'un émetteur dont les titres sont cotés en bourse. La nature de l'information doit être telle qu'elle puisse affecter le cours du titre. Constitue une infraction, le fait de communiquer volontairement au public des informations connues pour être fausses ou trompeuses, quel que soit le moyen utilisé. Outre la diffusion d'informations fausses ou mensongères, la manipulation des cours comprend tout type de manipulation susceptible d'entraver le bon fonctionnement d'un marché. Il s'agit de faire monter ou baisser artificiellement le prix d'un instrument financier. Cette violation est réalisée par la manipulation du marché, et sa répression vise principalement à protéger l'intégrité du marché.

20. L'efficacité relative de la répression pénale

Les sanctions pour ces actions sont lourdes, mais pas suffisantes pour garantir la transparence du marché. La législation boursière engage la responsabilité des personnes morales, mais ne les soumet pas au délit d'initié, ce qui est une faiblesse. En outre, une répression insuffisante des infractions liées à l'information peut affecter la crédibilité du marché, tout comme la fixation des sanctions par les législateurs nationaux.

La sacralisation de la responsabilité pénale des personnes morales a fait l'objet de débats sans fin, car on estime que les personnes morales n'ont pas de capacité pénale, pas de volonté propre et que leurs capacités sont limitées à leurs propres fins. Et sans sanctions appropriées. Cependant, la « doctrine moderne »[871] et la législation française soutiennent la responsabilité des personnes morales. Si ces négligences sont répréhensibles, il est encore plus répréhensible de ne pas permettre à des personnes morales de participer à des délits d'initiés. En effet, l'immunité dans ce domaine est d'autant plus flagrante que les personnes morales sont, par leur intermédiaire, à l'origine d'atteintes graves à l'ordre économique, et il est juste de suggérer que les représentants légaux des entreprises n'ont pas à être systématiquement tenus pour responsables des personnes morales qu'ils gèrent[872]. Ainsi se pose la question de la responsabilité pour délit d'initié au profit de personnes morales. Avant que la France reconnaisse la responsabilité des personnes morales, dans une affaire de délit d'initié, la Cour

[871] MERLE Philippe, *op. cit.*, n° 97, p. 118.
[872] *Ibid*., p. 119.

de cassation a jugé que les dirigeants étaient responsables, mais ils pouvaient contester cette présomption en apportant la preuve contraire et, le cas échéant, en justifiant l'autorisation effective[873]. Les initiés peuvent être poursuivis lorsqu'ils exploitent ou diffusent des informations privilégiées. Que se passera-t-il s'il ne l'utilise pas, surtout lorsque le contenu de l'information peut affecter négativement l'évolution des prix ?

Cela pose la question de la lutte contre les délits d'initiés. La prémisse de cette violation est que les initiés détiennent des informations privilégiées, mais ne les utilisent pas ou ne les communiquent pas formellement afin de maintenir une illusion sur la valeur des titres cotés. Les informations privilégiées sont des informations importantes susceptibles d'affecter le cours d'une action. Mais l'obligation de s'abstenir est absolue. Cependant, la Cour de cassation a statué que le délit d'initié est justifié lorsqu'il est fait pour un bénéfice autre que le vôtre[874].

Cette structure juridique, qui tient compte de l'évolution des pratiques financières, n'a pas encore retenu l'attention des législateurs communautaires et nationaux. Si l'on peut rendre compte de cette négligence des jeunes sur différentes places boursières, alors les législateurs peuvent bel et bien compléter leur arsenal répressif. La législation OHADA criminalise les infractions, mais il appartient aux autorités nationales de fixer les sanctions. Cette attitude est conforme à l'orientation du droit communautaire OHADA et a été critiquée pour cela. Premièrement, il peut y avoir un manque d'harmonie lorsque certains pays peuvent punir le même crime plus sévèrement que d'autres. Pire, la référence à la législation nationale peut créer un vide juridique. En fait, seul le Cameroun, qui dispose d'une bourse des valeurs, a mis en place une réglementation. En revanche, il n'existe pas d'infractions boursières dans les codes pénaux des autres pays de la CEMAC. Il est donc fortement souhaité que la COSUMAF oblige les États à définir les peines applicables aux délits boursiers, d'autant qu'il s'agit d'éléments nouveaux dans le domaine économique et juridique. Il devrait également prévoir la responsabilité civile des sociétés de bourse.

B. L'étendue de la responsabilité civile

La contradiction est la caractéristique de deux composants aux significations opposées[875]. Dire que la responsabilité civile est contradictoire, c'est souligner que l'on assiste, d'une part, à la multiplication des sources de responsabilité des intermédiaires financiers, et,

[873] DE VAUPLANE Hubert et BORNET Jean-Pierre, *op. cit*., p. 914.
[874] MERLE Philippe, *op. cit*., p. 304.
[875] *Le petit robert*, 1990, p. 57.

d'autre part, à la multiplication des causes de limitation de responsabilité. Le fondement de la responsabilité civile des intermédiaires financiers est généralement contractuel, puisque les transactions sur les marchés financiers sont essentiellement réalisées dans le cadre d'un contrat avec des dépôts et autorisations connus, mais avec des spécificités dues à la spécificité des bourses. Cependant, le droit des marchés financiers ne déroge pas totalement aux principes généraux de la responsabilité civile.

C'est ainsi que la jurisprudence française étend aux opérations de marché l'obligation d'information et de conseil (**1**) déjà établie dans d'autres domaines[876]. Mais le caractère spéculatif des opérations boursières fait qu'aucune obligation de résultat ne peut être imposée aux intermédiaires financiers. Il existe donc des moyens défensifs pour le décharger de la responsabilité (**2**).

1. Une obligation générale d'information

Pendant longtemps, les obligations des intermédiaires financiers dépendaient des contrats qui les liaient à leurs clients. En conséquence, les intermédiaires financiers ne seront tenus pour responsables que s'ils manquent de diligence et de loyauté dans l'exercice de leurs fonctions en matière de gestion de portefeuille.

Dans le cas des contrats de dépôt, les intermédiaires financiers sont tenus d'effectuer une gestion minimale sans informer les clients des risques encourus dans le cadre d'opérations effectuées par l'opérateur seul. Pour protéger les investisseurs malchanceux, la jurisprudence institue une véritable obligation générale d'information et de conseil.

Cette obligation a été introduite dans la conservation des titres. Décide qu'un dépositaire doit agir au mieux des intérêts de ses clients et prendre des mesures pour éviter les pertes. En revanche, il doit attirer l'attention du client sur toute information relative aux titres déposés susceptibles d'être source de gain ou d'éviter une perte si elle se produisait. Les dépositaires sont donc également soumis à un devoir d'information, en plus des opérations de conservation traditionnelles, pour avertir les clients des risques encourus par leurs titres. Ainsi, la garde légale des titres implique une administration minimale, mais reste une information générale.

En revanche, l'obligation de notification augmente lorsqu'il est décidé que le dépositaire transmet des ordres qui ne peuvent être neutres par rapport aux ordres de bourse qu'il reçoit. Il

[876] LEBORGNE Anne, *op. cit*., p. 262.

doit sensibiliser ses clients aux risques encourus afin d'éviter une éventuelle perte de valeur de sécurité. Ainsi, lorsqu'il existe un contrat de toute nature, même si l'objet n'est pas la connaissance du professionnel, le contrat devient une opportunité pour ce dernier de fournir cette connaissance. Ce n'est donc pas la nature du contrat qui explique cette obligation générale, mais la nature spécifique des biens couverts par le contrat.

21. Les limites de la responsabilité des intermédiaires financière

Toutefois, le renforcement de l'obligation générale d'information et de conseil ne doit pas occulter le caractère spéculatif des opérations boursières. Les intermédiaires financiers ne peuvent pas garantir les résultats opérationnels comme les transporteurs peuvent garantir la sécurité des passagers. Dès lors, la nature de ces opérations peut limiter la responsabilité du professionnel. La responsabilité des intermédiaires financiers ne peut être engagée dans les mêmes conditions qu'en droit commun. Les incertitudes sur les opérations boursières et la qualification des opérateurs peuvent réduire cette responsabilité.

En raison du caractère risqué des opérations de bourse, l'extension des obligations des intermédiaires financiers ne peut leur imposer une obligation de résultat sur les plus-values. Les conseils fournis par les intermédiaires financiers ne visent pas à garantir l'appréciation du marché. Plus important encore, en matière de gestion de portefeuille, la question de l'étendue de la responsabilité des intermédiaires financiers s'est posée. Ces derniers mettent en œuvre des stratégies pour faire prospérer les portefeuilles des clients selon des objectifs définis, mais ils ne sont pas responsables des plus-values qui en résultent. L'intermédiaire financier habilité doit gérer au mieux de ses capacités et prudence et diligence sont attendues de lui. Il n'a aucune maîtrise des mouvements de cours qui peuvent ébranler toute logique prévisible et analyse scientifique. Ainsi, le caractère aléatoire des opérations boursières ne permet pas d'imposer une obligation de résultat aux intermédiaires financiers. Tout au plus, compte tenu de son niveau d'expertise, on peut dire d'un homme qu'il est un moyen intensif d'obligation.

Toutefois, les responsabilités des intermédiaires financiers agréés seront appréciées par rapport aux autres opérateurs professionnels opérant dans la même catégorie d'activité sur le même marché et pendant la même période. On peut soutenir que l'intermédiaire financier qui enregistre des pertes, alors que d'autres produisent les meilleurs résultats dans les mêmes conditions, manque à son obligation de fournir les moyens.

En fin de compte, investir sur le marché relève de la spéculation et on ne peut reprocher aux intermédiaires de ne pas obtenir de résultats concrets, surtout lorsque les professionnels ont pris toutes les mesures nécessaires. Il a besoin d'avis, de conseils, mais pas de sa garantie de résultats. De plus, lorsqu'il commettait des crimes en bourse, il pouvait, dans certains cas, être tenu responsable des agissements de ses clients actionnaires. Au moment du délit d'initié, les poursuites civiles sont difficilement recevables, puisque les violations de la loi ne causent aucun préjudice à l'exploitant. Ainsi, ceux qui exploitent des informations privilégiées portent atteinte à l'intégrité du marché sans causer de victimes immédiates.

Pour la diffusion de fausses informations, des mesures peuvent être prises si un lien de causalité peut être établi entre le crime et le dommage. Par conséquent, les informations doivent avoir été la principale raison de l'achat ou de la conservation du titre. Cependant, la jurisprudence ne permet pas d'indemniser les actionnaires qui conservent leurs actions en raison de la diffusion d'informations trompeuses[877]. À l'inverse, cependant, ceux qui achètent à cause de fausses informations peuvent être sûrs qu'ils ne l'auraient pas fait si l'information diffusée avait été vraie. À ce niveau, les qualifications du client détermineront le succès de l'opération.

Les opérateurs peuvent être actionnaires ou intermédiaires financiers. Aujourd'hui, il y a une différence entre un opérateur averti et un profane. La responsabilité accrue des intermédiaires financiers ne se justifie que si elle protège le plus faible, le profane. Ces derniers peuvent donc s'exonérer de leur responsabilité en prouvant que l'exploitant a été averti. En fait, l'obligation de fournir des informations ne profite qu'à ceux qui n'ont aucune expérience dans ce domaine, mais il s'agit de comprendre les risques qui surviennent lors de transactions spéculatives. La connaissance du risque peut être retenue par plusieurs indices : le fait que le client négocie de manière spéculative depuis un certain temps, et le fait qu'il ait subi des pertes[878]. Ainsi, lorsque l'opérateur est un homme d'affaires spécialisé dans la gestion de portefeuille de valeurs mobilières, il est considéré comme connaissant.

La plupart des poursuites pour manipulation sont cependant exprimées sous couvert, et un intermédiaire ne sera sanctionné que s'il s'avère que son client semble être en mesure d'évaluer les risques de la manipulation qu'il entreprend. La notion d'opérateur averti a tellement évolué dans la jurisprudence qu'il est difficile d'en donner une définition globale. L'appréciation du juge est donc précise. C'est à ce niveau que réside la première difficulté. Les

[877] Cass. Crim. 15 mars 1993, Bull crim n° 1131993.
[878] Hubert DE VAUPANE, Jean-Pierre BORNET, *op. cit.*, n° 993, p. 890.

intermédiaires financiers peuvent traiter les opérateurs comme des avertissements basés sur des normes que les juges violeront en cas de litige. Donc, jusqu'au procès, il est discutable.

La conséquence en est que, voulant protéger les clients à tout prix, je crains que les juges finissent par protéger surtout des opérateurs malheureux qui subissent des pertes. La connaissance de l'opération peut encore être un facteur d'exonération de responsabilité si elle est approuvée par le donneur d'ordre. La doctrine a récemment lié la connaissance du risque à la connaissance opérationnelle, notamment lorsque le mandant ne conteste pas les opérations réalisées par l'intermédiaire financier. Ainsi, un intermédiaire financier ne peut être tenu pour responsable des opérations qu'il a initiées ou pour lesquelles le mandant a décidé, s'il prouve que lesdites opérations ont été autorisées ou du moins non contestées. C'est la transformation de la notion de « relevé de compte » en droit bancaire en droit des marchés financiers. Garder le silence après avoir reçu leur déclaration signifiait accepter le risque.

Toutefois, lorsque la relation entre l'intermédiaire financier et le client est partielle (transmission d'ordres de bourse, tenue de compte), l'information doit permettre au client de prendre connaissance des opérations réalisées dans un délai bref afin que le silence à l'accueil mérite approbation. Lorsque les clients et les intermédiaires financiers sont liés par des contrats de gestion de portefeuille, le silence ne constitue pas un droit d'approbation et de renonciation à la critique. La jurisprudence retient que le silence suivant la notification d'une opération ne vaut approbation que lorsque l'opération est réalisée en dehors du cadre de l'autorisation de l'administrateur[879]. Dans ce cas, la voie disciplinaire offre une bouée de sauvetage au client lésé.

[879] Paris, 18 mai 1992, Droit des Sociétés, octobre 1992, n° 215.

Chapitre 2. Les défaillances du dispositif de protection et les axes de réflexion

Il nous est difficile de mettre en évidence les écueils que rencontrent les actionnaires dans les sociétés, à savoir que dans le premier mouvement, les actionnaires protègent leurs droits sur une base civile relativement au comportement managérial actuel des dirigeants et au contrôle approximatif exercé par la société. Le législateur OHADA entend contribuer à l'amélioration des conditions des actionnaires dans la société **(Section 2)**. Pour ce faire, il devra examiner l'efficacité du dispositif de protection **(Section 1)**.

Section 1. Les limites relatives aux dispositifs de protection

Il serait question de déceler les failles des moyens existants (**Paragraphe 1**) et d'apprécier le régime spécifique de la responsabilité lorsque la société est en difficulté (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : L'insuffisance des moyens de protection

Dans les entreprises qui protègent les actionnaires minoritaires, il existe un intérêt indéniable à recourir à des moyens de détection précoce des comportements managériaux pouvant être préjudiciables aux actionnaires. Il convient toutefois d'être modeste quant à sa portée réelle (**A**). De plus, la responsabilisation elle-même n'est pas aisée lorsqu'aucun de ces moyens n'empêche la défaillance des organes de gestion et de contrôle (**B**).

A. Les limites des moyens de détection précoce des actes de gestion

Ils sont liés à des sociétés à l'intrusion d'une tierce personne et à la lenteur de la procédure. L'un des principaux inconvénients de l'expertise managériale est qu'elle peut conduire à des violations flagrantes de la justice sociale (**1**). Par ailleurs, le législateur n'a pas précisé de régime de responsabilité pour l'expert en gestion (**2**).

1. Les dangers d'une intervention intempestive du juge dans la société

Les juges ont toute discrétion sur cette question[880]. Mais il ne doit en aucun cas critiquer les opérations de gestion et le développement financier de l'entreprise. Elle doit se limiter à apprécier s'il existe des raisons de faire droit à la demande. Une fois qu'un expert est nommé, il lui incombe de définir l'étendue de son mandat. De toute évidence, compte tenu de la souplesse du concept d'opération applicable, les juges seront enclins à l'étendre au besoin et selon les besoins. Comme le juge français, nul doute qu'il apportera par son jugement plus de précision dans le domaine de l'expertise[881].

Pour accomplir cette tâche, l'expert a accès à tous les documents de l'entreprise qui peuvent lui être utiles. Il n'y a donc aucune objection aux secrets commerciaux. Ainsi, bien que les experts eux-mêmes soient tenus au secret professionnel, les risques de comportements imprudents ne peuvent être ignorés.

Dans la même logique, la jurisprudence française devrait préciser que l'expertise peut porter atteinte à la crédibilité de l'entreprise en mettant en cause le fonctionnement de la société[882]. Grâce à l'intervention de la justice, cette mesure s'est très vite fait connaître du public. De plus, les programmes d'experts administratifs sont souvent caractérisés par la lenteur.

L'article 159 précité semble renvoyer les demandes d'expertise au président compétent du siège social. Cette exigence est sans doute pour pouvoir effectuer des mesures rapidement. C'est compréhensible, car une gestion que les partenaires déplorent peut rapidement se détériorer. Curieusement, cependant, le législateur ne voit pas la nécessité de soumettre explicitement une demande d'expertise de gestion à la procédure d'urgence. Pour les référés rendus par un juge, il appartient aux actionnaires d'attester l'existence d'un état . À défaut, le président du tribunal saisi, pourra se déclarer incompétent et renvoyer le demandeur à mieux se pourvoir[883].

---

[880] POUGOUE Paul-Gérard, ANOUKAHA François *et alii, op. cit.*, p. 86 et 87.

[881] En France, certaines décisions du juge ont été taxées d'audacieuses par la doctrine. Ce fut notamment le cas lorsque la Cour de cassation a admis que la mission de l'expert s'étende le cas à plusieurs sociétés d'un même groupe. Voir Cass. Com., 10 mai 1988, Bull. Civ., IV, N° 160, p. 111, cité par CHARTIER Yves, *op. cit.*, p. 337.

[882] Paris, 12 janvier 1977, *JCP*, 1978, II, 1823, note CHARTIER Yves, cité par CHARTIER Yves, *ibidem.*

[883] Voir tribunal régional hors classe de Dakar, ordonnance de référé N° 901, du 9 août 1999, affaire Hassane Yacine c/société nattes industries, YAZBACK Hibrahima *et alii*, Ohadata J-02-198, disponible sur le site : www.ohada.com consulté le 07/03/2022.

L'institutionnalisation explicite du référé sur cette question lèverait tout doute dans l'esprit des partenaires, et notamment des magistrats.

Même lorsque les juges sont saisis, les jugements n'interviennent pas assez rapidement. L'analyse de la jurisprudence spatiale de l'OHADA montre que les décisions sont généralement rendues un an après le dépôt de la demande. Dans l'affaire devant la Cour d'appel d'Abidjan, l'assignation avait été formée le 12 janvier 2000 pour contester la décision de première instance de rejeter l'expertise de gestion, la décision du juge d'appel n'est finalement pas intervenue le 2 janvier 2001[884]. Le jugement a infirmé la décision du premier juge, et les gens ont le droit de demander quel était l'intérêt des mesures prises un an après la demande. Dans d'autres cas, la décision a été prise plus d'un mois après le dépôt de la demande[885].

La gestion de l'expertise est donc en fait un processus assez long, et toute cette difficulté à trouver doit être rapide[886].

Finalement, le caractère contraignant de ces techniques de détection des difficultés de l'entreprise ne peut permettre de traiter qu'une partie des difficultés rencontrées par l'entreprise. Dans la plupart des cas, compte tenu de la nature des institutions qui ont l'intention d'utiliser ces mesures, la détection ne peut être véritablement mise en œuvre que lorsque des signes de défaillance sont déjà visibles. Cependant, l'aspect invisible peut être plus profond. Dès lors, afin de mieux appréhender les signes tangibles et intangibles des difficultés pouvant affecter l'entreprise, il est nécessaire d'améliorer significativement le dispositif.

22. L'absence de consécration expresse d'une responsabilité en cas d'entrave à l'expertise de gestion

Selon l'article 160 de l'Acte uniforme, une fois la mission de l'expert accomplie, l'expert mandaté établit un rapport et le communique au demandeur, à l'organe de direction, de direction ou d'administration et aux commissaires aux comptes depuis la réforme de janvier 2014 dans un délai de 30 jours. Cette nouveauté n'est pas sans intérêt puisque les commissaires

[884] CA d'Abidjan, cinquième chambre civile, arrêt N° 10 du 2 janvier 2001, affaire polyclinique Avicennes c/ Bassit Assad, ohadata j-02-113. Disponible sur le site : www.ohada.com consulté le 07/03/2022.
[885] Tribunal régional de Niamey préc. où la décision a été rendue le 22 octobre 2002 en faveur d'une demande introduite le 9 septembre 2002 ; CA d'Abidjan, arrêt N° 376 du 2 mars 2004, affaire Matalock Procces-ci SARL c/Tourreguitart Clussela, ohadata j-04-489. Disponible sur le site www.ohada.com consulté le 07/03/2022.
[886] GUYON Yves, *Droit des affaires, op. cit.*, p. 62.

aux comptes peuvent s'en servir, le cas échéant, pour déclencher une procédure d'alerte si l'instance dirigeante refuse de tirer toutes les conséquences des conclusions du rapport.

En effet, les associés demandeurs peuvent mettre en cause la responsabilité des dirigeants du cabinet lorsque des rapports d'expertise font état d'irrégularités de gestion. Les conséquences fâcheuses des litiges en responsabilité sur la carrière des chefs d'entreprise ne font aucun doute. Quelqu'un pourrait en profiter et empêcher l'expert d'accomplir ses tâches en l'empêchant d'accéder aux lieux et aux fichiers sociaux.

Puisqu'une telle déviance est répréhensible, on comprend pourquoi le législateur français sanctionne depuis 1966 d'amendes et d'emprisonnement ou de l'une des deux peines, les présidents qui déjouent volontairement la vérification par expertise en refusant de communiquer des documents, les directeurs et les gérants sont utiles à leurs tâches. Il est donc dommage que les législateurs de l'OHADA, résolument attachés à la modernité, n'aient pas jusqu'à présent criminalisé de tels comportements. Le regret s'approfondit lorsque l'on sait que le nouvel Acte uniforme renforce les protections des opérations commerciales et des partenaires en criminalisant de nouveaux actes ou omissions des dirigeants d'entreprises. C'est une lacune à laquelle les législateurs africains doivent remédier.

L'élément matériel de l'infraction consistera en tout type d'entrave à l'inspection et à la vérification par un expert par le contrevenant. Il peut s'agir d'un refus d'entrer dans les lieux, de difficultés diverses à se doter des moyens nécessaires à l'enquête, de réticences à fournir des explications, de non-présentation ou de présentation partielle de documents utiles à l'exécution de la mission, notamment les contrats, livres, pièces comptables et compte rendu des réunions. Les plaintes orales et écrites restées sans réponse peuvent également constituer une obstruction. Comme pour tout crime, un élément psychologique doit être requis pour le compléter. Les dirigeants doivent délibérément entraver le travail des experts. Enfin, il appartiendra à chaque État partie de prescrire les sanctions pénales pertinentes conformément à l'article 5 du traité de l'OHADA.

Il est regrettable que le législateur OHADA[887] n'ait pas envisagé un système de responsabilité pour les erreurs que les experts en gestion pourraient commettre dans l'exercice

[887] Aucun des différents Actes uniformes n'envisage, en effet, nulle part la responsabilité de l'expert ; c'est à croire qu'il s'agit là d'un sain à l'abri des tentations et des imperfections communes aux hommes pris dans leurs passions.

de leurs fonctions. Cette échappatoire affecte directement la sûreté et la sécurité des actionnaires minoritaires.

La loi française est cependant plus explicite sur le statut des experts, mais ne prévoit pas non plus de régime de responsabilité pour cet acteur assez important dans le fonctionnement défectueux d'une société commerciale dont la situation n'est pas encore irrémédiablement dégradée, mais est suffisante. Une réponse appropriée afin qu'elle n'en arrive pas à une situation aussi irréversible. Il est soutenu que le régime de responsabilité des experts peut imiter celui des auditeurs, mais avec un éventail de compétences différent. Dans tous les cas, la faute est le motif ou le fait générateur du recours, dont le résultat est la sanction de l'expert[888].

L'expertise managériale permet aux actionnaires de comprendre la gestion de l'entreprise, et les experts ne peuvent être un obstacle à cet objectif. Certes, sa nomination est urgente et les erreurs d'experts confirmés entraînent des sanctions.

Concernant les sanctions, l'expert a indiqué qu'il serait indemnisé pour le préjudice causé aux actionnaires. Cette indemnisation se résume en dommages et intérêts ; les actions en dommages et intérêts peuvent être individuelles ou collectives. Les sanctions par des spécialistes sont en faveur de la sécurité des petits et moyens actionnaires ; puisque les sociétés commerciales fonctionnent dans l'intérêt des actionnaires, les tiers ne peuvent menacer les intérêts des investisseurs qui fournissent du travail.

B. **Les difficultés d'exercice des actions en responsabilité**

Tout commence par le principe « *actori incumbit probatio* » du droit processuel, qui impose à celui qui accuse les faits d'apporter la preuve, même s'il est matériellement impossible, voire très difficile, pour les actionnaires de prouver la faute de ceux qui lui portent atteinte à ses droits (**A**). Même si la faute est avérée, rien n'est plus certain de son véritable degré de satisfaction, et la responsabilité civile remplacera généralement des sanctions moins sévères par rapport au préjudice subi (**B**).

[888] S'agissant de la faute de l'expert, elle peut découler du dépassement des pouvoirs et missions qui lui ont été confiés. L'expert qui, dans son rapport, présente sciemment des informations mensongères engage sa responsabilité. De même, l'expert qui, avec la complicité des dirigeants sociaux, présente une image infidèle de la société dans le but de nuire aux actionnaires, sera sanctionné.

1. Les obstacles liés à l'établissement des responsabilités

Les obstacles liés à la difficulté d'établir la responsabilité peuvent être liés aux difficultés posées par le système de preuve, la détermination ambiguë de la responsabilité et l'exercice de l'action sociale *« ut singuli ».*

L'indemnisation des préjudices subis par les actionnaires, qu'ils soient majoritaires ou minoritaires, se heurtera sans aucun doute à des preuves d'abus de pouvoir. De plus, en cas d'abus de majorité, les actionnaires minoritaires se rendent souvent compte que, compte tenu de la taille de l'entreprise et de la nature de ses activités, l'entreprise ne génère pas les bénéfices que l'on pourrait raisonnablement escompter. Ils soupçonnaient des négligences, voire des détournements de fonds, mais n'ont pas pu préciser leurs griefs, les empêchant de demander réparation[889]. Cependant, même si leur situation semble s'être améliorée grâce à l'Acte uniforme relatif à la vérification des comptes et à la nomination des experts en gestion, des difficultés subsistent.

Aussi, comme le souligne Yves CHARTIER, l'identification des auteurs d'abus de vote peut s'avérer délicate. En fait, poursuit-il, cela suppose que la preuve du sens que chaque partenaire a voté à main levée ou au scrutin soit rapportée[890].

Pour les administrateurs responsables et les commissaires aux comptes, les recours des actionnaires rencontreront également des difficultés de production de preuves. En effet, il est difficile pour les actionnaires de se documenter[891]. Par ailleurs, prouver le lien de causalité entre faute et dommage est souvent difficile, notamment pour les auditeurs, puisque la faute de l'auditeur n'est quasiment jamais la seule cause du dommage, mais ne fait que permettre ou aggraver le dommage[892], déjà souligné, cela en soi a été assez difficile à déterminer.

En revanche, s'il est difficile, voire impossible, de dresser une liste indicative des erreurs pouvant porter atteinte aux droits des actionnaires, les législateurs africains omettent ou identifient certaines erreurs de manière très vague. C'est le cas des liquidateurs, même si l'intervention de ces derniers n'est pas sans risque pour les droits des actionnaires. Il est donc regrettable que les législateurs aient des réserves quant à l'organisation de leurs responsabilités,

[889] GUYON Yves, *Droit des affaires, op. cit.,* p. 485.
[890] FENEON Alain, « Droit des actionnaires minoritaires dans les sociétés commerciales de l'espace OHADA. », *op. cit.,* p. 166.
[891] PERROUD Jean, « La condition de l'actionnaire », *op. cit.,* p. 324.
[892] RIPERT Georges et ROBLOT René, *op. cit.,* p. 1035.

du moins au niveau civil. En effet, dans le processus de liquidation de l'entreprise, le liquidateur joue le rôle de gérant. Par conséquent, s'il commet une erreur ou enfreint la loi dans l'exécution d'une tâche, il devrait pouvoir voir sa responsabilité.

Dans ce cas, il nous semble que sa responsabilité devrait être calquée sur celle du leader de la société. Certes, ce comportement a conduit le législateur à ne pas envisager d'organiser un régime de responsabilité spécifique aux autres acteurs sociaux. En conséquence, le liquidateur sera responsable envers la société, les tiers et les actionnaires des conséquences dommageables des fautes qu'il aurait commises dans l'exercice de ses fonctions. Ainsi, si sa mauvaise gestion causait un préjudice à l'entreprise, une action sociale serait intentée, et si sa faute affectait personnellement les associés, une action personnelle pourrait être intentée contre lui. Dans cette logique, ces actions en responsabilité devraient se prescrire trois ans après le fait dommageable et trois ans après la révélation du fait caché. Une tout autre difficulté naît notamment de la pratique de l'*« ut singuli »* de l'action sociale.

Difficulté à rapporter la preuve d'un lien de causalité entre l'échec et les dommages, car les faits contestés surviennent souvent des années avant la soumission pour examen, dans différents environnements économiques, il est presque impossible de reconstituer avec précision, la pratique d'une action sociale « tout unique » peut entraîner de graves difficultés qui peuvent nuire aux droits des actionnaires.

Premièrement, cette approche confère aux actionnaires un pouvoir que seule la société possède et qui doit donc rendre compte à ses représentants. Dans cette hypothèse, l'action sociale exercée par *« ut singuli »* contient manifestement le ferment de l'anarchie, puisqu'elle permet aux actionnaires de prétendre être un meilleur juge des intérêts sociaux que la plupart des institutions chargées de gérer les affaires municipales. Elle peut aussi alimenter l'enthousiasme d'actionnaires trop agressifs, paralysant ainsi la société.

Par la suite, il n'est pas toujours aisé pour les actionnaires de distinguer entre actions sociales et actions individuelles exercées. Cependant, les régimes des deux actions sont très différents.

Difficultés mises à part, il n'en demeure pas moins que, même retenue, la responsabilité civile est loin d'avoir l'effet escompté. C'est-à-dire que la portée de l'allégement de la responsabilité civile est fortement réduite.

23. **Le caractère bénin de la responsabilité civile en tant que sanction**

La responsabilité des gérants, des commissaires aux comptes, des liquidateurs et même des experts en gestion pour des fautes dans l'exercice de leurs fonctions est importante et nécessaire pour protéger les droits des actionnaires. Seulement, étant donné qu'il s'agit de remettre la victime dans l'état où elle se trouvait avant la survenance du dommage, la responsabilité ne constitue une sanction efficace que si le fautif est suffisamment solvable. En effet, lorsque les administrateurs ou les commissaires aux comptes d'une entreprise sont anonymes, leur crainte d'être tenus responsables ne les empêche pas d'agir. Cela signifie que la responsabilité civile apparaît souvent comme une sanction inefficace. Ainsi, en tant que processus de réparation, il se heurte pour le moins à une disproportion, sinon à l'insolvabilité du défendeur potentiel, entre le degré de préjudice causé et le degré de modestie (sincérité ou agencement) des biens. Le jugement sera exécuté.

Les actionnaires, en revanche, craindront d'encourir des frais de justice de plus en plus élevés pour des procédures à l'issue incertaine. En tant que sanction, la responsabilité civile actuelle comporte donc trop de failles. Par conséquent, afin de maximiser la protection des actionnaires, certaines solutions possibles doivent être envisagées.

Paragraphe 2 : Le cas des sociétés en difficulté.

Le régime de la responsabilité civile des dirigeants dans la société anonyme en difficulté renvoie au régime de l'action en comblement du passif. Au regard des articles 180 et suivants de l'Acte uniforme relatif aux procédures collectives d'apurement du passif, la responsabilité des dirigeants en cas de procédure collective est très rigoureuse.

En effet, dans l'hypothèse d'un redressement judiciaire ou d'une liquidation des biens, lorsque la procédure fait apparaître une insuffisance d'actif, le juge peut décider que les dettes de la société seront supportées par les dirigeants en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif. Par conséquent, la responsabilité du dirigeant dans la société en difficulté suppose une faute, condition de l'action en comblement du passif (**A**) ainsi qu'un dommage, condition également de l'action en comblement du passif (**B**).

A. La faute, condition de l'action en comblement du passif

La faute est l'élément premier qui permet d'engager la responsabilité du dirigeant. La faute consiste en un manquement à une obligation préexistante[893]. La faute est donc cette condition qui permet aussi d'engager la responsabilité des dirigeants dans les sociétés en difficulté. L'exigence d'une faute suppose une faute caractérisée du dirigeant (**1**), mais également une faute commise dans l'exercice de ses fonctions (**2**).

1. Une faute caractérisée du dirigeant

La faute caractérisée du dirigeant s'entend de toute faute commise par le dirigeant qui par conséquent engage sa responsabilité. Il s'agit de la déclaration tardive de la cessation de paiement, condition nécessaire, mais insuffisante de la faute de gestion ainsi que de l'insuffisance de l'actif disponible, condition impérative de la faute de gestion**.**

La cessation des paiements est l'état où le débiteur se retrouve dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible au moyen de son actif disponible, à l'exclusion des situations où les réserves de crédit ou les délais de paiement dont le débiteur bénéficie de la part de ses créanciers lui permettant de faire face à son passif exigible[894]. L'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif a pour objet, notamment, d'organiser les procédures collectives de règlement préventif, de redressement judiciaire et de liquidation des biens, du débiteur, et ce, en vue de l'apurement collectif de son passif.

Ainsi, le législateur OHADA a prévu une procédure de redressement judiciaire lorsque l'entreprise se retrouve en cessation de paiement[895]. La notion de cessation de paiement est importante puisqu'elle est la condition d'ouverture des procédures de redressement judiciaire et de liquidation des biens[896]. Il appartient donc au juge saisi d'une procédure collective d'apurement du passif de déterminer si l'entreprise est en cessation de paiement[897].

La notion de cessation de paiement a évolué au fil des années. Il existait une thèse dualiste qui distinguait deux notions de cessation des paiements : la cessation des paiements

---

[893] PLANIOL Marcel, *Traité élémentaire de droit civil,* t. II, 3e éd., n° 947.
[894] 127 Article 1-3 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.
[895] Civ. 2 mars 1932, D. 1933.1.126, note Besson ; Cass. Com, 25 février 1997.
[896] Cour d'appel du Littoral, Arrêt du 16/03/2012, www.ohada.com, Ohadata J-14-14.
[897] Voir : MEUKE Bérenger Yves, « Quelques précisions sur la notion de cessation des paiements dans l'OHADA », www.ohada.com, Ohadata D-08-13.

ouverte et la cessation des paiements déguisée[898]. Le législateur OHADA a conservé la solution traditionnelle en prévoyant que « ce qui caractérise la cessation des paiements c'est l'absence de disponibilités immédiates suffisantes pour payer le passif échu, en d'autres termes, l'impossibilité d'obtenir le moindre concours bancaire notamment, pour faire face à une échéance »[899]. La conception dualiste de la cessation de paiement a été remplacée par une conception unitaire. Cette conception unitaire permet l'ouverture de la procédure collective non seulement en présence d'un arrêt matériel du service de caisse, mais également dès que le service de caisse n'est maintenu que par des artifices et spécialement par le recours à des moyens frauduleux, ruineux ou factices[900].

Pour qu'il y ait cessation de paiement, il faut que trois éléments soient réunis[901]. Premièrement, il faut un passif exigible, c'est-à-dire que les dettes en causes doivent être liquides, exigibles et certaines[902]. Deuxièmement, il faut que l'actif soit disponible[903]. Cela signifie que l'entreprise peut disposer de sommes immédiatement, soit parce qu'elles sont liquides, soit parce que leur conversion en liquide est possible sans délai (exemple des créances clients, valeurs mobilières, machines)[904]. Enfin, il faut que l'entreprise soit dans l'incapacité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible de sorte qu'il y a cessation de paiement[905]. Autrement dit, la cessation de paiement résulte d'un déséquilibre entre le passif et l'actif[906].

Il reste toutefois à prouver que l'entreprise se trouve en cessation de paiements. À cet égard, il est utile de préciser qu'il revient à celui qui demande l'ouverture de la procédure collective de prouver la cessation de paiement. La preuve de la cessation de paiement est libre et sera souvent rapportée par un faisceau d'indices. L'article 25 alinéa 1er de l'Acte uniforme

---

[898] V. MARTINEAU-BOURGNINAUD Véronique, « La cessation des paiements, notion fonctionnelle », *R.T.D Com* 2002. 245.

[899] ISSA-SAYEGH Joseph, « L'intégration juridique des États Africain de la zone franc » *Penant*, numéro Spécial OHADA, p. 211.

[900] DIALLO Bakary, « La cessation des paiements du débiteur en OHADA », Note sous Cour d'Appel de OUAGADOUGOU, Arrêt n° 52 du 16/04/2004 Ch. civ et com, *Jurifis Info,* n° décembre 2010, p. 12.

[901] JEANTIN Michel et LE CANNU Paul, « Droit commercial, Entreprises en difficulté », *Dalloz,* 7e éd., 2007, p. 178, n° 250.

[902] Cass. Com., 22 février 1994, *JCP éd. G* 1995, II 22 447, note Lévy ; CA Ouagadougou, arrêt n° 52 du 16 avril 2004, Juriscope OHADA 2006 ; Com. 25 nov. 2008, GPC 28 avril 2009, p. 15, obs. Ch. Lebel.

[903] DIALLO Bakary, « La cessation des paiements du débiteur en OHADA », Note sous Cour d'appel de Ouagadougou, Arrêt n° 52 du 16/04/2004 Ch. civ et com, (BATEC-SARL ET Ent DAR-ES-SALAM c/ SOSACO) Jurifis Info, n° décembre 2010, p. 12. Voir www.ohada.com, Ohadata J-08-20.

[904] GUYON Yves, Droit des affaires, T. 2, « Entreprises en difficultés Redressement judiciaire-Faillite », *Economica*, édition, 2001, n° 1119.

[905] POUGOUE Paul Gerard, OHADA, « L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA », *PUA* 1999, n° 43. ; Cass. Com, 17 octobre 2000, *Act. proc. Coll.* 2000-19, n° 238.

[906] DIALLO Bakary, La cessation des paiements du débiteur en OHADA », Note sous Cour d'appel de OUAGADOUGOU, Arrêt n° 52 du 16/04/2004 Ch civ et com, *Jurifis Info*, n° décembre 2010, p. 12.

prévoit que 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'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, quelle que soit la nature de ses dettes[907].

La cessation de paiement ne constitue pas en soi une faute. Cependant, c'est le défaut de déclaration de cessation des paiements dans le délai requis de trente jours qui suivent la cessation des paiements, qui constitue une faute de gestion. Ainsi la déclaration tardive de la cessation des paiements par le dirigeant constitue une faute de gestion de sa part.

C'est ce que traduit l'arrêt du 17 juin 2020 rendu par la Cour de cassation. En l'espèce, M. Z a été assigné en paiement de l'insuffisance d'actifs pour avoir commis une faute de gestion qui est la déclaration tardive de cessation de paiement. En effet, la société Valparaiso a été mise en redressement judiciaire par un jugement le 30 septembre qui a fixé la date de cessation des paiements au 15 juillet 2009. Il est reproché à M. Z qu'en tenant compte de l'augmentation du passif pendant la période du 15 juillet au 21 juillet 2009, la déclaration de cessation de paiement aurait dû être établie. Celle-ci a eu lieu le 21 septembre 2009 d'où la déclaration tardive de cessation des paiements. En d'autres termes, pour le juge, « la déclaration tardive de la cessation des paiements constitue une faute de gestion ayant manifestement contribué à aggraver le passif de la Société, ne permettant pas la poursuite d'une activité déficitaire »[908].

Pour la jurisprudence, la faute de gestion, quelle que soit sa gravité, constitue un acte positif ou une abstention. La qualification de la déclaration tardive de cessation de paiement est celle d'une faute de gestion et non une négligence. La faute doit être caractérisée et prouvée[909]. La cessation de paiement doit aussi être antérieure au jugement d'ouverture[910]. En plus de la déclaration tardive, l'insuffisance d'actif s'avère être un élément aussi à ne pas négliger.

La réussite de l'action en comblement du passif est conditionnée à la preuve d'un préjudice subi par la société. Ce préjudice est l'insuffisance d'actif. Il y a insuffisance d'actif lorsque, dans le cadre d'une procédure de liquidation des biens, le produit de la réalisation des

[907] Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA), Arrêt du 06/12/2011, *Recueil de Jurisprudence* n° 17 (Juillet - décembre 2011), p. 57.
[908] Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 13 novembre 2007, 06-18.925, inédit, consulté le 2 novembre 2021 sur https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007627248
[909] FAVARIO Thierry, « la faute de gestion au sens de l'article L. 651-2 du Code de commerce », *Rev. Proc*. Coll. 2015, étude 15.
[910] V. infra, § B. Cass. Com., 14 mars 2000, n° 97-17753, 1re esp. *Bull. civ*. IV, n° 59 ; BJS juin 2000, n° 133, p. 602, note DAIGRE Jean-Jacques ; *LPA* 21 nov. 2000, p. 13, note GIBIRILA Deen.

actifs du débiteur et des actions et procédures engagées ne permet plus de désintéresser, même partiellement, les créanciers[911]. Autrement dit, l'insuffisance d'actif existe lorsque le passif est supérieur à l'actif disponible.

L'insuffisance d'actif est à distinguer de l'insuffisance de trésorerie[912]. Contrairement à l'énoncé de l'article 173 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, il ne s'agit pas d'absence de fonds,[913] mais, plutôt d'opérations de liquidation infructueuses. Il ressort de ce même article que la juridiction compétente peut être saisie par toute personne intéressée afin que soit constatée l'insuffisance d'actif. La juridiction compétente peut se saisir d'office, mais cette saisine d'office peut s'avérer être le résultat de l'alerte donnée par l'une des parties[914].

L'insuffisance d'actif doit être certaine. Elle doit être vraiment établie et non supposée[915]. Il revient au demandeur de prouver l'insuffisance d'actif et à la juridiction compétente de constater l'insuffisance d'actif[916]. C'est pourquoi le rapport du juge-commissaire doit être vraiment explicite, car c'est ce qui détermine la décision du juge.

Dans tous les cas, l'existence et le montant de l'insuffisance d'actif doivent être appréciés au moment où le tribunal statue[917]. C'est pourquoi il a été jugé que l'action en comblement du passif devient sans objet lorsque le dirigeant règle l'insuffisance avant le jugement d'ouverture[918]. Il en est également ainsi en cas de clôture pour extinction du passif, car celle-ci exclut l'existence d'un dommage[919].

---

[911] Code de commerce français, art. L 622-30. Il est à noter que l'AUPC ne dit pas ce qu'il faut entendre par insuffisance d'actif.

[912] En effet les difficultés de trésorerie ou de disponibilités peuvent se résorber dans le cours ou le moyen terme. Ce n'est pas le cas où il y a insuffisance d'actif.

[913][913] Article 173 al. 1 de l'AUPC dispose que : « *si les fonds manquent pour entreprendre ou terminer les opérations de la liquidation des biens, la juridiction compétente, sur le rapport du juge-commissaire peut, à quelque époque que ce soit, prononcer, à la demande de tout intéressé ou même d'office, la clôture des opérations pour insuffisance d'actif* ».

[914] TSAGUE DONKENG Hubert, « le régime de l'insuffisance d'actif en droit OHADA des procédures collectives », Revue de l'*ERSUMA* : Droit des affaires – Pratique Professionnelle, N° 4 – Septembre 2014, Études.

[915] TSAGUE DONKENG Hubert, « le régime de l'insuffisance d'actif en droit OHADA des procédures collectives », Revue de l'*ERSUMA* : Droit des affaires – Pratique Professionnelle, N° 4 – Septembre 2014, Études.

[916] Cass. com., 23 sept. 1981, *Bull. civ*., IV, n° 334.

[917] Cass. com., 27 févr. 1978, *D.*, 1978, IR. 334 ; 18 févr. 1992, *RJDA*, 1992/5, n° 521 ; 28 févr. 1995, *RJDA*, 5195, n° 651 som.

[918] Paris, 21 mars 1977, inédit, cité par B. FEUGERE, in article précité, p. 337, note n° 43.

[919] En ce sens, SAWADOGO Filiga Michel, *op. cit*., n° 338 *in fine.*

Le dirigeant est condamné, quelle que soit l'importance[920] de l'insuffisance de l'actif disponible, dès lors qu'elle résulte d'une faute de gestion de ce dernier. La recherche de la cause dans la survenance d'une cessation de paiement étant un exercice difficile, l'idée d'une faute ayant participé à l'insuffisance d'actif plutôt que celle ayant causé l'insuffisance d'actif est celle retenue. Cette nouvelle qualification a été appréciée par tous, car elle y ajoute d'autres éléments à la catégorie des fautes causant l'insuffisance d'actif[921]. L'article 183 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif n'envisage la responsabilité du dirigeant qu'en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif.

En cas de pluralité de dirigeants, la faute de l'un n'empêche pas l'autre d'être aussi responsable, les deux pouvant être condamnés solidairement ou non au paiement de tout ou partie de l'insuffisance d'actif[922].

Avant le début de la procédure, l'insuffisance d'actif doit obligatoirement avoir été réalisée, parce que l'action doit sanctionner une conduite fautive qui s'est déroulée avant l'ouverture de l'action. Il n'est pas important que la date de réalisation des fautes invoquées soit proche, car le délai de prescription ne court qu'à partir du déclenchement de l'action[923]. Le montant de l'insuffisance d'actif, étant l'une des conditions requises pour engager la responsabilité du dirigeant, est également le montant du dommage dont la réparation peut être demandée. Elle est le résultat du passif et de l'actif de la société débitrice.

Le débiteur doit être confronté à court terme à un problème grave qu'il ne peut surmonter ou résoudre avec des moyens ordinaires[924]. La faute caractérisée du dirigeant constitue la condition centrale pour engager la responsabilité du dirigeant. Cependant, il faut que la faute du dirigeant ait été commise dans l'exercice de ses fonctions, c'est-à-dire au cours de sa gestion.

---

[920] Cass. Com., 19 janv. 1993, n° 91-12365 : *Bull. civ. IV*, n° 18.
[921] Cass. Com., 30 nov. 1993, n° 91-20554 ; *Bull. civ. IV*, n° 440 ; *BJS* avr, n° 122, p. 410, obs. PETEL Philippe ; Cass. Com., 11 oct. 2011, n° 10-20423 : *Gaz. Pal*. 21 janv. 2012, n° 18492, p. 11, spéc. P. 45, note MONTERAN Thierry. *; Rev. Proc. Coll*. 2012, comm. 98, note MARTIN-SERF Arlette.
[922] GIBIRILA Deen, « les conditions de la responsabilité pour insuffisance d'actif du dirigeant d'une entreprise en difficulté », 2021, *LPA 4* sep. 2020, n° 155, p. 20.
[923] Cass. Com., 8 avr. 2015, n° 13-28512 : *Bull. civ. IV*, n° 360
[924] Tel un simple crédit bancaire, et qui, non traité, met en danger l'exploitation normale de l'entreprise. Voir PEROCHON Françoise et BONHOMME Régine, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, 8e éd., 2009, n° 66 ; ROUSSEL-GALLE Philippe, « OHADA et difficultés des entreprises, Étude critique des conditions et effets de l'ouverture de la procédure de règlement préventif », *RJ. Com.*, fév. 2001, n° 40, p. 69.

24. **Une faute dans l'exercice des fonctions du dirigeant**

Au cours de la vie sociale, le dirigeant est amené à effectuer des actions dans le but de gérer la société. Cependant, il peut arriver que les dirigeants commettent des fautes. Ces fautes s'apprécient différemment lorsque le dirigeant se trouve dans une société en difficulté. Il convient donc d'étudier l'exigence de la faute de gestion et ensuite d'étudier l'appréciation de la faute de gestion dans le cadre social**.**

Aux termes de l'article 165 de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales « chaque dirigeant social est responsable individuellement envers la société, des fautes qu'il commet dans l'exercice des fonctions ». La preuve d'une faute de gestion commise par le dirigeant est la première condition à remplir au regard de la loi avant l'ouverture de la procédure[925]. C'est à la faute de gestion que font référence le droit OHADA[926] et la doctrine[927]. Il s'agit de toute faute du dirigeant, qu'elle soit légère, grave, lourde ou dolosive. Il peut aussi s'agir d'un acte constituant un fait positif ou une abstention, pourvu que la faute ait été commise dans le cadre de l'administration et la gestion de la société. Elle est celle commise dans le cadre de la gestion normale de la personne morale.

La faute de gestion est différente de la faute détachable qui, elle, a une constitution jurisprudentielle[928]. La faute détachable survient lorsqu'elle est commise dans un cadre autre que l'exercice normal d'une fonction sociale. Elle est utilisée par les personnes, tiers à la société pour engager la responsabilité du dirigeant.

La mention de faute séparable ou détachable des fonctions ne peut être invoquée par le dirigeant de la société en difficulté pour se désengager[929]. Ce qui veut dire que la faute séparable n'a aucune fonction exonératoire concernant la poursuite du dirigeant par les créanciers représentés par le syndic. Lorsqu'il s'agit d'une société en difficulté, la jurisprudence est encore

[925] M. BOURRIE-QUENILLET, « La faute de gestion du dirigeant de société en cas d'insuffisance d'actif, pratique judiciaire », *JCP E*, 1998, p. 455 ; J. Calvo, « L'action en comblement de passif et la faute de gestion », Petites affiches, n° 63, 27 mai 1998, spéc. 16 ; MARTIN-SERF Arlette, « Panorama des fautes de gestion », *RTD com*., 1999, 983 ; SAINT-ALARY-HOUIN Corinne, « La responsabilité patrimoniale des dirigeants des sociétés en difficultés », Rev. proc. Coll., 2001, p. 145 ; S. HADJI-ARTINIAN, « La faute de gestion en droit des sociétés », *Litec*, 2001.

[926] Les articles 330, 740 de l'AUSCGIE et 127 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives font référence à la faute de gestion comme condition d'engagement d'ouverture de l'action sociale en responsabilité du dirigeant social.

[927] BROGGIO Dominique. *L'évolution de la responsabilité du chef d'entreprise*, DEA *droit des obligations civiles et commerciales* sous la direction de Mme la Professeur CECCALDI-GUEBEL, université René Descartes 6 paris.

[928] Tiré de la jurisprudence administrative : Tribunal des conflits du 30 juillet 1873, *Pelletier* (GAJA n° 2).

[929] WESTER-OUISSE Véronique, *op. cit*., p. 785.

plus rigoureuse. En effet, elle considère même que la faute de gestion peut intervenir à n'importe quel stade de la vie sociale. C'est ainsi le cas lorsqu'elle admet l'existence d'une faute de gestion lors de la constitution de la société[930].

Cependant, la responsabilité des personnes physiques représentant des personnes morales suscite plusieurs réflexions. Le problème est de savoir si la personne physique représentant une personne morale ne pourrait pas se prévaloir d'une faute non détachable ou non séparable des fonctions afin d'être désengagée ou d'engager la responsabilité de la société. La jurisprudence semble aller dans ce sens[931]. Il en résulte qu'il appartient au syndic ou au tribunal de prouver que le représentant de la personne morale a commis, soit une faute personnelle séparable des fonctions s'il a la qualité de dirigeant, soit une faute qui dépasse les limites de la mission qui lui a été confiée lorsqu'il s'agit d'un salarié. Par conséquent, en l'absence de la preuve du comportement fautif du dirigeant, il faudrait alors demander réparation à la société. Au regard de ce qui précède, les dirigeants dans une société en difficulté ne peuvent évoquer la faute détachable en vue de se désengager, d'où la différence entre ces deux notions. Il convient d'étudier l'appréciation de la faute de gestion dans le cadre social.

La bonne gestion sociale est le standard pour l'appréciation de la faute de gestion. Il faut, pour mieux l'appréhender, faire appel à des exemples juridiques. L'exemple du civiliste, du bon père de famille, constitue une référence pour le dirigeant. C'est dire que le dirigeant doit être diligent, avisé et prudent, car l'entreprise apparaît dans ce sens, comme le groupement familial. Un groupement associé à des intérêts patrimoniaux plus conséquents. Le dirigeant doit aussi respecter les usages, notamment professionnels, les règles de jeux[932]. Les devoirs propres aux dirigeants sociaux sont imprégnés d'obligations à contenu moral. Les dirigeants doivent également agir de bonne foi. Ainsi, de ce devoir général de bonne foi découlent les autres devoirs exigibles des dirigeants. Dans sa version classique, la bonne foi peut être définie comme une règle de conduite qui exige des sujets de droit, une loyauté et une honnêteté exclusive de

[930] Exemples de fautes contemporaines à la création : choix d'investissements inadaptés ou excessifs compte tenu de leurs conditions prévisibles de financement (Cass. com., 19 mars 1996, *JCP, E, I*, p. 584, § 17 ; 20 juin 2000, Bull. Joly, 2000, § 231, p. 906 ; 19 févr. 2002, *RJDA*, 7/2002, n° 791, p. 663 ; 29 oct. 2002, Dr. Sociétés, mars 2003, note 46), fixation initiale d'une rémunération du dirigeant proportionnée aux résultats prévisionnels (Rennes, 13 déc. 1995, Juris-Data, n° 052352 ; Lyon, 12 sept. 2002, *Dr. Sociétés*, janv. 2004, p. 19) ; insuffisance de fonds propres (Cass. com., 23 nov. 1999, *RJDA*, 4/2000, n° 457, p. 361 ; Aix, 16 mai 2001, *RJDA*, 2002/4, n° 416, p. 353).

[931] V. *Supra.*

[932] LE TOURNEAU Philippe, Dalloz action droit de la responsabilité et des contrats, voir. « Conduite en bon père de famille », n° 6762,6763.

toute intention malveillante[933]. Ce devoir découle de la mission même du dirigeant qui, en tant que mandataire social, doit exercer ses pouvoirs dans l'intérêt de la société. Il s'ensuit qu'il ne peut profiter de sa situation pour exercer ses pouvoirs dans un autre intérêt, le sien ou celui d'une société concurrente. En plus de la bonne foi, le dirigeant doit agir avec prudence et loyauté qui demande que leurs actes soient motivés par le respect de l'intérêt de la société. De même que les devoirs de diligence et de bonne foi, le devoir de loyauté implique que le dirigeant qui en a la charge agisse pour l'intérêt d'une autre personne, en toutes circonstances, dans le cadre de leurs relations[934].

Le devoir de loyauté implique une situation de conflit d'intérêts, dans laquelle le dirigeant est tenté de privilégier son intérêt personnel par rapport à celui de la société. Le dirigeant doit, par conséquent, être conscient du devoir qui lui incombe. Ainsi, le dirigeant est tenu d'effectuer toutes les actions nécessaires à la prospérité de la société tout en respectant les limites de ses attributions. Ces actions peuvent s'avérer positives,[935] mais aussi négatives.

Cependant, le dirigeant, dans le cadre de ses fonctions, peut poser des actes qui portent préjudice à la société. Lorsque la société est en difficulté financière, cela signifie que les dirigeants ont posé des actes qui ont affecté la santé de la société. Il s'agit de plusieurs actions, comme le fait de présenter de faux documents comptables dans le but de masquer la véritable situation de la société, le détournement de la destination des avoirs de la personne morale. Le dirigeant a donc l'obligation d'agir en tant que maître de la gestion sociale et éviter d'agir dans le sens contraire à ses obligations.

Dans le cas contraire, sa responsabilité sera engagée. La responsabilité du dirigeant est engagée lorsque celui-ci a commis une faute. Des suites de la faute, il faut qu'il en résulte un dommage subi par la société.

B. Le dommage, condition de l'action en comblement du passif

La responsabilité du dirigeant suppose l'existence d'un dommage. Le dommage est l'ensemble des conséquences préjudiciables subies par la victime de la faute. Ainsi il s'agit d'un dommage découlant de la faute du dirigeant (**1**), mais aussi un dommage subi par la société (**2**).

---

933 CAUSSAIN Jean-Jacques, « Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux en droit français », *Gaz. Pal.*, n° 340 du 5 décembre 2000.
934 *Black's Law Dictionary*, 8e éd., 2004.
935 Voir l'article 228 de l'Acte uniforme sur les sociétés coopératives et l'article 498 (SA).

1. Un dommage découlant de la faute du dirigeant

L'existence d'un dommage découlant de la faute du dirigeant suppose deux éléments. Tout d'abord, elle suppose l'existence préalable d'un dommage et ensuite un lien de causalité existant entre la faute et le dommage**.**

Le dommage subi par la société doit être prouvé pour que la responsabilité du dirigeant soit engagée. L'article 166 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique donne droit à réparation toutes les fois que le dirigeant s'est rendu coupable d'une faute de gestion causant un dommage à la personne morale. Conformément au droit commun, le demandeur doit démontrer que la faute reprochée au dirigeant lui a causé un dommage dont il entend obtenir réparation.

La jurisprudence exige simplement la preuve d'un dommage direct, certain, licite et personnel[936]. L'exigence d'un dommage direct est comprise comme un simple rappel de lien de causalité entre le fait imputable et le dommage[937]. En d'autres termes, le caractère direct du dommage signifie que le dommage doit avoir été causé par la faute commise par le dirigeant**,** il doit résulter directement de la faute.

Le dommage est certain lorsque la réalisation de celui-ci est sûre. Cela pose la question du dommage éventuel, futur ou hypothétique qui ne peut être admis comme dommage réparable dans le cadre de l'action sociale. La victime ne peut obtenir réparation de préjudices qui seraient incertains, éventuels, fantasmés[938]. Il s'agit d'une certitude relative.

Le dommage invoqué doit aussi, avoir un caractère personnel, car nul ne peut demander réparation pour soi, des préjudices subis par un autre. Il faut que le dommage soit personnel à la victime pour qu'elle puisse engager la responsabilité du dirigeant.

Enfin, le caractère licite du dommage a été consacré par l'arrêt Perruche[939]. En effet, il faut justifier de la lésion certaine d'un intérêt légitime, juridiquement protégé[940]. Par intérêt légitime, il faut entendre que le préjudice n'est certain que si le demandeur se prévaut d'un intérêt déductible en justice c'est-à-dire d'un droit.

---

[936] Paris, 4 févr, 2000, *Bull. Joly 2000*, p. 817.
[937] ANDREU Lionel, THOMASSIN Nicolas, *cours de droit des obligations*, Gualino, 2021, 706 pages, p. 330.
[938] ANDREU Lionel et THOMASSIN Nicolas, *cours de droit des obligations*, *op. cit.*, p. 331.
[939] Cass. Ass. Plén., 17 novembre, 2000, *Bull. civ*. N° 9 p. 15.
[940] ANDREU Lionel et THOMASSIN Nicolas, *cours de droit des obligations*, *op. cit.*, p. 338

Par conséquent, à défaut d'une telle preuve, la responsabilité du dirigeant doit être écartée. Ainsi, la responsabilité du dirigeant n'a pas été retenue dans une espèce où il a été démontré que la communication tardive de certaines informations aux actionnaires ne leur avait point été préjudiciable[941]. De même, la responsabilité d'un gérant a été écartée en l'absence de la preuve que la résiliation d'un contrat par son fait, avait causé un préjudice personnel à l'associé demandeur[942]. Il faut, cependant, un lien de causalité entre la faute et le dommage.

De l'article 1382 du Code civil Napoléon, il ressort que l'auteur de la faute doit réparer le dommage causé par sa faute. Par conséquent, la responsabilité du dirigeant est subordonnée à la preuve par le demandeur de l'existence d'un rapport de causalité entre le dommage subi par la société ou l'associé et la faute reprochée au dirigeant. L'existence de ce lien de causalité relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. Les juges doivent donc constater que le préjudice allégué par la société ou les associés a bien sa source dans un acte, un fait ou une abstention du dirigeant poursuivi[943].

Il est clair que l'établissement de ce lien de causalité est difficile, car il est rare que la faute du dirigeant poursuivi soit la cause unique ou principale du dommage[944]. Dans tous les cas, les juges du fonds apprécient souverainement les preuves produites par le demandeur pour décider si le dommage est ou non la conséquence du manquement reproché au dirigeant.

Toutefois, l'exigence d'un lien de causalité soulève une interrogation, celle de la faute commise par le préposé. Le préposé est celui qui agit pour le compte d'une autre personne[945]. Le constat est que l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales est muet sur cet aspect.

Le chef est astreint à une obligation de contrôler et de discipliner le personnel sous ses ordres[946]. Le manquement à cette obligation peut entraîner un dommage social qui remplit les conditions pour être réparable. Certains arguments peuvent toutefois s'opposer à cette thèse. En effet, il est prévu dans l'Acte uniforme la responsabilité du dirigeant dans le cadre de l'action sociale. Comment assimiler la faute du préposé à une faute de gestion puisque ce dernier n'a ni la qualité ni le titre de dirigeant ? Une pareille solution est appliquée par la jurisprudence en

[941] Cass. civ., 29 juin 1899, DP, 1905, I, p. 191.
[942] Cass. com., 5 mars 1991, Liaisons juridiques et fiscales, 28 mars 1991, p. 2.
[943] Paris, 10 juil. 1991, RJDA, 1991, n° 1035, p. 870.
[944] En ce sens, F. POLLAUD-DULIAN, op. cit., p. 363.
[945] P. LERRAT, décrypter le langage juridique, vocabulaire du juriste débutant, Ellipses, 2017, 258 pages, p. 194.
[946] Cass. Crim., 6 févr. 1962, Bull. civ., IIII, p. 65.

matière de délégation de pouvoir. Le dirigeant demeure la seule personne tenue de la gestion de la société. Il est responsable même si la faute émane d'un délégué[947].

Le dirigeant ne pourra bénéficier de l'exonération que s'il prouve que le délégué était un professionnel doté d'une certaine autonomie et indépendance à son égard[948]. Cependant, la société peut aussi s'avérer être une victime et subir un dommage.

25. **Un dommage subi par la société**

La société est la première entité qui se retrouve en péril par les fautes de certains dirigeants. Elle subit par conséquent des préjudices. Il convient de mettre en exergue la pluralité des formes de dommages possibles tout en relevant l'impact de ces dommages sur l'intérêt social de la société.

Le dommage subi par la société peut être caractérisé de plusieurs différentes manières. Il peut s'agir, d'une part d'un préjudice financier ou politique. Il est financier lorsqu'il touche à des intérêts patrimoniaux de la société. C'est le cas lorsque le dirigeant vend, sans autorisation, un bien de la société afin d'en tirer un intérêt personnel. Cet acte du dirigeant constitue une atteinte au patrimoine de la société.

C'est ainsi que, la présentation d'états financiers inexacts pour cacher la véritable situation économique de la société, peut être citée comme exemple. Il en est de même de la distribution de dividendes fictifs, causant un double préjudice à la société et aux associés, préjudice qui peut être la réduction du capital avec l'absence de bénéfice réel. Il ressort de l'article 144 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique que constituent les dividendes, la part de bénéfices revenant à chaque action ou chaque part sociale. Le même article dispose que tout dividende distribué en violation des règles est un dividende fictif. Par conséquent, le dirigeant qui distribue en violation de ces règles, des dividendes, commet un délit de distribution de dividendes fictifs.

Comme toute infraction, il doit comprendre un certain nombre d'éléments du point de vue matériel. Cela signifie qu'il doit nécessairement se matérialiser par un fait extérieur, c'est-à-dire que l'intention coupable ne suffit pas à retenir une telle qualification. L'élément matériel tient en ce que le dirigeant va procéder à la distribution de dividendes qui sont fictifs, c'est-à-

[947] Cass. Crim., 19 août 1997, Juris-Data, n° 003213. V. LE CANNU Paul, n° 478. Voir aussi http://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2007-2-page 211.htm.
[948] Cass. Crim., 11 mars 1993, *Bull. Joly*, 1993, p. 666, JCP, E, 1994, II, 571.

dire qui ne résultent pas de la réalisation d'un bénéfice par la société. L'élément légal veut qu'une infraction ne soit punissable que lorsqu'elle est prévue par une loi. Autrement dit, tout acte constituant un crime ou un délit doit être défini avec précision par la loi ainsi que les peines qui lui sont applicables. Par conséquent, l'intention coupable ne constitue que l'élément moral de l'infraction. De plus, la mauvaise foi du dirigeant doit être constatée. Celle-ci existe dès lors que le dirigeant avait eu connaissance des inexactitudes comptables et du caractère fictif du dividende distribué et ceci quel qu'en soit le mobile, pour que la qualification et la sanction puissent être retenues. Ces agissements causent un dommage au patrimoine de la société.

Quant au préjudice politique, il est mis en œuvre dans le cadre des attributs décisionnels, notamment la direction et l'administration. Cette atteinte peut prendre la forme d'un refus du droit de vote d'un actionnaire par un administrateur. Le droit de vote permet à l'actionnaire de participer à la vie sociale de la société. La privation de ce droit entraîne donc un préjudice pour la société, préjudice politique. Il ressort de l'article 891-3 de l'AUSCGIE que sera sanctionné quiconque aura sciemment empêché un actionnaire de participer à une assemblée[949]. Il pourra s'agir de la suppression illicite du droit de vote de l'actionnaire par les dirigeants de la société anonyme[950].

D'autre part, le dommage peut aussi être matériel ou moral. Le dommage est matériel quand il est susceptible d'évaluation pécuniaire, lorsque l'atteinte est portée sur les biens ou le patrimoine de la société. Ce dommage se manifeste chez la personne morale par une aggravation du passif ou un manque à gagner, soit par une diminution de l'actif social ou un profit manqué par le dirigeant. L'aggravation du passif suppose que le dirigeant a par exemple posé des actes, sans user de diligence, qui ont constitué un passif conséquent.

Quant au caractère moral du préjudice, il se fait ressentir par la mise en péril des intérêts moraux, intellectuels ou corporels. En effet, le dommage moral est celui qui ne porte pas atteinte au patrimoine de la personne morale[951]. Il peut prendre plusieurs formes, tel qu'une atteinte à

[949] Sur l'action en nullité des décisions de l'Assemblée générale, voir par exemple, Tribunal de Première Instance D'Abidjan, Jugement n° 1245 du 21 juin 2001, Michel Jacob et autres c/Sté Scierie Bandama-Etablissements Jacob et autres, Ecodroit n° 1 juillet - août 2001, p. 49, Ohadata J-02-19.
[950] Tribunal régional de Niamey, Ord. de référé n° 070/TR/NY/2001 du 23 avril 2001, Magagi Souna c/Hassane Garba et autre, Ohadata J-02-35. Selon cette décision, 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. Ces actionnaires défaillants sont mal fondés à convoquer une assemblée générale, convocation qui crée un trouble manifestement illicite justifiant l'intervention du juge des référés.
[951] CABRILLAC Rémy, *Droit des obligations*, Dalloz, 2018, 468 p., p. 284.

un droit extrapatrimonial, comme une atteinte à la vie privée ou à l'honneur. Cela peut aussi être une atteinte aux sentiments et aux valeurs. Dans le cadre social, il peut s'agir de la réalisation d'actes portant atteinte à la réputation ou à la crédibilité de la société. Ces différentes formes de préjudice ont un impact sur l'intérêt social de la société.

L'appréciation de la notion de dommage subi par la société renvoie à faire référence à la notion d'intérêt social. Il s'agit d'une notion directrice. C'est le critère décisif utilisé par le juge pour apprécier la responsabilité du dirigeant. La jurisprudence et la doctrine se sont chargées de conceptualiser la notion de l'intérêt social. Une partie de la doctrine l'appréhende comme un impératif de conduite, une règle déontologique, voire morale, qui impose de respecter un intérêt supérieur à son intérêt personnel[952]. Le dirigeant est donc soumis à un maximum de diligence dans sa gestion. Le dirigeant doit avoir cette faculté d'apprécier la portée de ses actes, s'il ne veut pas être sanctionné de l'action sociale.

En ce qui concerne la conception jurisprudentielle, le juge se réfère à des notions comme l'équité et la morale. Le juge demeure très souvent impartial dans son appréhension de la notion. Pour lui, l'intérêt social est un intérêt économique, social ou financier commun apprécié au regard d'une politique élaboré pour l'ensemble de ce groupe. Le juge appréhende ainsi l'intérêt social de manière plutôt flexible et large. C'est ce que soutient un auteur[953], car selon lui, ce concept d'intérêt social a été exporté par les juges qui, ayant repéré l'extrême souplesse que permettait l'appel à ce concept flou, en ont fait un usage bien plus important que dans d'autres hypothèses non visées par les textes. Toutefois, une interprétation trop sévère pourrait causer une extension préjudiciable pour le dirigeant qui peut être poursuivie pour des actes qui ne seraient pas constitutifs de fautes de gestion.

De plus, afin de respecter l'état de droit et la sécurité juridique[954], il n'apparaît pas juste de recourir à des règles non juridiques pour trancher des litiges même si le domaine des sociétés est fortement influencé par des usages et des pratiques professionnels.

Cependant, il est intéressant de faire quelques remarques sur l'acte qui s'avère contraire à l'intérêt social et qui est difficile à cerner. En effet, il s'agit uniquement de l'acte qui soit aggrave le passif, soit diminue l'actif de la personne morale ou de tout acte prohibé par les dispositions juridiques en vigueur. Une partie de la doctrine opte pour la première et considère

[952] M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY., *droit des sociétés*, LexisNexis, 34e édition, 2021.
[953] B. SAINTOURENS, « la flexibilité du droit des sociétés », *RTD Com*, 1987, p. 483.
[954] La sécurité juridique constitue un des objectifs directeurs de l'OHADA.

qu'un acte illicite peut être conforme à l'intérêt social. *A contrario*, une autre partie de la doctrine soutient qu'un acte contraire au droit ne peut être conforme à l'intérêt social. Tout d'abord, parce que la société est une institution qui repose sur des règles juridiques. Ensuite, si l'acte commis est contraire à une disposition légale, la sanction de l'annulation de l'acte peut être accompagnée de dommages-intérêts aux dépens de la personne morale.

Ce qui appauvrirait le patrimoine social[955]. Au regard de toutes ces raisons, il semble difficile de considérer qu'un acte violant le droit peut être conforme à l'intérêt social. Comme acte contraire à l'intérêt social, peut être donné l'exemple de l'abus de majorité qui consiste sur le fait de favoriser les associés majoritaires ou certains d'entre eux[956]. En effet, l'abus de majorité suppose la contrariété de l'intérêt social et la rupture intentionnelle d'égalité entre les associés. Dans ce sens, par exemple l'abus de majorité est retenu en cas de décision de l'assembler des associés de mise en réserve systématique des bénéfices au détriment de la distribution de dividendes[957].

Ainsi l'appréciation du dommage subi par la société se fait par le recours à la notion d'intérêt social. Cette notion est assez difficile à appréhender que ce soit en doctrine qu'en jurisprudence. Malgré la difficulté de donner un sens uniforme à cette notion, la doctrine reconnaît qu'elle ne constitue jamais un intérêt individuel. Cet intérêt demeure toujours collectif et permet de protéger la société, mais aussi les associés.

Section 2. La nécessité d'un renforcement des mécanismes de mise en jeu de la responsabilité des dirigeants de société anonyme

En principe, une action en responsabilité est exercée lorsque les conditions de la responsabilité sont réunies. La société, l'associé ou le tiers doivent s'assurer d'avoir rempli toutes les conditions nécessaires au déclenchement de l'action. Pourtant, dans certains cas, l'action en responsabilité ne peut pas avoir lieu pour des raisons différentes. C'est dans ce sens que les mesures prévues par le droit OHADA afin d'engager la responsabilité civile des dirigeants de la société anonyme méritent d'être renforcées pour en assurer l'effectivité. En effet, face aux obstacles que l'on constate dans la mise en cause de la responsabilité des

[955] M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *droit des sociétés*, LexisNexis, 34e édition, 2021.
[956] Cass. Com. 18 avril 1961, Établissement Piquard, *JCP 1961*, II, n° 12164. Précité.
[957] Com. 1er juill 2003, n° 99-19.328

dirigeants (**Paragraphe 1**), il apparaît opportun d'adopter des mesures afin de faciliter la mise en jeu de cette responsabilité (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : L'existence d'obstacles à la mise en jeu de la responsabilité civile des dirigeants de société anonyme

Dans le déroulement de la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants, les obstacles procéduraux peuvent mettre en péril la réussite des différentes actions intentées. L'obstacle le plus grand est la prescription qui se caractérise par sa variabilité (**A**). Il existe toutefois d'autres obstacles présentant chacun ses spécificités (**B**).

A. La variabilité de la prescription

L'exercice de l'action en responsabilité contre les dirigeants est subordonné à un délai de prescription[958]. Passé ce délai, aucune action ne peut être exercée. Il s'agit d'une prescription triennale (**1**), mais aussi d'une prescription décennale (**2**).

1. L'effet atténué de la prescription triennale

La prescription est la consolidation d'une situation juridique par l'écoulement d'un certain délai[959]. C'est un principe général de droit qui désigne la durée au-delà de laquelle une action en justice n'est plus recevable. La prescription apparaît par conséquent comme un bouclier pour les défendeurs, c'est-à-dire les dirigeants qui s'opposent à la mise en cause de leur responsabilité. L'action en responsabilité contre les administrateurs et le directeur général, qu'elle soit individuelle ou sociale est soumise à une prescription de trois ans[960]. La prescription triennale s'applique seulement à l'action en responsabilité contre les dirigeants sociaux. En matière du droit des sociétés, la prescription a pour fonction de protéger les dirigeants contre une mise en cause issue d'une situation remontant à un passé lointain. Par conséquent, au-delà d'un certain laps de temps prévu par la loi, une victime ne peut pas exercer d'action en responsabilité pour obtenir la réparation de préjudice. Ce court délai apparaît comme étant une entrave à l'exercice du droit de la victime.

[958] Article 170 de l'AUSCGIE pour l'action sociale ; article 164 de l'AUSCGIE pour l'action individuelle.
[959] CABRILLAC Remy, *Droit des obligations*, Dalloz, 2018, p. 435.
[960] RUMEAU-MAILLOT Hala, « les délais de prescriptions en droit des sociétés », *Rev. Sociétés*, 2012, p. 203

Le point de départ de ce délai est la date du fait dommageable ou s'il a été dissimulé, la date de sa révélation[961]. Le point de départ du délai de prescription correspond à la période où le fait dommageable a pu être constaté, sans qu'il y ait lieu de tenir compte de l'époque où a été perçue l'étendue réelle des conséquences de ce fait[962]. Ainsi, deux hypothèses différentes sont établies. La première hypothèse fixe le moment ou le fait dommageable a lieu. Le fait dommageable ne donne lieu à aucune difficulté d'interprétation.

La jurisprudence a reconnu que l'action sociale contre les administrateurs qui ont reçu d'une société des rémunérations plus de trois ans avant est prescrite. A été déclarée prescrite, l'action engagée contre d'anciens administrateurs ayant reçu de la société des rémunérations indues réintégrées par la suite dans les bénéfices sociaux à l'occasion d'un redressement fiscal, car, même si ce redressement était intervenu moins de trois ans avant l'exercice de l'action, les rémunérations avaient été perçues par les intéressés plus de trois ans avant l'exercice de l'action, or, c'était la privation des sommes litigieuses à l'époque de leur perception qui constituait le fait dommageable pour la société[963].

Toutefois, la prescription triennale se retrouve affaiblie par l'action récursoire[964], d'où son effet atténué dans la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants sociaux. L'action récursoire est une action permettant à celui qui a réparé, à l'amiable ou par condamnation, un dommage qu'il n'avait pas causé ou dont il n'était pas l'auteur exclusif d'exercer ensuite un recours contre le véritable responsable afin d'obtenir remboursement des sommes versées[965]. En effet, lorsque la responsabilité des dirigeants est recherchée par le biais d'une action récursoire en garantie formée par la société, le point de départ se situe au jour où la société a elle-même été assignée. En plus de la prescription triennale, la prescription décennale est aussi à prendre en compte.

26. L'effet exceptionnel de la prescription décennale

Selon l'article 170 de l'AUSCGIE, l'action sociale se prescrit par dix ans à compter du fait dommageable, ou s'il a été dissimulé, de sa révélation. L'action sociale se prescrit par dix ans pour les crimes. Il ressort de cet article que lorsque la faute du dirigeant a la qualification de crime, l'action de la victime pour obtenir réparation se prescrit par dix ans. Cette prescription

[961] Article 170 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique.
[962] Cass. Com. 23-10-1990 n° 89-14.721: RJDA 1/91 n° 30.
[963] Cass. Com. 2-5-1983 n° 81-12.717: Bull. civ. IV n° 128.
[964] Com. 6 mai 2014, 13-17.632 13-18.473.
[965] https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=DZ%2FOASIS%2F000031.

a un fondement. En effet, en premier lieu, il s'agira de la paix et de la tranquillité publique qui commanderaient, après un certain délai, d'oublier l'infraction et non d'en raviver le souvenir. Cette *grande loi de l'oubli* contredit le besoin des sociétés contemporaines de perpétuer le souvenir des faits passés ou de les rappeler à la mémoire. Ainsi, l'oubli d'affaires pénales risque davantage aujourd'hui de heurter l'opinion publique que de conduire à l'apaisement[966].

La prescription a aussi été considérée comme la contrepartie de l'inquiétude dans laquelle vit l'auteur des faits aussi longtemps qu'il échappe à la poursuite et à la punition. Il y a à l'évidence quelque naïveté à placer l'état d'incertitude psychologique au même plan qu'une peine effective. La prescription serait donc, la sanction de la négligence de la société à exercer l'action publique ou à exécuter la peine. De plus, la prescription est comme une sanction de la négligence de la société « parce que tout temps mort excessif laisse présumer le désintérêt de la victime ou du ministre public et leur renoncement, dans un système marqué par le principe d'opportunité des poursuites, la prescription apparaît nettement comme la réponse procédurale apportée à l'inaction ou l'oubli, volontaire ou involontaire »[967]. Cependant, cette justification peut s'apprécier différemment selon lequel la prescription est une sanction de la négligence à exercer les poursuites engagées est parfaitement fondé et rejoint l'impératif de juger dans un délai raisonnable. En revanche, la perte du droit de punir apparaît plus contestable lorsque les poursuites n'ont pas été engagées.

La prescription décennale est donc exceptionnelle et ne se retrouve que lorsque le fait dommageable est un crime prévu par les articles 164 et 170 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commercial et groupement d'intérêt économique. Ce cas se présente rarement et n'entraîne pas de difficulté. La variabilité de la prescription constitue effectivement un obstacle à la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants. Mais à côté de cet obstacle, existent d'autres obstacles présentant chacun sa spécificité.

B. Les spécificités des autres obstacles

Les spécificités des autres obstacles s'entendent des éléments qui peuvent se présenter comme étant un obstacle à l'exercice de la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants

[966] HYEST Jean-Jacques, PORTELLI Hugues, YUNG Richard, pour un droit de la prescription moderne et cohérent, rapport n° 338, 2006-2007, p. 12.
[967] COMMARET Dominique, avocat général à la Cour de cassation française.

sociaux. Il est question de l'interdiction de la paralysie de l'action en responsabilité (**1**) ainsi que de la transaction (**2**).

1. L'interdiction de la paralysie de l'action en responsabilité

L'action en responsabilité peut se retrouver confrontée à des difficultés susceptibles de paralyser son exercice. Il s'agit du quitus et de la renonciation.

D'une façon générale, le quitus est le nom donné à la décision par laquelle les actionnaires d'une société, réunis en assemblée délibérante, approuvent l'exactitude de la gestion du ou des dirigeants sociaux. Autrement dit, le quitus est l'acte qui reconnaît que le dirigeant social s'est acquitté de sa charge[968].

Ainsi, le quitus peut se présenter comme une échappatoire pour le dirigeant fautif d'actes frauduleux. Mais rien ne peut s'opposer à l'exercice de l'action en responsabilité contre le dirigeant. Le quitus délivré donc par l'assemblée générale ne le met pas à l'abri de cette action[969]. Il ne peut avoir un effet libératoire au profit du dirigeant pour les fautes commises dans sa gestion. En effet, les dirigeants, qui ont généralement la majorité dans les assemblées, pourraient s'assurer d'une impunité quasi absolue.

En outre, le plus souvent, les actionnaires réunis en assemblée générale n'ont pas de renseignements suffisants pour voter un tel quitus[970]. Toutefois, des quitus individuels pourraient être efficaces, s'ils étaient donnés en connaissance de cause, c'est-à-dire par des actionnaires informés de la faute des dirigeants et du dommage par la société.

En plus du quitus, la renonciation apparaît comme un élément susceptible de perturber l'exercice de l'action sociale. C'est dans ce sens que l'article 168 de l'AUSCGIE dispose que « les statuts ne peuvent subordonner l'exercice de l'action sociale à l'avis préalable ou à l'autorisation de l'assemblée, d'un organe de gestion, de direction ou d'administration ou comporter par avance renonciation à l'exercice de cette action. Cette disposition ne s'oppose pas à ce que l'associé ou les associés qui ont intenté une action puissent conclure une transaction

---

[968] Voir le Dictionnaire Larousse en ligne, disponible en ligne http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/quitus/65789.
[969] POHE Denis, *Droit des sociétés commerciales et coopératives dans l'espace OHADA*, Bruylant, 2020, p. 286.
[970] RIPERT Georges et ROBLOT René, *op. cit.*, n° 1768.

avec la ou les personnes contre laquelle ou contre lesquelles l'action intentées pour mettre fin au litige ».

De cet article, il en ressort que la renonciation implique, d'une part, les clauses statutaires ayant pour effet de subordonner l'exercice de l'action sociale à l'avis préalable ou à l'autorisation de l'assemblée. L'action sociale ne peut être renoncée dans les statuts et aucune décision de l'assemblée ne peut couvrir la responsabilité du dirigeant[971]. C'est dire que l'exercice de l'action sociale par les associés ne souffre d'aucune restriction. Le quitus et la renonciation représentent des éléments susceptibles d'entrave à l'exercice de l'action en responsabilité. Toutefois, il en est de même pour de la transaction.

27. L'admission de la transaction

La transaction est, selon l'article 2044 du Code civil, un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. Ainsi, chacune des parties renonce à ses droits substantiels. Ce contrat doit être écrit[972]. En tant que contrat, la transaction est soumise aux normes contractuelles et à toutes les conditions de validité d'un contrat, notamment le consentement, la capacité, l'objet et la cause. En effet, pour transiger, il faudra avoir la capacité juridique et disposer des objets compris dans la transaction. Il est possible de transiger sur les intérêts civils, que sont les dommages et intérêts qui résultent d'un délit, c'est-à-dire d'une faute civile.

Il est possible d'ajouter à la transaction la stipulation d'une peine contre celui qui manquera de l'exécuter. Un contrat de transaction a pour objet la renonciation à tous les droits, actions et prétentions pouvant découler du différend qui a donné naissance à la transaction. Si celui qui transige sur un droit qu'il a de son chef acquiert ensuite un droit semblable du chef d'une autre personne, il n'est point, quant au droit nouvellement acquis, lié par la transaction antérieure.

La transaction n'est possible que pour soi-même. Une transaction faite par l'un des intéressés ne lie pas les autres intéressés et ne peut être opposable à eux. Et les transactions ont, pour les parties, autorité de la chose jugée en dernier ressort. Elles ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit ni pour cause de lésion. Cependant, elles peuvent néanmoins être

[971] POHE Denis, *Droit des sociétés commerciales et coopératives dans l'espace OHADA*, Bruylant, 2020, p. 205.
[972] HERON Jacques, LE BARS Thierry, « *droit judiciaire privé*, Montchréstien, 2006, p. 919.

rescindées en cas d'erreur sur la personne ou sur l'objet de la contestation, ou en cas de violence ou de dol.

La transaction comme mode de règlement amiable de différend comporte des avantages. Elle permet aux parties de résoudre le différend en évitant de longs et coûteux procès. La transaction présente aussi l'avantage de l'autorité de la chose jugée. En revanche, son inconvénient est qu'elle doit, de façon cumulative, réunir trois éléments : la contestation, la volonté de transiger et les concessions réciproques. En l'absence d'un élément, la transaction n'a aucune valeur. Au regard de ce qui précède, il convient de mettre en place un procédé de facilitation de la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants sociaux.

Paragraphe 2 : L'opportunité d'une facilitation de la mise en jeu de la responsabilité civile des dirigeants de société anonyme

La nécessité d'une facilitation de la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants sociaux se situe à travers une meilleure protection de la victime par des réformes touchant la prescription de l'action en responsabilité **(A)**, mais également par un renforcement de la protection par l'assurance responsabilité des mandataires sociaux (**B**).

A. Une meilleure protection de la victime par des réformes touchant la prescription de l'action en responsabilité

Pour que la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants soit effective, il faut octroyer une meilleure protection à la victime. Cette protection s'entend de la reconnaissance d'un nouveau point de départ du délai de prescription (**1**) ainsi que la mise en place d'une prescription plus longue (**2**).

1. La reconnaissance d'un nouveau point de départ du délai de prescription

Il résulte des articles 164 et 170 en leur alinéa 2 de l'AUSCGIE que le point de départ à partir duquel commence à courir la prescription, que ce soit pour l'action individuelle ou l'action sociale, est la date à compter du fait dommageable ou s'il a été dissimulé, de sa révélation. Cette disposition de l'Acte uniforme se révèle être une disposition restrictive.

En effet, elle ne prend pas en compte la favorisation de la personne de la victime. C'est dans ce sens, pour favoriser la victime que certaines législations en droit comparé[973] ont prévu un point de départ avantageux pour la victime. Ainsi, selon l'article 159.3 (B) du Code de procédure civile vietnamien « le délai de la prescription commence à courir à compter de la date où une personne physique ou morale ou tout autre sujet de droit prend connaissance de la violation de leurs droits et intérêts légitimes ». Par conséquent, le délai de la prescription commence à courir de la date où la victime prend connaissance de l'acte préjudiciable des dirigeants sociaux. Elle est plus favorable à la victime par rapport au code de procédure civile selon lequel le délai de la prescription commence à compter de la date où les droits et intérêts légitimes sont violés. Mais le législateur vietnamien a trouvé qu'en matière d'action en responsabilité contre les dirigeants, ces dispositions sont très défavorables à la victime parce que les actes dommageables commis par les dirigeants au cours de la gestion sociale ne sont que révélés par les successeurs et la date de révélation est en général trop lointaine de celle où les actes dommageables ont eu lieu[974].

Ainsi, pour combler cette lacune, l'article 161.1 du Code civil vietnamien de 2005 prévoit le principe de « suspension du délai de prescription du droit d'action en justice » selon lequel, peut être suspendu, le délai de prescription de l'action lorsque le demandeur prouve l'existence d'un « obstacle objectif » qui l'empêche d'agir en justice dans le délai prévu par la loi. Selon cet article, un obstacle objectif comporte tout obstacle survenu indépendamment de la volonté du titulaire des droits l'empêchant d'exercer ses droits ou de savoir que ses droits et intérêts légitimes ont été violés. À cet effet, la preuve de « l'obstacle objectif » exige que le demandeur de l'action en responsabilité contre les dirigeants établisse la dissimulation des actes dommageables réalisée par ces derniers pendant leur mandat de gestion[975].

En adoptant ce système adopté par son homologue, le législateur OHADA permettra une simplification de la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants sociaux tout en respectant les droits de chaque partie.

[973] Par exemple, la législation vietnamienne.
[974] VAN TINH VU, *La responsabilité civile des dirigeants de société anonyme en droit vietnamien, regards croisés avec le droit français*, thèse, droit, Paris 2, 2015, p. 271.
[975] *Ibidem*, p. 272

28. La prescription d'une durée plus longue

La prescription en matière d'action sociale est de 3 ans, selon les dispositions de l'AUSCGIE. Cette prescription de courte durée apparaît comme un véritable obstacle, car l'un des points concernant le point de départ est à « compter du fait dommageable ». En effet, il peut arriver qu'entre la date du fait dommageable et la date de la connaissance des faits, il y ait eu trop de temps écoulé. Une prescription plus longue serait donc mieux adaptée.

Le législateur belge a donc, prévu à cet effet, une prescription plus longue. Ainsi, l'article 198 alinéa 4 du Code de société belge dispose « sont prescrites par cinq ans toutes actions contre les gérants, administrateurs, membres du conseil de direction, membres du conseil de surveillance, commissaires, liquidateurs, pour faits de leurs fonctions, à partir de ces faits ou, s'ils ont été celés par dol, à partir de la découverte de ces faits ». Une prescription d'une longue durée comme celle-ci est bénéfique pour la victime. En effet, elle lui laisse un temps assez long pour agir en réparation du préjudice subi. Le législateur OHADA pourrait s'inspirer de ce système en rallongeant le délai de prescription. Toujours dans le sens d'une meilleure protection de la victime, cette dernière doit aussi être protégée contre l'éventuelle insolvabilité des dirigeants par l'assurance responsabilité des mandataires sociaux.

B. Un renforcement de la protection par l'assurance responsabilité des mandataires sociaux.

Les multiples responsabilités auxquelles doivent faire face les dirigeants peuvent conduire à concevoir un produit assurantiel, permettant de les couvrir contre les éventuelles mises en cause. Mais cette assurance apparaît surtout comme une garantie pour la victime contre l'insolvabilité des dirigeants sociaux. Le principe de l'assurance responsabilité des mandataires sociaux (**1**) doit être mis en exergue avant de parler des garanties accordées par le contrat (**2**).

1. Le principe de l'assurance responsabilité des mandataires sociaux

En droit français, ce sont, sans aucun doute, les nombreux recours introduits à l'encontre des dirigeants qui ont favorisé l'émergence du produit d'assurance relatif à leur responsabilité personnelle[976]. En effet, les situations dans lesquelles peut être engagée la responsabilité des mandataires sociaux sont nombreuses. Corrélativement, le marché de l'assurance responsabilité

[976] De Helsinki à Lisbonne, Des mises en cause de patrons de plus en plus probables : L'argus, 19 mars 1999, P. 28 ; Le dirigeant de plus en plus exposé au risque : L'argus 21 mai 2013.

civile des mandataires sociaux[977] est en pleine expansion dans un contexte légal et réglementaire qui ne cesse de renforcer la responsabilité qui pèse sur les dirigeants.

La loi française Sapin II en constitue une illustration manifeste notamment au travers de ses dispositions relatives à la lutte contre la corruption et les pouvoirs accordés aux organes régulateurs. Il convient de préciser que la police d'assurance responsabilité civile des mandataires sociaux a vocation à s'adresser à tout type d'entreprise. À l'origine, c'étaient essentiellement les grandes sociétés qui prenaient soin de mettre en œuvre une telle couverture au profit de leurs dirigeants eu égard à leur exposition. Cependant, dans ce contexte, ce sont réellement toutes les entreprises qui sont concernées. Dès son développement en France, le produit d'assurance RCMS a suscité de vives contestations concernant sa licéité et sa légitimité. Pour rappel, la prohibition des assurances sur la vie humaine ou sur la responsabilité générale a fait l'objet d'une incessante mouvance depuis la fin du XVII^{e} siècle. En effet, l'Ordonnance royale de 1681 lança les hostilités en interdisant l'assurance de responsabilité civile pour les dommages du fait ou de la faute de l'assuré. Balthazar et Pothier suivirent la même analyse en condamnant l'assurabilité de ces risques puisque selon eux, ceci conduirait à une parfaite incitation à la faute : « convenir avec quelqu'un qu'il se chargera des fautes que je commettrai, ce serait une convention qui inviterait *ad delinquendum* »[978].

Il faudra attendre le 1er juillet 1845 pour que soit reconnue licite, l'assurance de responsabilité du fait de l'assuré. Cette reconnaissance n'a pour autant pas été concluante puisque la Cour de cassation n'a cessé, et ce jusqu'à la fin du XIX^{e} siècle, de déclarer illicite la couverture de la faute lourde de l'assuré. Cependant, face à l'insolvabilité de certains dirigeants, les victimes étaient confrontées à une réelle problématique ; elles devaient assumer seules, le poids de leur préjudice. C'est dans ce contexte que les assurances couvrant la responsabilité des dirigeants ont pu timidement se faire une place. Le contrat d'assurance de responsabilité civile des mandataires sociaux est basé sur le principe de l'assurance pour compte. En ce sens, le souscripteur de la police RCMS serait la société et les bénéficiaires seraient ses dirigeants. Ce schéma repose en réalité sur le mécanisme de la stipulation pour autrui.

Contrairement à ce qui précède, le constat est fait qu'en droit OHADA, il n'existe pas d'assurance ayant pour but de prendre en charge la responsabilité civile des dirigeants sociaux.

[977] Responsabilité civile des mandataires sociaux dit RCMS est un contrat d'assurance qui a pour objet de garantir l'ensemble des dirigeants de droit et de fait lorsque leur responsabilité personnelle à la suite d'une faute commise dans l'exercice de leur fonction, est engagée et en cas de condamnation, à payer des dommages et intérêts
[978] ROBERT Joseph Pothier, *Traité du contrat d'assurance,* Marseille, Sube et Laporte 1810, n° 64.

L'instauration d'une telle d'assurance ayant pour objet la responsabilité civile des mandataires sociaux serait fort profitable pour tous, mais surtout pour les victimes. En effet, les victimes font très souvent face à l'insolvabilité des dirigeants sociaux au moment du paiement de leurs indemnités. Cette assurance apparaît comme un moyen de facilitation de la mise en œuvre de la responsabilité civile des dirigeants en ce sens où elle apparaît comme une bouée de sauvetage pour les victimes qui sont confrontées à des dirigeants qui n'arrivent pas à s'exécuter. Étant un contrat d'assurance, le contrat RCMS met à dispositions des dirigeants, la couverture de certains frais.

29. Les garanties accordées par le contrat

En droit français, la police RCMS[979] est une assurance de dommage puisqu'elle a vocation à couvrir les pertes pécuniaires liées à une réclamation. De ce fait, elle prend en charge trois garanties traditionnelles qui sont les frais de comparution, les conséquences pécuniaires ainsi que les frais de défenses[980].

Premièrement, s'agissant des frais de comparution, la garantie doit nécessairement être déclenchée par la réclamation d'un tiers, de la société ou des associés[981]. Parfois, le litige ne procède pas directement d'une réclamation, mais peut trouver sa source dans des enquêtes préalables menées par des Autorités administratives telles que l'Autorité de la concurrence ou bien l'Autorité des marchés financiers. Cette réalité a conduit la pratique à étendre les frais de défense aux frais générés par ces comparutions. Ainsi, bien qu'aucune mise en cause ne soit intervenue, l'assureur peut étendre sa garantie afin de prendre en charge les honoraires d'avocats, ainsi que tous les autres frais qui ont été générés par ces comparutions, sous réserve que l'assuré soit suspecté d'avoir commis une faute. En cela, l'assurance intervient à titre préventif afin de minimiser les risques de mise en cause, ce qui permet de limiter le coût de la sinistralité. Par ailleurs, la police a vocation à couvrir les frais de défense.

Concernant les frais de défense, les contrats RCMS comportent la garantie des frais de défense, par laquelle l'assureur s'engage à assumer le poids financier des frais de défenses générés par le procès civil auquel l'Assuré est défendeur[982]. En l'occurrence, la plupart des contrats étendent leur garantie aux frais de défense relevant d'un procès pénal. Les frais de

[979] Responsabilité civile des mandataires sociaux.
[980] HAZOT Déborah, *La responsabilité civile des dirigeants*, Mémoire Master, Université Lyon III, 2018-2019, p. 50.
[981] *Ibidem.*
[982] HAZOT Déborah, *op. cit.*, p. 51.

défense font référence à tous les frais supportés par l'assuré pour sa défense, comme les honoraires d'avocats, les dépenses raisonnables, les frais d'expertises ou d'enquêtes, ou bien les frais des arbitres dans le cadre d'un compromis d'arbitrage. Néanmoins, l'assuré doit faire preuve d'une certaine prudence lorsqu'il engage des frais dans le cadre de la procédure, dans la mesure où certains assureurs conditionnent le remboursement de ceux-ci à leur acceptation.

Enfin, l'assureur inclut dans sa garantie la prise en charge des conséquences pécuniaires, qui renvoient le plus souvent aux condamnations en paiement de dommages et intérêts ou autre frais que l'assuré peut être tenu de payer à la suite d'une condamnation[983]. Cette prise en charge sera effective à la suite d'une décision de justice (civile, répressive ou bien administrative), par une sentence arbitrale ou encore par le biais d'une transaction intervenant à la suite de l'accord écrit de l'assureur.

En plus des garanties traditionnelles que donne la police responsabilité civile des mandataires sociaux, elle prévoit également des garanties additionnelles qui sont la garantie frais de prévention, la garantie frais de défense pollution, la garantie frais d'extradition ; les clauses de priorité de règlement, la garantie frais de prévention des entreprises en difficulté, la garantie frais de communication et de reconstitution d'image, la garantie frais d'assistance psychologique, la garantie sanction pécuniaire prononcée par les autorités administratives[984].

Les dirigeants sociaux, une fois la preuve de leur responsabilité apportée, sont soumis à des procédures afin que les victimes obtiennent réparation de leur préjudice. Les victimes bénéficient de deux actions afin d'avoir réparation. Il s'agit de l'action sociale et l'action individuelle. L'action sociale est l'action en réparation du préjudice subi par la société. L'action est généralement intentée par les dirigeants non fautifs. Toutefois, lorsque tous les dirigeants sont fautifs, il est laissé la possibilité à l'associé d'intenter cette action au bénéfice de la société.

En plus de l'action sociale, l'action individuelle est une seconde opportunité pour les victimes, notamment les tiers ou les associés d'obtenir réparation du dommage provoqué par les dirigeants. Cependant, il faudrait que la faute commise par le dirigeant ait causé au tiers ou à l'associé un préjudice personnel, distinct du préjudice qu'aurait pu subir la société.

À la suite des différentes actions, les dirigeants subissent des sanctions pour les fautes commises. Ces sanctions sont d'ordre patrimonial ou extrapatrimonial. Les sanctions

[983] *Ibidem*, p. 52
[984] HAZOT Déborah, *op. cit.*, p. 53 et s.

patrimoniales résultent de la réparation du dommage sur le patrimoine du dirigeant. Les sanctions extrapatrimoniales sont celles dont le préjudice est réparé sur la personne même du dirigeant. Toutefois, la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants est confrontée à des obstacles.

En effet, l'exercice de l'action en responsabilité civile des dirigeants connaît certains obstacles. Il s'agit de la prescription, grand obstacle à l'exercice de l'action en responsabilité. Au titre des obstacles figurent également le quitus, la renonciation et la transaction. Au regard de tout ce qui précède, il paraît nécessaire de penser à une facilitation de la mise en œuvre de la responsabilité par le législateur OHADA. Ce réaménagement passera par la mise en place d'une meilleure protection de la victime en revoyant le problème lié au délai de prescription de l'action en responsabilité. Aussi, la mise en place d'une assurance responsabilité des mandataires sociaux afin de protéger les victimes contre l'insolvabilité des dirigeants.

CONCLUSION DU TITRE 2

Comme toute personne, le dirigeant peut voir sa responsabilité engagée. Le dirigeant social est un organe très important dans la gestion d'une société. La fonction du dirigeant n'est pas une fonction sécurisante, car étant un véritable organe de décision et caractérisé par son indépendance et par des pouvoirs extrêmement étendus dans la direction de la politique d'entreprise, le dirigeant est relativement exposé au risque d'engager sa responsabilité. Il doit, pour faire fonctionner la société**,** effectuer des actes, conclure des contrats avec d'autres entités. Il est donc celui qui engage la société à l'extérieur et avec les tiers. Il doit en conséquence agir avec prudence et diligence. En effet, dans l'exercice de ses fonctions, le dirigeant est soumis à plusieurs obligations qu'il doit impérativement respecter sous peine de voir sa responsabilité engagée.

Ainsi, le dirigeant social engage sa responsabilité lorsqu'il commet une faute dans la gestion de la société, mais aussi lorsqu'il commet des actes qui dépassent l'objet social ou lorsqu'il méconnaît les lois et règlements régissant le fonctionnement de la société. Il est donc soumis à des obligations et doit agir avec loyauté et diligence.

La victime, qui est soit la société, l'associé ou le tiers, doit prouver qu'elle a subi un préjudice du fait de la faute du dirigeant. Sans cette preuve rapportée, il ne peut avoir réparation du dommage subi. En effet, lorsqu'il est question d'une société *in bonis,* il faut juste que la preuve de la faute soit établie. En revanche, lorsqu'il est question d'une société en difficulté, il faut que la faute du dirigeant ait contribué à une insuffisance d'actif de la société et que cette insuffisance d'actif ait par conséquent entraîné une cessation de paiement. Le législateur OHADA a donc conditionné la réparation du préjudice subi à la réunion de ces éléments.

Une fois ces éléments réunis, le législateur a prévu la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants sociaux. Le législateur met à la disposition des victimes deux actions : l'action sociale et l'action individuelle. Certes, ces actions sont à la disposition des victimes pour obtenir réparation, toutefois, la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants sociaux rencontre très souvent des obstacles. Ces règles ont été édictées non seulement pour permettre à la victime

d'avoir réparation du dommage, mais elles ont surtout pour rôle de conscientiser les dirigeants afin que ceux-ci ne s'adonnent plus à des actes pouvant leur coûter leur responsabilité.

L'obstacle majeur demeure la prescription, qui est le délai au bout duquel une action ne peut être exercée. Il serait donc judicieux que le législateur OHADA se penche vraiment sur la question du délai de prescription, mais surtout du point de départ de ce délai afin de permettre une meilleure mise en œuvre de la responsabilité civile des dirigeants sociaux, en s'inspirant de certaines autres législations. De plus, une meilleure protection de la victime passe par la mise en place d'assurance de responsabilité des dirigeants sociaux. Cette assurance apparaît comme un moyen pour le dirigeant de se dessaisir des frais occasionnés par ses agissements fautifs.

Il serait souhaitable qu'en droit OHADA, soit mise en place une telle police d'assurance. En effet, la réussite d'une mise en œuvre complète de la responsabilité des dirigeants passe aussi par l'indemnisation des victimes.

Relativement à la question de la représentation des minoritaires, le législateur l'OHADA s'efforce d'élaborer des textes pour la rendre effective. Il s'agit d'une question brûlante dans l'ensemble du droit des sociétés. De plus en plus de gens disent que les lois sur les valeurs mobilières protègent mieux les actionnaires minoritaires que les lois sur les sociétés. En effet, les actionnaires minoritaires sont souvent dispersés, peu disposés à défendre leurs intérêts à travers les privilèges politiques que leur confère le droit des sociétés. Cependant, le développement du système de l'actionnariat permet de constater que le problème de la protection de l'épargne ne peut être résolu dans le domaine du droit des sociétés. Les actionnaires sont de plus en plus traités comme des investisseurs et même comme des consommateurs à travers le droit boursier. Le droit boursier dans l'espace OHADA est jeune, il lui faut du temps pour rendre effectif le dispositif de protection des actionnaires minoritaires.

En définitive, les dirigeants sociaux sont bien soumis à des sanctions pour des actions frauduleuses qu'ils peuvent commettre dans la gestion de la société. Mais la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants demeure un exercice assez complexe. Il serait souhaitable bien que le législateur OHADA mette en place des moyens pour faciliter cette mise en œuvre.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Il est établi à l'issue de cette étude que les crises financières successives et les incertitudes se traduisent par des débats répétés sur la pertinence des normes comptables, mais surtout, la recherche d'un modèle idéal pour la gouvernance des entreprises qui place la protection des actionnaires minoritaires au centre des règles économiques et juridiques. Un actionnaire minoritaire d'une SA a le droit de savoir de quelles protections il bénéficie lorsqu'il investit. Compte tenu de la complexité croissante des lois applicables, cela n'a pas toujours été le cas. La question de protection des actionnaires minoritaires continuera d'être d'un intérêt particulier, car la solution aux bonnes gouvernances des entreprises se trouve désormais dans cette nouvelle approche. L'insuffisance des moyens de protection des minoritaires des sociétés commerciales renforce encore l'idée que l'avenir du droit des sociétés réside dans la prévention.

Protéger les minoritaires est sans doute faire l'apologie des moyens préventifs des difficultés des sociétés. C'est une nécessité pour la bonne gouvernance des entreprises. À cet égard, il faut féliciter et encourager le législateur OHADA, qui fait preuve de pragmatisme économique, en s'inscrivant dans cette nouvelle dynamique, plus préventive. Cela passe par la mise en place d'un système de protection bien solide, notamment la protection par l'information en ayant recours aux MARD pour régler les conflits au sein de la société. En effet, les modes alternatifs de règlement des différends connaissent une avancée fulgurante dans la zone OHADA grâce à leur efficacité. En vertu de ces mécanismes, les actionnaires, minoritaires ou majoritaires sont efficacement protégés dans leurs différends, y compris la société elle-même, parce que la transparence et la confidentialité sont au centre de la procédure. Comme le dit un adage populaire, « le linge sale se lave en famille ».

Au regard de tout ce qui ressort de cette étude, les efforts du législateur OHADA sont patents. Il consacre un arsenal juridique important dans les différents domaines intéressants la vie des sociétés commerciales. Ainsi, la sauvegarde des droits des actionnaires aux assemblées générales s'accompagne de sanctions telles que l'annulation des actes compromettant les droits des minoritaires, sans affecter les actions qui dépendent de la responsabilité pour abus,

l'inconduite des dirigeants sociaux. Cependant, entre cette objectivité affichée et une protection réelle, il y a beaucoup à désirer. En effet, cette recherche nous permettra de constater que l'engagement du législateur à protéger les investissements minoritaires est incomplet, ou du moins pas irréprochable.

Ainsi, le législateur OHADA devrait s'inspirer de son homologue français et améliorer son propre système de protection. Le premier axe d'amélioration est le mécanisme préventif, notamment le droit d'alerte et l'expertise de gestion. Le législateur OHADA semble moins concerné par le premier aspect de la prévention, détectant les éventuelles difficultés des entreprises. En effet, dans l'AUSCGIE de 2014, les mesures de protection se limitent au pouvoir d'alerte du commissaire et des actionnaires. Cela ne suffit pas à tenir efficacement le droit de l'information au sein de la société. De ce fait, le domaine du droit d'alerte est très limité et ne permet pas aux managers (dirigeants) de disposer de multiples moyens de protection ou de prévention. Il est à croire ou espérer que le législateur OHADA va diversifier ce mécanisme en augmentant le nombre des personnes usant de ce droit.

Le législateur OHADA peut désigner ou augmenter le nombre des personnes pouvant user de ce droit d'alerte adapté au contexte socio-économique de son espace juridique. En effet, en l'absence d'unification du droit de droit travail en droit OHADA, la reconnaissance du droit d'alerte des comités d'entreprise à cet effet, doit faire l'objet d'une véritable étude par toute institution. Le droit français qui était un repère pour le législateur OHADA n'a pas non plus réussi cette réforme de coexistence entre le droit des sociétés et le droit de travail. En conséquence, des problèmes de coexistence peuvent survenir, en particulier si les différents États membres ne disposent pas du même système juridique pour la protection des travailleurs.

Malheureusement, l'AUSCGIE n'apporte pas de solution à cela pour améliorer le système d'alerte existant. De plus, les insuffisances du droit français, bien que constamment condamnées par la doctrine, se renouvellent sans cesse. Le législateur OHADA doit être en mesure d'aménager les pouvoirs du président du tribunal afin de disposer du pouvoir de convocation ou d'assignation comme en droit français.

En revanche, le législateur OHADA et français peuvent se soutenir mutuellement en matière de protection des actionnaires. Au niveau des modes alternatifs de règlement des différends (MARD), s'inspirant du droit français, le traité OHADA récemment réformé introduit la procédure de médiation, reprend les mêmes mécanismes inscrits en droit français.

Ceci suggère que le dispositif de protection OHADA impose une procédure de prévention contractuelle à l'instar de la loi française. La négociation est encouragée et donc la contractualisation est encouragée. Ceci est un plus en termes des conclusions du mandat *ad hoc* en vertu de la loi française.

Conscients des déséquilibres qui prévalent dans les entreprises, les premières mesures consisteront à prôner ou faire l'apologie de la gouvernance des sociétés commerciales, l'effectivité du rôle de certaines organisations sociales afin de permettre à toutes les parties prenantes de participer efficacement à la gestion des affaires sociales et d'éviter les désaccords aux assemblées. Il nous semble également important de recommander un attachement clair aux associations d'actionnaires face à une certaine passivité, l'obligation pour les dirigeants sociaux de souscrire à une assurance, et le passage à une responsabilité basée sur les risques en vue d'obtenir une couverture complète en cas de préjudice subi par les actionnaires. En outre, la prise en compte par le législateur OHADA des TIC permettra aux actionnaires de participer effectivement au processus de décision même lorsqu'ils ne sont pas présents.

Le législateur a aussi fait une grande avancée en matière de représentation actionnariale. En effet, la liberté est accordée aux actionnaires de choisir leurs représentants. Cette réglementation de la représentation repose sur les actions et au conseil d'administration. Cependant, avec son attitude indécise et sa négligence, on ne peut pas dire qu'il ait répondu aux attentes des actionnaires. Par ailleurs, la considération restrictive par AUSCGIE des pouvoirs que peuvent exercer les représentants des actionnaires est aussi discutable que l'absence d'incrimination des atteintes aux droits de vote. De plus, AUSCGIE est muette sur la responsabilité civile des parties et doit recourir au droit commun, alors que le droit des sociétés a ses spécificités. Des difficultés surgissent lors de l'engagement de la responsabilité d'un agent, dont la faute doit être prouvée.

Cependant, en matière d'exercice des droits patrimoniaux, l'AUSCGIE apparaît en rupture avec le droit boursier qui installe progressivement son autonomie par rapport au droit des sociétés. Il existe donc une forte volonté d'intégrer le droit boursier dans le domaine du droit commercial. Dans le même temps, une régulation commune par laquelle les bourses resteront liées par leurs textes respectifs fragilise l'intégration économique et réduit la protection des clients actionnaires. Cependant, des autorités de marché ont été mises en place

pour superviser les marchés financiers[985]. Il s'agit de la Commission des Marchés Financiers au Cameroun, de la Commission de Régulation des Marchés Financiers en Afrique centrale ou de la Commission Régionale de l'Épargne Publique et des Marchés Financiers en Afrique de l'Ouest. Leur indépendance est discutée en termes de mode de nomination des membres, et leur nature juridique affecte les sanctions qui leur sont infligées.

Enfin, la question est ici de savoir si les dispositions de l'OHADA sur la représentation des actionnaires garantissent la protection des actionnaires minoritaires. Il s'agit d'une question brûlante dans l'ensemble du droit des sociétés. De plus en plus, il semble que le droit boursier est plus sûr pour la protection des actionnaires minoritaires que le droit des sociétés.

Pour le reste, l'amélioration du dispositif de protection OHADA passe également par la formation des magistrats. Ils ont un rôle de premier plan dans le processus de protection. La bonne application du dispositif de protection organisé par le législateur OHADA fait appel inéluctablement à une bonne maîtrise du droit OHADA. Cependant, selon SAWADOGO Michel Filiga[986], le problème de la non-maîtrise de l'Acte uniforme OHADA demeure. Les jugements rendus par les juges OHADA manquent quelquefois de précision. Ils sont très approximatifs. L'apport du droit français dans ce domaine permettra au législateur de rendre plus efficace le système de protection des actionnaires minoritaires dans son espace. Grâce à leur expérience, les juges du tribunal de commerce de Paris peuvent apporter leur expertise à leurs homologues de l'espace OHADA.

Pour finir, il n'est pourtant pas surprenant qu'en France le système de protection soit mieux renforcé que le système OHADA. Le droit français est très ancien et en constante évolution. Il savait que chaque changement de régime apportait de nouvelles réformes. Le système OHADA est encore jeune, il faudra donc du temps pour perfectionner son système de prévention des difficultés. En principe, les deux ordres juridiques ne doivent pas être comparés en raison de l'écart historique entre les deux espaces juridiques. Mais comme l'a souligné Léontin-Jean CONSTANTINESCO, aucun système juridique ne peut être parfait s'il ne peut être comparé à d'autres systèmes[987]. Des systèmes juridiques efficaces émergeront de la confrontation. C'est prometteur pour le droit africain, car les réformes 2014 de l'AUSCGIE ont

[985] KEUFFI Daniel, *La régulation des marchés financiers dans l'espace OAHADA,* L'Harmattan, 2010, p. 84 et s.
[986] SAWADOGO Michel Filiga, Commentaire de l'acte uniforme portant procédures collectives d'apurement du passif in Code Ohada Juriscope 2014.
[987] CONSTANTINESCO Léonin-Jean, Traité de droit comparé, t. I, Introduction au droit comparé, LGDJ, 1972 ; ANCEL Marc, le droit comparé instrument de compréhension et de coopération internationale, Études offertes à Alfred Jauffret, p. 11.

montré la voie à suivre : un système de protection coordonné adapté au contexte socio-économique de l'Afrique, s'inspirant du droit français.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX

ALLEGAERT Véronique, *Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux*, PUA, 2005, 426 p.

AMIDOU Djima, *L'OHADA et le droit pénal*, EUE, 2012, 84 p.

BADJI Patrice Samuel Aristide, *Réforme du droit des sociétés commerciales OHADA*, L'Harmattan, éd. 2016, 2011 p.

BILLION Paul et CHORON Olivier, *SARL, SAS, et SA en 50 questions pratiques : aspects juridique, fiscal, social, conseils pratiques*, Lexis Nexis, 2015. 182 p.

BORDERIE Alain, *Les places financières internationales au lendemain de la crise*, Revue Banque, 2009, 126 p.

CALFOUN David, *Droit des sociétés*, Lextenso, 2020, 44 p.

CAMPART Sandy et MOULIN Jean-Marc, *L'introduction en bourse*, La Plaine Saint-Denis, AFNOR, 2015, 92 p.

COLLART DUTILLEUL François et DELEBECQUE Philippe, *Contrats civils e commerciaux*, Paris, Dalloz, 8e éd., 2007, 996 p.

CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2020, 1091 p.

DE BOURNONVILLE Philippe, *Droit judiciaire - L'arbitrage*, Bruxelles, Larcier, 2009, 328 P.

DECAUX Emmanuel, *Justice Et Droit De L'Homme*, col. Droit d'Expression et d'inspiration française, XXVIIIe congrès de l'IDEF, 637 p.

FÉNÉON Alain, *Droit des sociétés en Afrique : OHADA*, LGDJ, 2e éd., 2017, 1072 p.

GAUTHIER Thierry, *Les dirigeants et les groupes de sociétés*, Litec, 2000, 572 p.

GUINCHARD Serge et **DEBARD Thierry** (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 20e éd., 2013, 967 p.

GUINCHARD Serge et DEBARD Thierry (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2019, 1126 p.

GUYON Yves, *Droit des affaires. T. 1 : Droit commercial général et sociétés*, Economica, 12e éd., 2003, 1060 p.

ISSA-SAYEGH Joseph, POUGOUÉ Paul Gérard et SAWADOGO Filiga Michel, *Traité et actes uniformes : commentés et annotés*, Juriscope, 2016, 1440 p.

ISSA-SAYEGH Joseph, POUGOUE Paul-GERARD et *alii*. (dir.), *OHADA-Traité et Actes Uniformes commentés et annotés*, Poitiers, Juriscope, 2015, 1440 p.

JEUGE-MAYNART Isabelle, GIRAC-MARINIER Carine et *alii*. (dir.), LE PETIT LAROUSSE ILLUSTRE, Paris, édition Antoine Caron, 2012, 1971 p.

JUGLART (de) Michel et IPPOLITO Benjamin, *Traité de droit commercial, deuxième volume : les sociétés*, Monchrestien, 3e éd., 1982, 1303 p.

KODO Mahutodji Jimmy Vital, *L'application des actes uniformes OHADA*, Academia Bruylant, 2010, 358 p.

LE CANNU Paul et DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, Lextenso, 8e éd., 2019, 1151 p.

LORENZI Jean-Hervé et CERCLE DES ÉCONOMISTES (dir.), *La guerre des capitalismes aura lieu*, Perrin, 2008, 257 p.

MALLET-BRICOUT Blandine et NOURISSAT Cyril (dir), *La transaction dans toutes ses dimensions*, Paris, Dalloz, 2006, 214 p.

MERLE Philippe et FAUCHON Anne, *Droit commercial : sociétés commerciales*, Dalloz, 2014, 992 p.

PETIT Bruno, *Droit des sociétés*, LexisNexis, éd. 2015. 286 p.

PISIER Evelyne et **DUHAMEL Olivier**, *Locutions latines juridiques*, imprimé en Italie, Dalloz, 2007, 118 p.

POUGOUÉ Paul-Gérard, *Présentation générale et procédure en OHADA*, Presses Universitaires d'Afrique, 1998, 90 p.

RIPERT Georges, ROBLOT René, GERMAIN Michel *et alii*, *Les sociétés commerciales*, LGDJ, 19e éd., 2009, 994 p.

II. OUVRAGES SPÉCIAUX

AMBOULOU Hygin Didace, *Le droit des marchés financiers dans l'espace OHADA*, L'Harmattan, 2015, 178 p.

CHAMPETIER DE RIBES-JUSTEAU Anne-Laure, *Les abus de majorité, de minorité et d'égalité : Étude comparative des droits français et américain des sociétés*, Dalloz, 2006, 502 p.

CHAPUT Yves, LÉVI Aristide, ALEXANDRE-CASELLI Claudine *et alii* (dir.), *La direction des sociétés anonymes en Europe : vers des pratiques harmonisées de gouvernance : étude du Centre de recherche sur le droit des affaires*, Litec, 2009, 585 p.

CHAPUT Yves, REYGROBELLET Arnaud, HUET Nathalie *et alii*, *Les sanctions des sociétés cotées : quelles spécificités, quelle efficacité ? : étude du Centre de recherche sur le droit des affaires*, LexisNexis, éd. 2012, 482 p.

CHEIK Abdou Wakhab Ndiaye, *Droit des sociétés de capitaux*, L'Harmattan, 2018, 458 p.

DJIGUEMDE Wendkouni Judicaël, *L'aménagement conventionnel de la société commerciale en droit français et en droit OHADA*, L'Harmattan, 2018, 452 p.

DUBOUIS Louis, *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, LGDJ, 1962, 472 p.

GROSJEAN-LECCIA Elie, LAMASSA Christiane et RIALLAND Marie-Claude, *Droit des sociétés*, Hachette, 2020, 63 p.

GUEGAN Elsa, *Les nullités des décisions sociales*, Dalloz, 2019, 580 p.

LE BARS Benoit, *Les associations de défense d'actionnaires et d'investisseurs*, Montchrestien, 2004, 526 p.

MAGNIER Véronique (dir.), *La gouvernance des sociétés cotées face à la crise : pour une meilleure protection de l'intérêt social*, LGDJ, 2010, 306 p.

MONSALLIER Marie-Christine, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme,* LGDJ, 1998, 447 p.

MOUTHIEU Monique Aimée, *L'intérêt social en droit des sociétés,* L'Harmattan, 2009, 420 p.

MUKA TSHIBENDE Louis-Daniel, *L'information des actionnaires, source d'un contre-pouvoir dans les sociétés anonymes de droit français et du périmètre OHADA*, PUAM, 2009, 692 p.

PÉREZ Roland, *La gouvernance de l'entreprise*, La Découverte, 2009, 128 p.

RIPERT Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4e éd. 1949, 328 p.

SANTOS Pedro Akuété, TOE Jean Yado, *OHADA Droit commercial général*, Juriscope, 2002, 478 p.

SCHMIDT Dominique, *Les conflits d'intérêts dans les sociétés anonymes,* Joly, 2004, 576 p.

SCHMIDT Dominique, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, Sirey, 1969, 264 p.

III. THÈSES ET MONOGRAPHIES

AGUEMON Mahmoud, Le financement de la société anonyme de droit OHADA, Mémoire de Master 2, Perpignan, 2005, 91 p.

ALAOUI Madame Faiza, *La protection des actionnaires des sociétés anonymes dans le droit marocain,* thèse, droit, Perpignan, 2004, 462 p.

BOUKARI Salifou, *L'application des textes de l'OHADA aux entreprises publiques : l'exemple de l'AUSC et GIE*, thèse, droit, Maastricht (Pays-Bas), 2015, 284 p.

CHARPENTIER Arnaud, *Les actionnaires dans la gouvernance des sociétés cotées françaises*, Mémoire de Master 2, Paris I, 2012, 71 p.

CONSTANTIN Alexis, *Les rapports de pouvoir entre actionnaires*, thèse, droit, Paris I, 1998, 800 p.

EKWELLE EKANE Narcisse, *La protection civile des actionnaires dans l'espace OHADA*, Mémoire, Dschang (Cameroun), 2008. 115 p.

GAILLARD Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, thèse, droit, Paris I, Economica, 1985, 250 p.

GARREAU DE LA MECHENIE Jean, *Les droits propres de l'actionnaire*, thèse, droit, Poitiers, 1937, 276 p.

GIRARD Carine, *L'activisme des actionnaires minoritaires au sein du gouvernement des entreprises françaises*, thèse, droit, Dijon, 2013, 326 p.

HOUNPKE Jean, *Le Règlement des conflits entre actionnaires dans les sociétés anonymes de l'espace OHADA : analyse et perspectives*, Mémoire, Abomey Calavi (Bénin), 2007, 80 p.

KADDOUCH Renée, *Le droit de vote des associés*, thèse, droit, Aix Marseille, 2001, 729 p.

KEUFFI Daniel, *La régulation des marchés financiers dans l'espace OHADA*, L'Harmattan, 2010, 419 p.

LABADI Moufida, *Protection des salariés et des actionnaires et partage de la valeur : effet de complémentarité ou de substituabilité ?*, thèse, droit, Reims, 2011, 289 p.

LEDENTU Florent, *Système de gouvernance d'entreprise et présence d'actionnaires de contrôle : le cas suisse*, thèse, droit, Fribourg, Février 2008, 199 p.

NZOUABETH Dieunedort, *Les litiges entre associés*, thèse, droit, Dakar, 2005, 445 p.

POISSON Marie-Danielle, *La protection des actionnaires minoritaires dans les sociétés de capitaux : Droit français et en droit anglais comparés*, thèse, droit, Perpignan, 1984, 728 p.

SAWADOGO Corine, *La prévention des difficultés des entreprises dans les États d'Afrique francophone*, thèse, droit, Paris I, 2006, 297 p.

SENIADJA ADJO Flavie, *La protection des actionnaires minoritaires des sociétés anonymes dans l'espace OHADA*, Mémoire, UCAO/UUA, 2009, 62 p.

THO Aymar, *Le traitement préventif des difficultés des entreprises : étude comparée de droit français et en droit OHADA*, thèse, droit, Bordeaux, 2015, 642 p.

IV. ARTICLES ET CHRONIQUES

AKAM AKAM André, « La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit OHADA », *Revue internationale de droit économique* 2/2007 (t. XXI, 2), p. 211.

ALBARIC Cristelle, « L'Acte uniforme relatif à la Médiation dans l'OHADA », *in* La Lettre des Réseaux, consulté sur www.lettredesreseaux.com, le 21/08/20 à 11 h 26.

ALBOUY Michel et SCHATT Alain, « Activisme et Proxy Fight. Quand les actionnaires déclarent la guerre au management », *Revue française de gestion*, vol. 35, n° 198-199, 2009, p. 297-315.

ALBOUY Michel, « Les histoires racontées aux actionnaires », *Revue française de gestion*, vol. 31, n° 159, 2005, p. 213-232.

ALILI Steve Marian, « La reprise des entreprises en difficultés dans l'espace OHADA », **www.ohada.comcom/doctrine/** ohada D-06-38, p. 20.

ALLOUCHE José et AMANN Bruno, « L'actionnaire dirigeant de l'entreprise familiale », *Revue française de gestion*, vol. 28, 2002, n° 141, p. 109-130.

ANOUKAHA François, « L'OHADA en marche », *Annales de la faculté de droit*, Dschang, 2002, p. 7 et s.

AUZERO Gilles, « L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé », *Droit des affaires,* 1998, 502 p.

BADJI Patrice S.A., « OHADA et bonne gouvernance d'entreprise », *Revue de l'ERSUMA*, n° 3, 2013, p. 209-226.

BARRIERE François, « L'exclusion statutaire des associés d'une SAS : beaucoup de bruit pour rien ? », *Revue Lamy : Droit des affaires,* n° 159, mai 2020, p. 45-48.

BELOT François et GINGLINGER Edith, « Rendre compte de la rémunération des dirigeants. Qu'attendre du say on pay ? », *Revue française de gestion,* vol. 34, n° 183, 2008, p. 111-130.

BLAMOUTIER Jean-Marc, « La médiation conventionnelle du CEFAREA - ARIAS : Quelle place dans le maquis des médiations légales ? » *in* CEFAREA-ARIAS

BLANC Gérard, « Prévenir et traiter les difficultés », Actes du colloque sur la sécurisation des investissements des entreprises en Afrique francophone, le droit OHADA, centre de droit économique de l'Université Paul-Cézanne d'Aix-en-Provence, 20 mars 2009, *Revue Lamy,* n° 67, 2010, p. 75.

BLOHORN-BRENNEUR Béatrice, *La médiation pour tous dans l'espace OHADA et en Afrique de l'Ouest*, Paris, l'Harmattan, 2018, 228 p.

BOMBA Denis Thérèse, « L'apport du droit des sociétés commerciales à la promotion des investissements dans l'espace OHADA », *Revue de l'ERSUMA,* décembre 2017, n° 7, p. 80-105.

BOUGOUMA Ousmane, « Le mandataire judiciaire en droit OHADA des procédures collectives », *Revue de l'ERSUMA,* n° 8, juin 2018, p. 11-47.

BOULOC Bernard, « L'obligation de loyauté du dirigeant social », dans Mélanges P. LE CANNU, éd. *Dalloz, L.G.D.J,* IRJS, 2014.

BOUNOT Virginie, « La blockchain, outil de gouvernance et de traçabilité du processus créatif (R&D) », *in Revue Lamy : Droit des affaires,* n° 151, septembre 2019, p. 41-48.

BOUTANT Jennifer et VERDIER Marie-Anne, « Les incitations à la gestion des résultats des sociétés absorbantes – Le cas des fusions-absorptions françaises », *Revue française de gestion*, vol. 41, n° 252, 2015, p. 33-50.

BOUTHINON-DUMAS Hugues, « Le droit des sociétés cotées et le marché boursier », LGDJ, 2007, 504 p.

BOY Laurence, « Les Limites du formalisme du droit de l'OHADA à la sécurisation des entreprises », *Revue de l'ERSUMA,* n° 1, juin 2012, p. 128-138.

BROSSET Jérôme et DESBOIS Virginie, « Assemblées générales des SA/SCA : la comptabilisation du vote d'abstention et la modification du *« say on pay »* », *Revue Lamy : Droit des Affaires,* n° 155, janvier 2020, p. 22-26

BRUGIERE Alexandre et ROBERT Alexandre, « Le droit de vote multiple dans les SAS et les SA : tour d'horizon des mécanismes envisageables », *Revue Lamy : Droit des Affaires,* n° 151, septembre 2019, p. 52-58.

BRUN Nadine Ella, « L'associé : apporteur passif de fonds ou acteur social engagé ? », *Bulletin ERSUMA de pratique professionnelle*, n° 20, avril 2019, p. 4-5.

BUHLER Michael W., « Le 10e acte uniforme de l'OHADA sur la médiation », Lexbase édition n° 13 du 12 juillet 2018, 13 p., n° Lexbase N4897BXN,

CAUSSAIN Jean-Jacques, « À propos du devoir de loyauté des dirigeants de société », Mélanges B. MERCADAL : *Lefebvre* 2002, 303 p.

CAUSSAIN Jean-Jacques, « Le devoir de loyauté des dirigeants en droit français », *Gaz. Pal*. 5 décembre 2000, 66 p.

Centre d'Arbitage, de Médiation et de Conciliation de Ouagadougou, « Une Autre Justice », Textes de Base, version révisée : mars 2010, 84 p.

Centre d'Arbitrage, de Médiation et de Conciliation (CAMC-O), « Guide et formulaires des procédures de médiation CAMC-O », disponible sur www.ccia.bf/camco, 26 p.

CENTRE DU COMMERCE INTERNATIONAL, « Guide pour le développement des services de médiation et arbitrage », Genève, n° OD-18-22.F, 2018, 58 p.

CENTRE DU COMMERCE INTERNATIONAL, « la médiation et l'arbitrage des litiges commerciaux dans l'espace UEMOA », 2018, 20 p.

CENTRE DU COMMERCE INTERNATIONAL, *La médiation et l'arbitrage dans l'espace UEMOA*, recueil de Lois et pratiques, 2018, 217 p.

CHAMPAUD Claude, « Le pouvoir de concentration de la société par actions », Sirey, 1962, 969 p.

CHANDOUR Bertille, « Le Dirigeant caution de dette sociale : un débiteur surendetté ou un entrepreneur en difficulté ? », *Revue Lamy : Droit des Affaires*, n° 151, septembre 2019, p. 49-51.

CHARLETY Patricia, FAGART Marie-Cécile et SOUAM Saïd, « Information sur les franchissements de seuils », *Revue économique*, vol. 60, n° 3, 2009, p. 675-691.

CHARLIER Patrice et LAMBERT Gilles, « Modes de gouvernance et performances des entreprises familiales françaises en fonction des conflits d'agence », *Finance Contrôle*

stratégie, vol. 1, July 2013, n° 4.

CHARREAU Gérard et DESBRIERES Philippe, « L'actionnaire », *Revue française de gestion*, vol. 28, n° 141, 2002, p. 7-13.

CHARREAUX Gérard, « L'actionnaire comme apporteur de ressources cognitives », *Revue française de gestion*, vol. 31, n° 59, 2005, p. 213-232.

CHAVY Pierre, « La planification est-elle encouragée par les actionnaires », *Revue française de gestion*, vol. 42, n° 260. 2016.

CHAZAI Aurélie et **FONGA Vanina**, « focus sur la médiation : l'innovation marquante du droit OHADA en matière de règlement amiable des différends », 09 mars 2018, 7 p.

COLLOT Mathias et **DEBEAUD Laurent**, « L'Arbitrage International », Pékin, 21 mars 1991, 9 p.

CORREA J. JEAN-LOUIS, « La médiation et la conciliation en droit sénégalais : libres propos sur un texte règlementaire », *in* Bulletin de droit économique, 2017, 16 p.

COTRET Laurent, « Loi PACTE : Évolution actuelle et à venir en matière de droit des entreprises en difficulté », *Revue Lamy : Droit des Affaires*, n° 151, septembre 2019, p. 29-32.

COURET Alain, « L'évolution juridique du cadre », *Revue française de gestion*, n° 141, 2002, p. 377-395.

COURET Alain, « La contrainte du dividende dans les sociétés par action », *Mélanges Yves GUYON*, Dalloz, 2003, 218 p.

COZIAN Maurice et VIANDIER Alain et **DEBOISSY Florence**, « droit des sociétés », *LexisNexis*, 13e éd. 2022, 962 p.

D'HOIR Philippe et KESZTENBAUM Gérard, « L'actionnariat salarié a-t-il encore un avenir ? », *in Les cahiers pratiques de l'argus de l'assurance*, novembre 2012, n° 7289-7290, p. 66-70.

DAIGRE Jean-Jacques, « Le petit air anglais du devoir de loyauté des dirigeants », Mélanges Pierre BEZARD., *LPA*-Montchrestien, 2002.

DAILLE –DUCLOS Brigitte, « Le devoir de loyauté du dirigeant », *JCP E*, 1998. 1480 p.

DARRAS-BARQUISSAU Nathalie, « La prise en compte des émotions dans le comportement des actionnaires individuels minoritaires », *La Revue des Sciences de Gestion*, Vol. 3, 2018, n° 291-292, p. 103-110.

DARRAS-BARQUISSAU Nathalie, « Vers une meilleure compréhension des actionnaires individuels minoritaires : une étude exploratoire », *Management & Avenir*, Vol. 2, 2014, n° 68, p. 12-31.

DAVID René, « Le caractère social du droit de vote », *Journal des sociétés*, 1929, p. 401 et s.

DELEBECQUE Philippe, IRJS OHADA, *l'état de perception de la sécurité juridictionnelle dans l'espace OHADA : les modes (alternatifs) non juridictionnels de règlement des litiges*, 4 p.

DELHOMME Maxime, « L'information financière et les actionnaires minoritaires », *LEGICOM*, Vol. 3, n° 19, 1999, p. 59-65.

DESBRIERES Philippe, « Les actionnaires salariés », *Revue française de gestion*, vol. 28, n° 141, 2002, p. 255-281.

DESCORPS DECLERE. F, « Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux », *RTD com.*, 2003.

DEWEDI Eric, « le nouvel acte uniforme OHADA sur la médiation et la pratique de la médiation dans l'espace OHADA : quels apports en pratique ? », sur https://www.actualitesdudroit.fr, consulté le 05/02/2020 à 14 h 22 min

DIAGNE Sophie, « Acte uniforme relatif à la Médiation : regards constructif et critique », disponible sur https://www.actualitesdudroit.fr, consulté le 23/03/21 à 13 h 30.

DIENG François, « Transparence et gouvernement d'entreprise dans l'Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique », *LPA*, n° 018, janvier 2020, p. 9.

DIKOR Alain Michel Ebele, « La responsabilité pénale des dirigeants sociaux du fait d'infractions non intentionnelles », *Revue de l'ERSUMA*, n° 6, janvier 2016, p. 487-502.

DJESSI DJEMBA Priscille Grâce, « Le devoir d'alerte du commissaire aux comptes dans les sociétés commerciales de l'espace OHADA », *Revue de l'ERSUMA*, n° 6, janvier 2016, p. 379-402.

DJILLA Rose, « Focus sur la sanction par la jurisprudence camerounaise, des fautes de gestion des commissaires aux comptes auprès des entreprises du secteur public et para public », *Revue de l'ERSUMA*, n° 6, janvier 2016, p. 362-378.

DJIMASNGAR Nasra, « Réflexion sur la pertinence de l'adoption de l'Acte uniforme relatif à la Médiation dans l'espace OHADA », *in* ANNALES AFRICAINES, revue de la faculté des sciences juridique et politiques de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar, N° spécial, credila, janvier 2019, p. 222-242.

DORLY. J-P, « La responsabilité du préposé à l'occasion des actes accomplis dans l'exercice des fonctions », *RJDA*, 2000.

ELONGO Kalieu Yvette Rachel, « Premières vues sur la médiation en droit OHADA », disponible sur www.ohada.com , consulté le 23/03/21 à 14 h 47.

ÉTUDE DU CONSEIL D'ÉTAT, *Développer la médiation dans le cadre de l'Union Européenne*, adoptée le 29 juillet 2010.

FALL Papa Talla, « Le pouvoir souverain du juge du fond en matière d'application des Actes Uniformes de l'OHADA : entre apparence et réalité », *Revue de l'ERSUMA*, juin 2018, n° 8, p. 48-62.

FENEON Alain, « La mésentente entre associés dans les sociétés anonymes régies par l'Acte uniforme de l'OHADA sur les sociétés commerciales », *Penant,* n° 827. Juillet-septembre 2004, p. 265-279

FENEON Alain, « La mésentente entre associés dans les sociétés anonymes OHADA, prévention et mode de règlement », *Penant*, n° 848, 2004, p. 265-279.

FENEON Alain, « Les droits des actionnaires minoritaires dans les sociétés commerciales de l'espace OHADA », *Penant*, n° 839, p. 153 et s.

FENEON Alain, « La médiation en matière civile et commerciale au Burkina Faso : prémices de l'introduction de la médiation en droit OHADA », *in* Revue burkinabè de droit, 2014, n° 48,

p. 131-148.

FOUCHARD Philippe, « Le système d'arbitrage de l'OHADA », *LPA*, n° 205, octobre 2004, p. 52.

FOULON Dessi Astrid et **DEBOSQUE Bertrand**, « La nouvelle médiation dans l'espace OHADA, pour un meilleur accès à la justice » *in* Afrique La Tribune, le 16/01/18 à 9 h, consulté le 05/01/20 à 18 h 38 sur http://afrique.latribune.fr.

FRANCE, *L'arbitrage et la médiation au service du monde de l'assurance*, Revue annuelle n° 19, 2017, p. 7.

GAGNON Jean H., « Les moyens non judiciaires de règlement de conflits juridiques », *in* Réseau Juridique du Québec, 2018-2019, disponible sur https://www.avocat.qc.ca , consulté le 15/09/21 à 18 h 7.

GALLE Philippe Roussel et HENRY Laurence Caroline, « Chronique de droit des entreprises en difficulté », www.ohada.com/doctrine/ Ohada D-10-64, p. 8 et s.

GALLE Philippe Roussel, « Faut-il réformer le droit des entreprises en difficulté ou le droit des entreprises ? », *Revue des procédures collectives*, juillet 2013, n° 4, repère 4, **www.ohada.com/doctrine/** Ohada D-13-41, p. 02 et s.

GASPAR José-Miguel, « Horizon d'investissement des actionnaires. Causes, conséquences et implications pour la pratique managériale », *Revue française de gestion*, vol. 35, n° 198-199, 2009, p. 77-93.

GATCHOUP TCHINDA Désiré, « Droit commun de la responsabilité civile et indemnisation des victimes des préjudices nés d'infractions boursières : cas du Cameroun », *Revue de l'ERSUMA*, n° 3, septembre 2013, p. 9-29.

GATCHOUP TCHINDA Désiré, « Le délit d'initié dans les marchés boursiers de l'espace OHADA », *Revue de l'ERSUMA*, n° 4, 2014, p. 159-180.

GENTIER Antoine, « Liberté bancaire ou régulation par une autorité monétaire ? une comparaison de deux systèmes en longue période : Le Massachusetts (1803-1858), La France (1800-1870) », *Journal des Économistes et des Études Humaines*, Vol. 10, n° 1, p. 119-155.

GINGLINGER Edith, « L'actionnaire comme contrôleur », *Revue française de gestion*, vol. 28, n° 141, 2002, p. 37-55.

GIORGIO Marie-Thérèse, « Qu'est-ce que la médiation professionnelle, quelles sont ses caractéristiques ? », disponible sur https://www-atousante-ch.cdn.ampproject.org, consulté le 17/09/21 à 5 h 33 min

GIRARD Carine, « Les actionnaires minoritaires », *Revue française de gestion*, vol. 28, n° 141, 2002, p. 141-202.

GIRARD Carine, « Les actionnaires minoritaires », *Revue française de gestion*, Vol. 28, n° 141, 2002, p. 183-202.

GODON Laurent, « La protection des actionnaires minoritaires dans la loi relative aux nouvelles régulations économiques », *Bulletin Joly Société*, n° 7, Juillet 2001, p. 728.

GONCALVES Éric Wilfrid, « L'affaiblissement du droit préférentiel de souscription des actionnaires en droit OHADA, *Revue de l'ERSUMA*, n° 1, juin 2012, p. 73-127.

GRÉVAIN-LEMERCIER Karine et FAVARIO Thierry, « Dirigeant social : un devoir de loyauté décidément conquérant », *Dalloz* 2013.

GREVAIN-LEMERCIER Karine, « Le devoir de loyauté des dirigeants, le retour », *Gaz. Pal*., 2012, 7 p.

GROSSI Isabelle, « La responsabilité des dirigeants », *Dr. et patrim*., 2003, p. 50-58.

Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation (GEMME), extrait de Bulletin de la Cour de cassation française, « comment homologuer un accord de médiation ? » n° hors-série, 3 p.

GUIBAULT Jean, « Les moyens alternatifs de résolution de conflits en matière civile et commerciale dans une perspective de réforme du code de procédure civile », *in* les cahiers du droit, vol. 40, n° 1, 1999, p. 75-90.

GUILLEMARD SYLVETTE, « Médiation, Justice et Droit : un mélange hétéroclite », *in* Les Cahiers de Droit, vol. 53, n° 2, juin 2012, p. 189-228, disponible sur https://www.erudit.org, consulté le 16/09/21 à 18 h 57.

GUINOT Philippe et MARCHAND Alexis, « L'impact du numérique », *Revue Lamy : Droit des Affaires*, n° 155, janvier 155, p. 32-35.

GUYON Yves, « La société anonyme, une démocratie parfaite ! » *Mélange Christian Gavalda, propos impertinents de droit des affaires*, Dalloz, 2001, p. 133 et s.

HAMELIN Jean-François, « Dérogation au devoir de loyauté à l'unanimité des associés », *Revues Juridiques LexisNexis*, n° 7, juillet 2020, p. 5.

HAMELIN Jean-François, « L'élection d'un administrateur sur proposition des actionnaires salariés relève de la compétence du tribunal de commerce », *Revues Juridiques LexisNexis*, n° 7, juillet 2020, p. 7.

HAMON Jean-Jacques, « La répartition des droits de vote, leur exercice et l'efficacité économique », *Revue d'économie financière*, n° 63, 2001, p. 175-209.

HOMMAN-LUDIYE Lamiae et DJEDJE Pierre, « Le contrôle de la gestion de la SA et des SARL », *Cahiers Juridiques et fiscaux de l'exportation*, CFCE, 1998, n° 317, p. 317 et s.

HONPE Julien Coolman, « La preuve dans le droit des procédures collectives de l'OHADA », **www.ohada.com/doctrine/** ohada D-16-06, 09 p.

IBII Otto, « Médiation et OHADA », Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires-pratique professionnelle, septembre 2014, n° 4, janvier 2016, consulté sur http://revue.ersuma.org/no-4-septembre-2014/doctrine/article/mediation-et-ohada.

Institut des Hautes Études en Médiation et en Négociation en partenariat avec le Cabinet Africa Business et conseil du Mali, Formation sur la Médiation OHADA « Thème : Médiation et la négociation », disponible sur www.ohada.com.

ISSA-SAYEGH Joseph, « L'OHADA, instrument d'intégration juridique en Afrique », **www.ohada.com**.

JAUFFRET-SPINOSI Camille, « Les assemblées d'actionnaires, réalité ou fiction ? Études offertes à RODIERE », Dalloz, 1982, p. 540.

JOLY-HURARD Julie, « Conciliation et médiation judiciaires », PUAM, open édition books, disponible sur https://books.openedition.org, consulté le 19/10/21 à 5 h 5 min, p. 307-348.

KALIEU ELONGO Yvette Rachel, « Réflexion à partir du droit des entreprises en difficultés », CADIET Loïc, *Droit et attractivité économique : le cas de l'OHADA,* coll. André Tunc, IRJS, t. 48, 2013, p. 87-97.

KASSIA BI Oula, « Le recul de la nullité dans l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique » *Penant*, n° 848, juillet-septembre 2004, p. 352-379.

KENDRA Thomas, « Collaboration ZLEC-OHADA : une potentielle solution à la résolution des différends relatifs aux investissements panafricains ? », *Revue Lamy : Droit des affaires*, mai 2020, n° 159, p. 46-50.

KENFACK Hugues, « Pour une justice contractuelle efficace : la Médiation OHADA », *in La Lettre*, n° 4, novembre 2018, p. 4-5.

KINSI Annick, « Le retrait d'un associé d'une commerciale à capital variable en droit OHADA », *Bulletin ERSUMA de pratique professionnelle*, BEPP, n° 23, juillet 2019, p. 4-5.

KOERING Camille, « La notion d'actionnaire », *Revue générale du droit*, 2000-2001, n° 21, 30 p.

KOITA Yacouba-Sylla, « La Médiation ou le Blivet du droit OHADA », PMAOHADA 2019, disponible sur www.ohada.com_newsletter , juin 2019, 21 p, consulté le 26 juillet 2021 à 21 h 40.

KOUDADJA Fred Prudence, « Tableau illustratif de la disparité de la grille de rémunération des mandataires des procédures collectives dans l'espace OHADA », *Bulletin ERSUMA de pratique professionnelle*, BEPP n° 16, décembre 2018, p. 12-13.

LA PORTA Rafael, LOPEZ DE SILANES Florencio, SHLEIFER Andrei et VISHNY Robert, « Inestor protection and corporate governance », *Journal of Financial Economics*, vol. 58, 2000, p. 3-27.

LACHANCE Martine, « Le notaire, un frein au développement des affaires ? », in Revue du notariat, éditions Yvon Blais, vol. 109, n° 2, 2007, p. 239-263, https://doi.org/10.7202/1045580ar.

LASCOUX Jean-Louis, « La médiation en Afrique passera-t-elle par l'espace OHADA ? », disponible sur https://www.officieldelamediatio.fr, consulté le 23/03/21 à 15 h 45.

LASCOUX Jean-Louis, « Les premiers pas de l'OHADA vers la médiation », mai 2019, disponible sur www.officieldelamediation-fr.cdn.ampprojet.org , consulté le 17 juillet 2021 à 12 h 19.

LAUGIER Maxence, « L'introuvable responsabilité du dirigeant social envers les tiers pour fautes de gestion », *Bull. Joly*, 2003, 1231 p.

LE BARS Benoît et MARTOR Boris, « Management et financement de la société anonyme de droit OHADA », *La semaine juridique*, n° 44, octobre 2004, p. 2.

LE CANNU Paul, « Majoritaires devenus minoritaires : litiges avec le cessionnaire (clause compromissoire, qualité à agir mandataire *ad hoc*, expertise de gestion) », *Bulletin Joly Sociétés*, 1998, n° 1, p. 30.

LE NABASQUE Hervé, « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *RTD.com.*, avril - juin 1999, 273 p.

LEGROS Jean-Pierre, « Mesures temporaires », *Revues Juridiques LexisNexis*, juillet 2020, n° 7, p. 1-7.

LEXAVOUE, (société d'avocats), « Les modes alternatifs de règlement des conflits », Edito, 32 p. www.lexavoué.com.

LOBE LOBAS Madeleine et FOKOU Éric, « L'infraction d'atteinte au patrimoine des entreprises publiques et parapubliques dans l'espace OHADA », *Revue de l'ERSUMA*, n° 6, janvier 2016, p. 157-174.

LOUVEL Bertrand, discours sur « L'ordre public : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation », du 24/02/2017, disponible sur www.courdecassation.fr, consulté le 16/10/21 à 0 h 47 min.

M J MAVIDAL, M E LAURENT et *alii*, *Archives Parlementaires* de 1787-1860, recueil complet des débats législatifs et politiques des chambres françaises, Paris, 1883, 818 p, disponible sur https://archive.org, consulté le 07/09/21 à 16 h 55.

MAGNI BERTON Raùl, « Holisme durkheimien et holisme bourdieusien : étude sur la polysémie d'un mot », Paris, PUF, Vol. 58, 2008, p. 299-318.

MAGNIER Véronique, « Qu'est-ce qu'un administrateur « prudent et diligent ». *Bull. Joly*, sociétés, janvier 2012, 75 p.

MAKNI Sonia et NEKHILI Mehdi, « La cotation à l'étranger : quel intérêt pour les actionnaires minoritaires ? », *Recherches en Sciences de Gestion*, n° 87, ISEOR, n° 6,2011, p. 95-113.

MARTIN M, « la loyauté dans l'exécution d'un contrat », *Gaz. Pal*., 2012, n° 144, 67 p.

MARTINEZ Isabelle et SERVE Stéphanie, « Gestion des résultats et retraits volontaires de la cote : le cas des OPRO en France », *Comptabilité -Contrôle - Audit*, t. 17, 2011, p. 7-35.

MARTOR Boris, « L'OHADA apporte-t-elle une réponse juridique au Covid-19 ? », *L'Essentiel Droit africains des affaires*, n° 5, mai 2020, p. 1.

MASSART Thibaut, « Une déloyauté du dirigeant à l'égard d'un associé sanctionnée à 100 % », note sur l'arrêt de CA Paris, 17 septembre 2013, n° 12/14712, BJS 31 janvier 2014, n° 1.

MBAYE Kéba, « L'histoire et les objectifs de l'OHADA » *LPA*, n° 205, 13 octobre 2004, p. 4

MBAYE Mayatta Ndiaye, « La comptabilité expresse du droit OHADA des sociétés commerciales au droit des marchés financiers : l'exemple de la valeur nominale des actions des sociétés cotées », BEPP, n° 18, décembre 2018, p. 4-5.

MECONTSO Arnaud Duclair Kotsap, Bulletin ERSUMA de pratique professionnelle, « le principe compétence-compétence dans la procédure de médiation OHADA », MIJ n° 004 - décembre 2017, pp 4-5.

MODY KOKO BEBEY Henri Désiré, « La réforme du droit des sociétés commerciales de l'OHADA », *Revue des sociétés*, n° 2, avril-juin 2002, p. 255 et s.

MORTIER Renaud, « Point de départ de l'action en responsabilité de la société contre son dirigeant », *Revues Juridiques LexisNexis*, n° 6, juin 2020, p. 7.

MOTTIS Nicolas et PONSARD Jean-Pierre, « L'influence des investisseurs institutionnels sur le pilotage des entreprises », *Revue française de gestion*, vol. 28, n° 141, 2002, p. 225-248.

MOULIN Jean-Marc, « L'éviction statutaire d'un actionnaire ne saurait être confondue avec

une procédure d'exclusion », *Gazette du Palais*, n° 265, mai 2016, p. 63.

MOUSSERON Pierre et SAUCIER Luc, « Un dirigeant peut-il profiter d'une opportunité offerte à la société ? », *Les Échos*, 13 mars 2003.

NAVARRO Jean-Louis, « Démembrement de propriété sur les titres : l'impact de la réforme de l'article 1844 du Code civil », *Revue Lamy : Droit des Affaires*, n° 159, mai 2020, p. 24-28.

NGNINDJIO TSAPI Marlize Elodie, « Les méthodes de cotation dans les marchés boursiers régionaux de l'Afrique subsaharienne : essai d'analyse juridique », *Revue de l'ERSUMA*, n° 4, 2014, p. 215-236.

NGONO Véronique Carole, « Réflexion sur l'espace judiciaire OHADA », *Revue de l'ERSUMA*, n° 6, janvier 2016, p. 197-224.

NGOUE Willy James, « la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants de sociétés anonymes en droit OHADA », *OHADATA D-05-52*, 15 p.

NGUIHE KANTE Pascal, « Réflexions sur la notion d'entreprise en difficulté dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA », *Annales de la Faculté des sciences juridiques et politiques* de l'Université de DSCHANG (Cameroun), t. 5 P.U.A, 2001, p. 175-192

NKULU MUKUBU LUNDA Johnny, « la médiation du droit OHADA dans la sphère judiciaire congolaise », ohadata D- 18-18, 14 p.

NOËL Christine et REDOR Etienne, « Les mécanismes de défense anti-acquisition profitent-ils vraiment aux actionnaires », *Revue française de gestion*, vol. 35, n° 198-199, 2009, p. 259-275.

Olympe de BAILLIENCOURT, « La tenue à huis clos des assemblées générales de sociétés au regard de l'assouplissement des mesures sanitaires », *Revues Juridiques LexisNexis*, n° 7, juillet 2020, 6 p.

ONANA ETOUNDI Félix, « 5 ans de jurisprudence commentée de la CCJA de l'OHADA (1994-2004) », Abidjan, IFS, 2006, 325 p.

OTTO Ibii, « l'acte uniforme OHADA relatif à la médiation : la faculté d'évoluer de

l'adjudication à la collaboration en matière de justice en Afrique francophone », ohadata D- 17-24, 3 p.

PAILLUSSEAU Jean et PETITEAU Gérard, « Les difficultés des entreprises : prévention et règlement amiable », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1986, p. 286-287.

PAILLUSSEAU Jean, « la modernisation du droit des sociétés commerciales », *recueil, Dalloz*, Dalloz 1996, p. 287 et s.

PAILLUSSEAU Jean, « Droit de l'OHADA, un droit très important et original », *La Semaine juridique*, supplément au n° 44, octobre 2004, p. 1-5.

PAILLUSSEAU Jean, « L'Acte uniforme sur le droit des sociétés », *LPA*, n° 205, 13 octobre 2004, p. 19 et s.

PAILLUSSEAU Jean, « L'efficacité des entreprises et la légitimité du pouvoir », *LPA*, n° 74, 19 juin 1996, p. 23 et s.

PAILLUSSEAU Jean, « La modernisation du droit des sociétés commerciales », Dalloz, 1996, chronique 289.

PASTRE Olivier, « Le banquier-actionnaire », *Revue française de gestion*, vol. 28, n° 141, 2002, p. 249-253.

PASTRE Olivier, « Le banquier-actionnaire », *Revue française de gestion*, vol 28, n° 141, 2002, p. 255-281.

PEREZ Roland, « L'actionnaire socialement responsable », *Revue française de gestion*, vol. 28, n° 141, 2002, p. 131-151.

PETIT Bruno et REINHARD Yves, « Responsabilité civile des dirigeants », *RTD com.*, 1997.

PEYTEL Adrien et HEYMANN Georges, « De l'abus de droit dans les sociétés commerciales », *Gazette du Palais*, n° 1, doctrine, 1951, p. 50 et s.

PEZ Thomas, « L'ordre public économique », *Nouveau cahier du Conseil constitutionnel*, *Lextenso*, 2015, p. 43-57.

PIERRE Jean-Luc, « Preuve de l'appréhension d'une distribution occulte par une société

assujettie à l'impôt sur les sociétés », *Revues Juridiques LexisNexis*, juillet 2020, n° 7, 5 p.

PIERRE Jean-Luc, « Régime de différé d'imposition de plus-value d'échange de titres », *Revues Juridiques LexisNexis*, n° 7, juillet 2020, 6 p.

POLI Catherine, « OHADA et MEDIATIO : enfin un Acte uniforme consacré à la résolution amiable des différends en droit des affaires », éditions Wolters Kluwer France, *in* Lettre de la CIB n° 4, février 2018, p. 33-38, disponible sur https://www.actualitesdudroit.fr , consulté le 22/03/20 à 19 h 15.

POUGOUE Paul-Gerard, « L'impact de l'Acte uniforme de l'OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique sur le contrôle et le développement des entreprises locales », *Juridis Périodique*, n° 66, avril-mai 2006, p. 107-116.

PRAGNON Stéphane, « Business ethics: Norman Barry », *Journal des Économistes et des Études Humaines*, vol. 10, n° 1, mars 2000, p. 207-215.

REDOR Etienne et NOËL Christine, « Les mécanismes de défense anti-acquisition profit-ils vraiment aux actionnaires ? », *Revue française de gestion*, vol. 35, n° 198-199, 2009, p. 259-275.

RIVIER Marie-Claire, *LES MODES ALTERNATIFS DE RÈGLEMENT DES CONFLITS* : *un objet nouveau dans le discours des juristes français ?* Centre de Recherches Critiques sur le Droit (CERCRID), mai 2001, 71 p.

ROBERT Mathilde, « l'action en responsabilité contre les dirigeants de fait se prescrit par 5 ans », disponible sur le site : **https://www.parabellum.pro/L-action-en-responsabilite-contre-les-dirigeants-de-fait-se-prescrit-par-5-ans_a715.html**

ROE Mark Jean « Rôle de l'actionnaire et système politique », *Revue française de gestion*, vol. 28, 2002, n° 141, p. 303-345.

RUMEAU-MAILLOT Hervé, « Les délais de prescriptions en droit des sociétés », *Rev. Sociétés* 2012.

SALOMON Renaud, « Abus de biens sociaux et éléments incorporels immobilisés à l'actif social », *Revues Juridiques LexisNexis*, n° 6, juin 2020, 6 p.

SANGARE Aicha et KOUATCHOU Feoketchang Simone Solange, « La médiation professionnelle arrive en Afrique », 2015, disponible sur http://www.villagejustice.com/mediation-professionnelle-arrive,20203.html.

SEGRESTIN Blanche et BELINGA Rachel, « Un contrat de société sans contrat d'investissement ? les interrogations des actionnaires minoritaires sur le droit des sociétés », *Annales des Mines – Gérer et comprendre*, n° 2, FFE, n° 132, 2018, p. 33-40.

Service Public Fédéral, « la médiation : une alternative au tribunal », Bruxelles, 11 p.

SODJI Aymar Ulrich, « Le nouvel Acte uniforme de l'OHADA relatif à la médiation, quand les modes alternatifs de règlement de différends gagnent du terrain », 2018, disponible sur https://lex4.com, consulté le 24/09/21 à 1 h 45 min

SOURIOUX Jean Louis, « La croyance légitime », JCP, 1982, I, 3058.

STOCLET Mathieu, « Point de départ du délai de prescription de l'action en nullité d'une délibération sociale », *Gazette du Palais*, n° 346, mars 2019, p. 55 et s.

TARDIF Anthony, « L'immunité civile des dirigeants sociaux à la lumière des recours en contribution », *Revue Lamy : Droit des Affaires*, n° 159, mai 2020, p. 54-59.

TCHOTCHOU PETCHE KAMGA Camille, « La nature institutionnelle de la société dans le système de rémunération des dirigeants sociaux en droit OHADA », *Revue de l'ERSUMA*, n° 8, juin 2018, p. 63-80.

TEKO SEYRAM AMENYINU Godwin, « De l'adéquation de l'Acte uniforme sur la médiation aux conflits de travail en droit togolais », LEX4 magazine, n° 1, disponible sur https://tobleassocies.com , consulté le 03/09/2021 à 17 h 24.

TROADEC Marie-Alix, « La taille des entreprises : facteur de césure des règles relatives à l'information des associés », *Revue Lamy : Droit des Affaires*, n° 155, janvier 2020, p. 27-31.

TSHIYOMBO KALONJI Louis, « L'OHADA et le droit financier », *Revue de l'ERSUMA*, n° 8, juin 2018, p. 188-210.

TSOPBEING Marcel Williams, « L'information des associés, une exigence fondamentale du droit des sociétés OHADA ? », *Revue l'ERSUMA*, n° 6, 2016, p. 226-258.

TUNC André, « Rapport sur la responsabilité civile des organes de sociétés », in Évolution du droit des sociétés, Travaux de l'association Capitant : Dalloz 1967, 444 p.

VARADY Lilla, « La médiation judiciaire en détail », in Village de la justice, mercredi 10 janvier 2018 sur https://www.village-justice.com , consulté le 19/10/21 à 1 h 12 min

VAUGON Isabelle, « La médiation commerciale : une alternative au système judiciaire », *in* Journal Africain du Droit des Affaires (L'Afrique du droit qui parle du droit de l'Afrique !), n° 1, 2011, p. 8-10.

WESTER-OUISSE Véronique, « Critique d'une notion imprécise : la faute séparable de ses fonctions », *D. affaires*, 1999, 782 p

WINNISTÖRFER Jörg et **MEAN Françoise**, « Principe de fonctionnement de la médiation à l'Université de Lausanne », juillet 2003, 4 p.

ZAKANE Vincent, « Médiation et règlement pacifique des conflits en Afrique : Analyse théorique », p. 244-268, **http://publication.lecames.org/index.php/jur/article/download**/918/621, consulté le 03/10/21 à 1 h 58 min

V. JURISPRUDENCE

❄ OHADA

Arrêt du 24/05/2011, Cour de cassation de Paris, Ohadata J-13-201.

Arrêt n° 016, Société Compagnie d'Opération de reconditionnement Industriel (CORI) c/KABORE John Boureima, KABORE Aimé, OUATTARA Yacoba et SERE Souleymane, Ohadata J-12-124

Arrêt n° 03, Affaire : Société PLANOR AFRIQUE sa c/Société ATLANTIQUE TELECOM SA, Ohadata J-12-136

Arrêt n° 030, Société ATLANTIQUE TELECOM c/Société PLANOR AFRIQUE et Société TELECEL FASO, Ohadata J-10-213.

Arrêt n° 037/09, Société ATLANTIQUE TELECOM et Société ETISALAT c/Société PLANOR AFRIQUE et Société TELECEL, Ohadata J-10-214

Arrêt n° 058/2015, Pourvoi n° 093/2012/PC du 14/08/2012, Affaire : Moctar Maciré DIAKITE c/Salifou BENGALY, Société d'Ingénierie en Énergie, dite SINERGIE SA, Ohadata J-16-58.

Arrêt n° 103, Affaire : Elhadji B. K. L. Commerçant demeurant à Maradi, contre BIA-Niger. Arrêt rendu sur renvoi de la CS. Voir arrêt n° 04-024 du 22 janvier 2004 Ohadata, Ohadata J-10-287

Arrêt n° 39, Affaire : OUATTARA Héma Bakary c/MYAOUENUH A. Damase », Ohadata J-09-11.

Arrêt n° 52 du 16/04/2004 Ch civ et com , *Jurifis Info*, n° décembre 2010, p. 12.

C.A Abidjan, Arrêt n° 826 du 20 juin 2003, AIE Jean-Marie C/Société INTERBAT, OHADATA J-03-240.

C.A Ouagadougou, arrêt n° 52 du 16 avril 2004, Juriscope OHADA 2006

C.A. Abidjan, Arrêt n° 1060/2000 du 1er décembre 2000, Le Juris-Ohada, n° 3/2003, juillet septembre 02003, p. 43, Ohadata J-04-111

C.A. d'Abidjan Arrêt n° 363 du 27 mars 2001, Caisse d'assistance médicale c/Société AMSCI, Le Juris Ohada , n° 1/2004, janvier-mars 2004, p. 51, note anonyme, Ohadata J-04-170.

CCJA (1e ch.), 24 février 2005, arrêt n° 15, Juris-OHADA, 2/2005, p. 20, CA Ouagadougou, arrêt n° 52 du 16 avril 2004, Juriscope OHADA 2006

CCJA, Arrêt du 06/12/2011, *Recueil de Jurisprudence* n° 17 (juillet - décembre 2011), p. 57.

CCJA, Avis n° 02/2000/EP, 26 avril 2000, Ohadata J-02-03.

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.

Jugement n° 1245, Michel Jacob et autres c/Sté Scierie Bandama-Établissements Jacob et autres, Ohadata J-02-19

Jugement n° 76, Messieurs André Nestor Franck, Vincent Franck Et Neto Franck, Mesdames Doris C. Mayani et Lydia Brigitte Mfoutika-Koli c/Société Comint S. A, Ohadata J-13-110

Jugement n° 860, ministère public c/YAMEOGO Jean Vivien Alfred, Ohadata J-05-225

Loi Type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale (2002).

Ordonnance de référé n° 070/TR/NY/2001, Magagi Souna c/Hassane Garba et autres, Ohadata J-02-35.

Ordonnance de référé n° 583 du Juge Mademba GUEYE, Youssou NDOUR-Cheikh Tall DIOUM c/Bara TALL, Ohadata J-05-124

Ordonnance des référés n° 235, Club des actionnaires c/la SONATEL, Ohadata J-05-270

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

Texte Organique du Centre Permanent d'Arbitrage et de Médiation du CADEV, version juin 2012, 11 p.

Tribunal de Première Instance d'Abidjan, Jugement n° 1245 du 21 juin 2001, Michel Jacob et autres c/Sté Scierie Bandama-Établissements Jacob et autres, Ecodroit n° 1 juillet - août 2001, p. 49, Ohadata J-02-19.

Tribunal régional de Niamey, Ord. de référé n° 070/TR/NY/2001 du 23 avril 2001, Magagi Souna c/Hassane Garba et autre, Ohadata J-02-35

❄ **JURISPRUDENCE FRANÇAISE**

CA Montpellier, 4 nov. 1940 : JCP G 1942, II, 1871

CA Paris, 17 septembre 2013, n° 12/14712, BJS 31 janvier 2014, n° 1, p. 25.

CA Paris, 25e ch., 4 févr. 1994 : JurisData n° 1994-600148

CA Paris, 3e ch., 22 juin 2001 : JurisData n° 2001-154649.

CA Paris, 3e sect. B, 24 janv. 1986 : JurisData n° 1986-021036 ;

CA Paris, 4 févr. 2000, Bull. Joly, 2000, p. 817, RJDA, 6/00, n° 674.

CA Paris, 4 juill. 2003 : JCP E 2004, 604

CAA de MARSEILLE, 4e chambre-formation à 3, 23/09/2014, 11MA02047, Inédit au recueil

Lebon.

Cass com., 9 nov. 1993 ; D 1995

Cass. 1re civ., 25 mars 2010, n° 08-13060 : Bull. Joly Sociétés 2010, p. 707

Cass. 3e civ. 14-6-2018 n° 16-28.672 F-PB,

Cass. civ. 1re Ch., 26 novembre 1996, Gaz. Pal., 1997

Cass. civ., 16 juin 1891 : Journ. sociétés 1891, p. 505

Cass. civ., 29 juin 1899, DP, 1905, I, p. 191.

Cass. civ., 29 juin 1899, DP, 1905, I, p. 191.

Cass. civ., 4 avr. 2001, JCP, E, 2001, p. 977

Cass. civ., 6 juill. 1905 : DP 1908, 5, p. 46

Cass. Com 25 février 1997.

Cass. Com, 17 octobre 2000

Cass. com, 6 mai 2014, n° 13-17632

Cass. com, 9 mars 2010, n° 08-21.547

Cass. com. 17 mai 1965, JCP, G, 1966, II, 14 647.

Cass. Com. 18 avril 1961, JCP 1961, II, n° 12164

Cass. com. 25 mars 1997, RJDA 7/97 n° 966

Cass. Com. 26 janvier 1970, JCP., 1970. 2 , 16 385

Cass. Com. 27 février 1996,

Cass. com. 31 janvier 1995, RJDA 7/95, n° 902

Cass. com. 7 déc. 1982, Bull. civ., IV, n° 403

Cass. Com., 10 mars 1976 : jurisData n° 1976-097095

Cass. com., 10 mars 1976 : JCP G 1977, II, 18 566 et 18 595, note CHARTIER Yves.

Cass. Com., 11 oct. 2011, n° 10-20423

Cass. com., 11 juin 1991 : RJDA 1991, n° 852, p. 732

Cass. Com., 12 mars 1974, Gaz. Pal., 1974, 2, p. 662 ; Paris, 28 oct. 1980, JCP, G, 1981, IV, p. 393.

Cass. com., 12 mai 1975 : Bull. civ. 1975, IV, n° 130.

Cass. com., 12 mai 2004, n° 00-15. 618 : Juris-Data n° 2004-023739

Cass. Com., 13 fevr. 1996, n° 93-19.654

Cass. Com., 14 mars 2000, n° 97-17753

Cass. com., 18 décembre 2012, n° 11-24305

Cass. Com., 19 janv. 1993, n° 91-12365 : Bull. civ. IV, n° 18

Cass. com., 19 mars 1996, JCP, E, I, p. 584,

Cass. com., 22 févr. 2005, n° 01-13642 : BJS oct. 2005, p. 1105

Cass. Com., 22 février 1994, JCP éd G 1995

Cass. com., 23 nov. 1999, RJDA, 4/2000, n° 457, p. 361 ; Aix, 16 mai 2001, RJDA, 2002/4, n° 416, p. 353

Cass. com., 23 sept. 1981, Bull. civ., IV, n° 334.

Cass. com., 25 avril 1977, JCP, G IV, p. 159.

Cass. com., 27 févr. 1978, D., 1978

Cass. com., 27 févr. 1996, n° 94-11241

Cass. com., 27 janv. 1998, Bull. Joly, 1998, p. 535

Cass. Com., 3 nov. 1988, BRDA 1989/1 p. 11

Cass. Com., 30 nov. 1993, n° 91-20554

Cass. com., 31 janv. 1995, n° 92-21548 : JCP E 1995

Cass. com., 7 juill. 1992 : Bull. Joly 1992, p. 1192

Cass. Com., 8 avr. 2015, n° 13-28512 : Bull. civ ? IV, n° 360

Cass. Com., 8 juin 1963, Bull, civ, III n° 283

Cass. crim. 15 mars 1972, Rev. Soc. 1973, p. 357

Cass. Crim., 11 mars 1993, Bull. Joly, 1993, p. 666, JCP, E, 1994, II, 571

Cass. Crim., 19 août 1997, Juris-Data, n° 003213

Cass. crim., 20 mai 2003, Bull. Joly, 2003, p. 242

Cass. Crim., 6 févr. 1962, Bull. civ., IIII, p. 65

Cass. Req. 16 février 1937, G.P. 1937.1.807.

Cass. Ass. Plén., 13 déc. 1962, D., 1963, 277.

Cass.com., 2 juillet 1985, n° 83-16887

Civ. 2 mars 1932, D. 1933.1.126

Com. 1er juillet 2003, n° 99-19.328

Cour administrative d'appel de Bordeaux, 2e chambre, du 15 janvier 1996, 94BX01542, inédit au recueil Lebon.

Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 24 janvier 2019, n° 18/12249.

Cour d'appel de Bordeaux, 6 novembre 2017, n° 14/01052.

Cour d'appel de Chambéry, 21 juin 2016, n° 14/02241.

Cour d'appel de Dijon, 23 mars 2010, n° 09/00963.

Cour d'appel de Lyon, 14 mars 2019, n° 15/08427 ; 19 novembre 2019, n° 16/06407 ; 23 février 2017, n° 16/06837.

Cour d'appel de Nancy, 28 mars 2018, n° 18/00505.

Cour d'appel de Paris, 4 avril 2019, n° 18/27150 ; 10 juillet 2019, n° 19/11036 ; ; 31 juillet 2019, n° 16/18229 ; 15 octobre 2019, n° 18/01373 ; 18 décembre 2019, n° 19/18938 ; 29 mai 2018, n° 15/23187 ; 8 novembre 2018, n° 18/06970.

Cour d'appel de Pau, 8 octobre 2019, n° 18/02556 ; 10 janvier 2019, n° 18/00738 ; 20 juin 2019, n° 17/03394.

Cour d'appel de Reims, 10 octobre 2017, n° 15/02226.

Cour d'appel de Rennes, 10 décembre 2019, n° 19/02941 ; 11 septembre 2018, n° 18/00712., 11 septembre 2018, n° 18/00868.

Cour d'appel de Toulouse, 28 février 2018, n° 16/05413.

Cour d'appel de Versailles ; 18 avril 2019, n° 18/05814 ; 31 octobre 2019, n° 19/00491. 30 janvier 2018, n° 16/068692 ; mars 2017, n° 16/01341

Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 13 novembre 2007, 06-18.925

Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 7 mai 2019, 17-16.066 ; 13 mars 2019, 17-22.128 ; 26 avril 2017, 14-16.648 14-29.892.

VI. NOTES ET OBSERVATIONS

DIALLO Bakary, « La cessation des paiements du débiteur en OHADA », Note sous Cour d'Appel de Ouagadougou, Arrêt n° 52 du 16 avril 2004, Ch. Civ et com. (BATEC-SARL et Ent DAR-ES-SALAM c/SOSACO), In **www.ohada.com/doctrine/** Ohada D-10-64, 08 p.

FEVILIYE Inès, note, sous CCJA. Arrêt n° 058/2008 du 11 décembre 2008, Jurisprudence, Ohadata J-10-152.

ISSA-SAYEGH Joseph, Obs. sous Trib. Com. de Bamako, jugement n° 281 du 3 novembre 1999, ohada.com, Jurisprudence, ohadata J-02-41.

KALIEU ELONGO Yvette Rachel, note, sous TGI du Moungo, Jugement n° 30/CIV du

21 juin 2007, Jurisprudence, Ohadata J-09-252.

KOUASSI Bertrand, note, sous Cour suprême de Côte d'Ivoire, chambre judiciaire, Arrêt n° 056/08 du 6 mars 2008, Jurisprudence, Ohadata J-09-309.

SAWADOGO Filiga Michel, note sous article 18 de l'AUPCAP, Juriscope 2002, Traité et Actes Uniformes commentés et annoté Ohada, 3e éd. 2012.

SAWADOGO Filiga Michel, obs. sous art. 131, AUPC, OHADA, Traité et Actes Uniformes, commentés, 3e éd. 2012.

VII. LÉGISLATION

Acte additionnel N° 06/17 -CEMAC-COSUMAF-CCE-SE portant unification du marché financier de la Communauté économique et Monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC) et mesures d'accompagnement.

Acte uniforme du 10 septembre 2015 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif

Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant sur le droit commercial général.

Acte uniforme du 30 janvier 2014 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

Avis n° 01/2017 Demande d'avis du conseil régional de l'épargne publique et de marchés financiers sur le dispositif de prise de sanctions pécuniaires sur le marché financier régional de l'UEMOA.

Code CIMA des assurances

Code civil burkinabè de 1804

Code civil, Dalloz, 120e édition

Code d'éthique des médiateurs de l'Institut de Médiation et d'Arbitrage du Québec, adopté le 15 février 2007, 11 p.

Code de commerce français

Code de procédure civile

Code de procédure civile, Dalloz, 112e édition

Code pénal

Décret n° 2014-1653 du 24 décembre 2014 relatif à la médiation et à la conciliation au Sénégal.

Instruction n° 01-15 du 17 septembre 2015 relative aux sanctions disciplinaires prononcées par la commission de surveillance du marché financier de l'Afrique centrale.

Instruction n° 02-12 du 29 juin 2012 relative aux informations périodiques exigées des sociétés faisant appel public à l'épargne sur le marché financier de l'Afrique centrale.

Instruction n° 03-10 du 28 avril 2010 relative aux obligations d'information à la charge des structures agréées du marché financier régional.

Loi n° 052-2012/AN du 17 décembre 2012 portant médiation en matière civile et commerciale au Burkina Faso.

Loi n° 006/2008 du 3 janvier 2008 instituant la Charte des investissements de la République du Tchad.

Loi n° 2014-389 relative à la médiation judiciaire et conventionnelle en République de Côte d'Ivoire.

Loi organique n° 2014-424 du 14 juillet 2014 portant création, organisation et fonctionnement des juridictions de commerce en République de Côte d'Ivoire.

Loi 2016-15 modifiant et complétant la Loi n° 2001-37 du 10 juin 2002 portant organisation judiciaire en République du Bénin ; Loi n° 2016-16 modifiant et complétant la Loi 2008-07 du 28 février 2011 portant code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes.

Loi 22-2009/AN du 12 mai 2009 portant création, organisation et fonctionnement des tribunaux de commerce au Burkina Faso.

Loi 22-99/AN du 18 mai 1999 portant Code de Procédure civile (promulguée par décret 99-244 du 9 juillet 1999, J.O.BF. n° 3 spécial du 15 juillet 1999, p. 2) modifiée par la Loi 30-2004/AN

du 10 septembre 2004 (promulguée par décret 2004-425 du 17 septembre 2004, J.O.BF. du 7 octobre 2004, p. 1289).

Règlement d'arbitrage et de médiation du CEPAM, juin 2012.

Règlement de conciliation du centre de conciliation et d'arbitrage du Mali (CECAM).

Règlement de médiation de la Cour d'Arbitrage de Côte d'Ivoire.

Règlement de médiation du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de Ouagadougou (CAMC-O).

Règlement du tribunal arbitral du Sport, version révisée le 1er janvier 2016.

Règlement n° 03/02/CEMAC/UMAC/CM portant homologation du comité régional de normalisation financière

Règlement n° 01/14/CEMAC-UMAC-CM/portant institution d'un régime d'inscription en compte des valeurs mobilières et autres instruments financiers dans la CEMAC.

Règlement n° 06/03-CEMAC-UMAC portant organisation du marché financier de l'Afrique Centrale.

Règlement n° 09/2006/CM/UEMOA portant adoption de règles comptables spécifiques applicables aux intervenants agrées du marché financier régional.

Règlement relatif à l'organisation, au fonctionnement et au contrôle du marché financier régional de l'UEMOA.

TABLE DES MATIÈRES

Avertissement **1**

Dédicace **2**

REMERCIEMENTS **3**

LISTE DES ABRÉVIATIONS ET SIGLES **4**

SOMMAIRE **9**

INTRODUCTION GÉNÉRALE **10**

PREMIÈRE PARTIE : LA RELATIVE EFFICACITÉ DU RÉGIME DE PROTECTION DES ACTIONNAIRES MINORITAIRES **29**

TITRE 1. LA PROTECTION DES ACTIONNAIRES MINORITAIRES **30**

SUR LE PLAN POSITIF **30**

Chapitre 1 : La nature des droits des actionnaires minoritaires 31

Section 1. La reconnaissance des droits lors des assemblées d'actionnaires 31

Paragraphe 1 : La reconnaissance des droits extra-pécuniaires 31

A. Le droit de regard de l'actionnaire minoritaire sur la question de la société .. 32

1. Le droit de faire partie de la société 32

2. Le droit de prendre part aux assemblées 35

B. Le droit de contrôle des actionnaires minoritaires 36

1. Le contrôle par le vote 36

2. Le contrôle par l'information 38

Paragraphe 2 : La reconnaissance des droits patrimoniaux des actionnaires minoritaires 41

A. La vocation aux bénéfices 41

1. Les exigences relatives aux bénéfices distribuables 42

2. Le droit de souscription à l'augmentation de capital. 43

B. Le droit aux dividendes de l'actionnaire 44

1. Le traitement préférentiel de souscription 45

2. La gestion des fonds des actionnaires minoritaires 47
Section 2. Les sanctions des violations des droits des actionnaires minoritaires 49
Paragraphe 1 : Les sanctions possibles à titre principal 50
A. La répression des actes compromettants 50
1. L'abrogation des actes faisant grief 50
a. Le cas d'une violation expresse de l'Acte uniforme 51
b. Le cas d'invalidité fondée sur le droit des contrats 53
2. La nullité des actes faisant grief 57
B. La mise en application de la nullité 57
1. Le droit d'engager une action en nullité 57
2. Le régime des actions en nullité. 59
Paragraphe 2 : L'exception aux sanctions d'application 63
A. La désignation d'un ou des administrateurs provisoires 63
B. La mission de l'administrateur provisoire 65
Chapitre 2. La protection des actionnaires lors des assemblées 68
Section 1. Les limites de l'abus de la majorité dans la protection des minoritaires 68
Paragraphe 1 : Les difficultés d'appréciation de la notion d'abus de majorité 69
A. La difficile appréhension de la notion d'actionnaire majoritaire 69
B. La mesure de la notion de l'abus de majorité 71
Paragraphe 2 : La sanction des abus de vote 73
A. Une opposition excessive 73
B. L'abus dans le processus de vote à la majorité 75
C. L'absence de décision injustifiée 76
Section 2. L'intérêt social, boussole de protection des minoritaires 78
Paragraphe 1 : La notion d'intérêt social 78
A. Controverses doctrinales autour de la notion d'intérêt social 78
B. Le rôle crucial de l'intérêt social défini par la loi uniforme 80

Paragraphe 2 : Les mesures protectrices de *l'affectio societatis* 82

A. La subordination des intérêts catégoriels aux intérêts sociaux 82

B. L'appréciation du préjudice aux actionnaires minoritaires 86

CONCLUSION DU TITRE 1..... 90

TITRE 2. LES INSUFFISANCES DE LA MISE EN ŒUVRE DES MOYENS DE PROTECTIONS..... 91

Chapitre 1. La mise en œuvre difficile des droits des actionnaires minoritaires lors des assemblées..... 92

Section 1. Les lacunes liées à la faible participation des actionnaires minoritaires..... 92

Paragraphe 1 : La faible participation aux assemblées 92

A. La pratique des votes par correspondance..... 93

B. La pratique de vote par visioconférence..... 95

Paragraphe 2 : La faible utilisation des TIC..... 97

A. Le rôle des TIC dans le traitement des informations sociétales favorisant les actionnaires minoritaires 97

B. La résolution des problèmes de négligence en matière de TIC..... 98

Section 2. Les distorsions relatives à la représentation des actionnaires 99

Paragraphe 1 : Les différences liées à la représentation en vertu de l'article 538 de l'AUSCGIE 99

A. L'exagération relative à la formation du contrat de représentation..... 100

B. La difficulté de la représentation..... 103

Paragraphe 2 : La spécificité de la représentation..... 106

A. La représentation des actionnaires incapables 106

B. La représentation judiciaire..... 109

Chapitre 2. La relativité des droits d'expressions aux assemblées..... 112

Section 1. Les changements profonds dans le suffrage des minoritaires 112

Paragraphe 1 : Le droit de vote principalement utilisé à d'autres fins..... 113

A. Les obstacles suivant la prise de décision 113

B. Les contestations abusives 115
Paragraphe 2 : Le comportement abusif des minorités 117
A. De l'abus de comportement 117
B. Les sanctions applicables 121
Section 2. Le recours aux modes alternatifs de règlement de différends pour une protection efficace (MARD) des minoritaires 129
Paragraphe 1 : La transparence, un atout pour les minoritaires 129
A. La transparence comme moyen de protection 130
B. La confidentialité dans la transparence comme bouclier de protection des minoritaires contre les tiers 134
Paragraphe 2 : L'exécution de l'accord de médiation en droit OHADA 137
A. La force obligatoire de l'accord de médiation 138
1. La valeur de l'accord écrit 139
a. L'exigence d'un constatant de l'accord de médiation 139
b. La force abstraite de l'accord de médiation 140
2. L'autorité de la chose transigée. 142
a. Le dépôt au rang des minutes d'un notaire 142
b. L'homologation de l'accord ou d'exequatur 144
B. Les issues de l'accord de médiation 145
CONCLUSION DU TITRE 2 154
DEUXIÈME PARTIE : L'AFFINEMENT DU SYSTÈME DE PROTECTION DES ACTIONNAIRES MINORITAIRES POUR UNE PLUS GRANDE EFFICACITÉ 155
TITRE 1. LA PROTECTION CONTRE DES ACTES COMPROMETTANT LA GESTION DE LA SOCIÉTÉ 157
Chapitre 1 : La mise en place de procédures spécifiques permettant d'identifier les actes opposant les intérêts des actionnaires minoritaires 158
Section 1. Le déclenchement proprement dit de la procédure juridictionnelle 159
Paragraphe 1 : L'applicabilité de la procédure 159

A. La compétence managériale de l'expert 159
1. L'importance de l'expertise 159
2. Le domaine de l'expertise de gestion 161
B. La mise en pratique de l'expertise de gestion 163
1. La qualité requise 163
a. Le droit aux minoritaires 163
b. Une action inclusive 164
2. Le fond de la demande et l'issue de la procédure 166
a. Le justificatif de la demande 166
b. La désignation proprement dite d'un expert 167
Paragraphe 2 : Les atteintes aux prérogatives des actionnaires minoritaires 167
A. Les limites quant à la procédure de l'expertise de gestion 168
1. La faiblesse des moyens d'action 168
2. Le manque de la rapidité de la procédure d'expertise de gestion 169
B. L'expertise *in futurum* 170
1. Les conditions du déclenchement de l'expertise in futurum 170
2. Les effets de la procédure in futurum 171
Section 2. La procédure non juridictionnelle : l'alerte 171
Paragraphe 1 : La mise en action de la procédure d'alerte 172
A. Les critères de déclenchement 172
B. Les détenteurs du droit d'alerte 175
1. Les prérogatives d'alerte du commissaire aux comptes 175
2. Les prérogatives accordées aux actionnaires 177
C. L'exercice d'alerte proprement dite 179
1. La conduite de l'alerte par le commissaire aux comptes 179
2. La responsabilité du commissaire aux comptes 180
3. Le déclenchement de la procédure par les actionnaires 184

Paragraphe 2 : La reconnaissance du droit d'alerte au salarié : un moyen efficace186
A. La relative efficacité de la participation des salariés 186
1. La limite inhérente à la participation 187
2. Une information renforcée 189
B. Une forme atténuée d'actionnariat 192
1. L'absence des prérogatives visant la détention d'actions dans l'AUSCGIE. 193
2. La spécificité de l'actionnariat salarié 194
Chapitre 2 : L'application rigoureuse des sanctions consécutives aux investigations ... 197
Section 1. Les sanctions applicables aux dirigeants sociaux 198
Paragraphe 1 : L'organisation de la responsabilité des dirigeants fautifs 198
A. Une responsabilité résultant du manquement au devoir de légalité 198
1. La responsabilité pour violation des lois et règlements 198
2. La responsabilité pour violation des clauses statutaires 200
B. Une responsabilité découlant du manquement aux devoirs fiduciaires 202
1. Le non-respect du devoir de loyauté 202
2. Le non-respect du devoir de diligence 204
Paragraphe 2 : La responsabilité des dirigeants à l'égard des actionnaires 206
A. La responsabilité des dirigeants à l'égard des actionnaires 207
1. Une responsabilité limitée du dirigeant à l'égard des actionnaires des sociétés non cotées 207
2. Une responsabilité étendue du dirigeant à l'égard des actionnaires 209
B. La responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers 211
1. La clarification de la notion de tiers 211
2. La nécessité d'une faute personnelle du dirigeant séparable de ses fonctions 213
Section 2. Les actions en responsabilité contre les dirigeants 216
Paragraphe 1 : L'exercice de l'action en responsabilité 216

A. L'exercice de l'action sociale 217
1. La qualité à agir du dirigeant dans l'action sociale *ut universi* 217
2. L'intérêt à agir de l'associé dans l'action sociale ut singuli 219
B. L'exercice de l'action individuelle 221
1. La faute des dirigeants sociaux 221
2. Le préjudice personnel subi par les actionnaires minoritaires 222
Paragraphe 2 : Les sanctions applicables 224
A. L'annulation des actes de gestion 224
1. Le régime étendu de l'annulation des actes de gestions 225
2. La pluralité des effets de l'annulation des actes de gestion 226
B. Les autres sanctions des dirigeants sociaux 227
1. Les sanctions patrimoniales 227
2. Les sanctions extrapatrimoniales 229
CONCLUSION DU TITRE 1 231
TITRE 2. LA FAIBLESSE DES MOYENS EN PLACE ET LES IMPÉRATIFS DE RÉFORMES 232
Chapitre 1 : La garantie des actionnaires minoritaires aux institutions financières intermédiaires 233
Section 1. La représentation des droits pécuniaires des actionnaires 233
Paragraphe 1 : Les acteurs représentés 234
A. Les représentants de la société classique 234
B. Les acteurs pour les titres cotés 236
Paragraphe 2 : Les actes représentatifs 240
A. La gestion des titres des actionnaires des minoritaires 240
B. Les intermédiaires financiers 242
C. La gestion d'actifs des actionnaires minoritaires 245
Section 2. La sécurisation insuffisante des droits des actionnaires 248

Paragraphe 1 : Les restrictions relatives aux régulateurs des marchés de valeurs mobilières 249
A. La discrétion relative à la nature juridique et à l'indépendance de l'organisme de réglementation 249
1. Discussion sur la nature juridique des autorités de régulation des marchés de valeurs mobilières 250
2. La mise en cause de l'indépendance des intermédiaires financiers 251
B. L'efficacité relative des mécanismes de contrôles 253
Paragraphe 2. Les lacunes dans la sanction des intermédiaires financiers fautifs . 256
A. L'amélioration de la répression pénale 257
1. L'étendue de la répression pénale 257
2. L'efficacité relative de la répression pénale 259
B. L'étendue de la responsabilité civile 260
1. Une obligation générale d'information 261
2. Les limites de la responsabilité des intermédiaires financière 262
Chapitre 2. Les défaillances du dispositif de protection et les axes de réflexion 265
Section 1. Les limites relatives aux dispositifs de protection 265
Paragraphe 1 : L'insuffisance des moyens de protection 265
A. Les limites des moyens de détection précoce des actes de gestion 265
1. Les dangers d'une intervention intempestive du juge dans la société 266
2. L'absence de consécration expresse d'une responsabilité en cas d'entrave à l'expertise de gestion 267
B. Les difficultés d'exercice des actions en responsabilité 269
1. Les obstacles liés à l'établissement des responsabilités 270
2. Le caractère bénin de la responsabilité civile en tant que sanction 272
Paragraphe 2 : Le cas des sociétés en difficulté. 272
A. La faute, condition de l'action en comblement du passif 273
1. Une faute caractérisée du dirigeant 273

2. Une faute dans l'exercice des fonctions du dirigeant 278

B. Le dommage, condition de l'action en comblement du passif 280

1. Un dommage découlant de la faute du dirigeant 281

2. Un dommage subi par la société 283

Section 2. La nécessité d'un renforcement des mécanismes de mise en jeu de la responsabilité des dirigeants de société anonyme 286

Paragraphe 1 : L'existence d'obstacles à la mise en jeu de la responsabilité civile des dirigeants de société anonyme 287

A. La variabilité de la prescription 287

1. L'effet atténué de la prescription triennale 287

2. L'effet exceptionnel de la prescription décennale 288

B. Les spécificités des autres obstacles 289

1. L'interdiction de la paralysie de l'action en responsabilité 290

2. L'admission de la transaction 291

Paragraphe 2 : L'opportunité d'une facilitation de la mise en jeu de la responsabilité civile des dirigeants de société anonyme 292

A. Une meilleure protection de la victime par des réformes touchant la prescription de l'action en responsabilité 292

1. La reconnaissance d'un nouveau point de départ du délai de prescription 292

2. La prescription d'une durée plus longue 294

B. Un renforcement de la protection par l'assurance responsabilité des mandataires sociaux. 294

1. Le principe de l'assurance responsabilité des mandataires sociaux 294

2. Les garanties accordées par le contrat 296

CONCLUSION DU TITRE 2 299

CONCLUSION GÉNÉRALE 301

BIBLIOGRAPHIE 306

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX 306

II. OUVRAGES SPÉCIAUX 308

III. THÈSES ET MONOGRAPHIES 309

IV. ARTICLES ET CHRONIQUES 311

V. JURISPRUDENCE 327

❄ OHADA 327

❄ JURISPRUDENCE FRANÇAISE 329

VI. NOTES ET OBSERVATIONS 333

VII. LÉGISLATION 334

TABLE DES MATIÈRES 337

Résumé :

Susceptible d'être lésés dans leurs droits représentés par les actions dont ils disposent, les minoritaires dans une société anonyme, ont besoin d'être protégés « non parce qu'ils sont minoritaires, mais parce que leurs intérêts apparaissent comme dignes de protection ».

Il n'est pas rare dans le cadre du fonctionnement de la société anonyme d'assister à la prise de décisions contraires, non seulement à l'intérêt des minoritaires, mais également à l'intérêt social, par les actionnaires majoritaires dans l'unique dessein de satisfaire les membres de la majorité au détriment des autres actionnaires. Cette tendance à l'écrasement des minoritaires entraîne des conflits, sinon des oppositions entre actionnaires conduisant à la constitution de blocs antagonistes dont l'attitude peut provoquer une crise au sein de la société. L'étude réside dans l'analyse des garanties et dans la recherche constante d'une protection efficace qu'offrent le législateur et l'autorité du marché financier aux investisseurs minoritaires dans l'espace OHADA. Cette étude étendue en droit français existe aussi en droit OHADA.

Mots clé : Droit OHADA, droit Français, sociétés anonymes, actionnaires minoritaires, actionnaires majoritaires, droit à l'information, intérêt social, marché financier OHADA.

Abstract:

Likely to be infringed in their rights represented by the actions at their disposal, minority shareholders in a public limited company need to be protected "not because they are in the minority, but because their interests appear to be worthy of protection".

It is not uncommon in the context of the operation of the limited company to witness the taking of decisions contrary, not only to the interests of the minority shareholders, but also to the corporate interest, by the majority shareholders in the sole purpose of satisfying the members of the majority to the detriment of the other shareholders. This tendency to crush minorities leads to conflicts, if not oppositions between shareholders leading to the formation of antagonistic blocs whose attitude can provoke a crisis within society. The study lies in the analysis of guarantees and in the constant search for effective protection offered by the legislator and the financial market authority to minority investors in the OHADA area. This extended study in French law also exists in OHADA law.

Key words: OHADA law, French law, limited companies, minority shareholders, majority shareholders, right to information, social interest, OHADA financial market.