

**UNIVERSITE ASSANE SECK DE ZIGUINCHOR**  
**UFR SCIENCES ECONOMIQUES ET SOCIALES**  
**DEPARTEMENT DES SCIENCES JURIDIQUES**



**MEMOIRE DE MASTER EN DROIT PRIVE**  
**Spécialité : Droit Privé Fondamental**

**Sujet :**  
**La notion d'intérêt social dans l'AUSCGIE révisé**

**Mémoire soutenu le 22 Mars 2019**

Présenté par :

**Monsieur Moussa DIAWARA**

Sous la direction de :

**Madame Diélya Yaya WANE,**

**Maitre - Assistant**

**Université Assane Seck de Ziguinchor**

**Membre du jury**

**Président : Pr Jean Louis CORREA**

**Membre : Dr Geneviève Bremond SARR**

**Membre : Dr Diélya Yaya WANE**

Année Universitaire 2017-2018

*« L'université ASSANE SECK de Ziguinchor n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire ; ces opinions doivent être considérées comme étant propres à leur auteur »*



## DEDICACES

*A la mémoire de mon père,*

*A ma mère,*

*A ma Dame,*

*A mes enfants,*

*A toute la famille,*

*A mes collègues, M. CISSE, M. N'GOM, M. DOUCOURE, M. SAGNA*

*A mes amis*



## REMERCIEMENTS

*Je tiens à exprimer ma dette intellectuelle à l'endroit de mon encadreur, **Dr. Diélya Yaya WANE**, qui, par son écoute, son accompagnement et la finesse de ses critiques a permis la réalisation et l'achèvement de ce modeste travail. Merci de votre extraordinaire propension à m'avoir toujours poussé au-delà de moi-même dans la justesse et pour la clarté.*

*Je tiens également à exprimer mes vives reconnaissances au coordinateur du master, **Dr. Khalifa Ababacar KANE** et à tout le corps professoral du Département de Droit de l'Université Assane SECK de Ziguinchor pour leur enseignement.*

*Enfin, que toutes les personnes qui ont enrichi cette recherche soient assurées de ma profonde gratitude **Dr Thierno Amadou N'DIOGOU**, Enseignant à l'UCAD, **M. Younouss SANE**, assistant à l'UASZ, **M. Dembo DIAOULA**, **M. Amadou DIALLO**, **M. Aliou Sylla**.*

## LISTE DES SIGLES, ABREVIATIONS ET ACRONYMES

**AGE** : Assemblée générale extraordinaire

**AGO** : Assemblée générale ordinaire

**Al.** ou **al.** : Alinéa.

**Art.** ou **art.** : Article.

**AUDCG** : Acte Uniforme sur le Droit Commercial Général.

**AUSCGIE** : Acte Uniforme sur le droit des Sociétés commerciales Commerciale et des Groupements d'Intérêt Economique.

**Bull. Civ.** : Bulletin des Arrêts de la Cour de Cassation Chambre Civile.

**Cass. Civ.** : Chambre Civile Cour de Cassation.

**Cass. Com.** : Chambre Commerciale Cour de Cassation.

**Comm.** : Commentaires.

**Concl.** : Conclusions.

**D. Chron.** : Dalloz Chroniques.

**D. J.** : Dalloz Jurisprudence.

**D. Somm.** : Dalloz Sommaires Commentés.

**D.** : Dalloz.

**Dr. Soc.** : Droit Social.

**Éd.** ou **éd** : Édition.

**Ibid.** : Au même endroit.

**CCJA** : Cour Commune de Justice et d'Arbitrage.

**Bull.** : Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation.

**CA** : Cour d'Appel.

**C. Civ.** : Code Civil Français.

**C. Com.** : Code de Commerce Français.

**C. F.** : Code de la Famille du Sénégal.

**COCC** : Code des Obligations Civiles et Commerciales.

**SA** : Société Anonyme.

**Cass. Ass. Plén.** : Cour de Cassation Assemblée plénière.

**J. C. P.** : Juris Classeur Périodique.

**JORF** : Journal Officiel de la République Française.

**JO** : Journal Officiel.

**LGDJ** : Librairie Générale de Droit et de la Jurisprudence.

**LPA** : Les Petites Affiches.

**L** : Loi.

**N°.** ou **n°.** : Numéro.

**OHADA ou Ohada** : Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires.

**Obs.** : Observations.

**OPA** : Offre Publique d'Achat.

**Op. Cit.** : Cité plus haut.

**P. ou p.** : Page.

**PUAM** : Presse Universitaire d'Aix-Marseille.

**PUF** : Presse Universitaire Française.

**pp.** : Pages.

**RDC** : Revue Des Contrats.

**Rèv.** ou **rèv.** : Revue.

**RJDA** : Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires.

**RTD Civ.** : Revue Trimestrielle de Droit Civil.

**RTD Com.** : Revue Trimestrielle de Droit Commercial.

**RHD** : Revue Histoire du Droit.

**S.** ou **ss.** : Suivants.

**SARL** : Société à Responsabilité Limitée.

**SCS** : Société en Commandite Simple.

**SNC** : Société en Nom Collectif.

**Soc.** : Société.

**Somm.** : Sommaire.

**Spéc.** : Spécial.

**T.** : Tome.

**Th.** ; Thèse.

**V.** ou **v.** : Voir.

**Vol.** ou **vol.** : Volume.

## SOMMAIRE

<b>DEDICACES</b> .....	<b>II</b>
<b>REMERCIEMENTS</b> .....	<b>III</b>
<b>LISTE DES SIGLES, ABREVIATIONS ET ACRONYMES</b> .....	<b>IV</b>
<b>SOMMAIRE</b> .....	<b>VI</b>
<b>INTRODUCTION</b> .....	<b>I</b>
<b>TITRE I : L'INTERET SOCIAL, L'INTERET DES ASSOCIES</b> .....	<b>11</b>
CHAPITRE I : L'INTERET SOCIAL, UNE APPROCHE CONTRACTUELLE EN DROIT DES SOCIETES .....	12
<i>Section I : L'intérêt social, fondement de la constitution de la société commerciale</i> .....	12
<i>Section II : L'intérêt social, finalité du fonctionnement de la société commerciale</i> .....	26
CHAPITRE II : L'INTERET SOCIAL, UN LEVIER AU PROFIT DES ASSOCIES .....	41
<i>Section I : L'intérêt social, un instrument de protection des associés</i> .....	41
<i>Section II : L'intérêt social, un moyen d'actions pour les associés</i> .....	53
<b>TITRE II : L'INTERET SOCIAL, L'INTERET DE L'ENTREPRISE</b> .....	<b>69</b>
CHAPITRE I : L'INTERET SOCIAL, UNE APPROCHE INSTITUTIONNELLE EN DROIT DES SOCIETES OHADA .....	70
<i>Section I : L'intérêt social, l'intérêt de la personne morale</i> .....	70
<i>Section II : L'intérêt social, l'intérêt d'une entité économique</i> .....	84
CHAPITRE II : L'INTERET SOCIAL, UN FONDEMENT DE L'INTERVENTION DES TRAVAILLEURS DANS LA VIE DE LA SOCIETE .....	97
<i>Section I : Une intervention affirmée en droit Ohada</i> .....	97
<i>Section II : Une intervention limitée en droit Ohada</i> .....	110
<b>CONCLUSION</b> .....	<b>123</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	<b>125</b>
<b>TABLE DES MATIERES</b> .....	<b>131</b>

## INTRODUCTION

En faisant remarquer que « *l'homme le plus désintéressé n'est pas moins sous la puissance de l'intérêt que l'homme le plus intéressé* », Jeremy BENTHAM<sup>1</sup> pose le postulat que tout homme est guidé par la recherche de son intérêt. Cette pensée, issue de la philosophie utilitariste du 18<sup>ème</sup> siècle, trouve écho également chez les économistes néoclassiques. Un auteur<sup>2</sup> reconnaît à ce propos que « *l'homme maximalise de façon rationnelle ses buts dans la vie, ses satisfactions, ce que nous appellerons son propre intérêt* ».

Le droit ne doit pas rester en marge de cette mouvance. En effet, « *les bases du droit, l'adhésion de l'homme aux règles de la vie en société, seraient fondées sur le plaisir et l'utilité qu'il peut en tirer : c'est donc la satisfaction de son intérêt, son bonheur maximal, que l'être social rechercherait avant tout* <sup>3</sup> ».

Loin d'être un partisan de l'utilitarisme, relever ces faits ne revient pas à défendre quelque doctrine utilitariste. Il s'agit seulement de prendre acte du rôle déterminant de l'intérêt dans la vie de l'homme. Et nous nous accordons de reconnaître que le droit et l'économie doivent alors à terme permettre la satisfaction du plaisir pour le plus grand nombre de personnes avec le moins de peine possible.

Pour ce faire, l'entreprise demeure un courant moyen utilisé par les hommes. Les sociétés commerciales n'ont cessé d'être l'instrument juridique privilégié des entrepreneurs dans l'exercice de leur activité. Leur développement est allé de pair avec celui des découvertes et des progrès industriels et scientifiques. Et RIPERT<sup>4</sup> de préciser que le développement du machinisme industriel au XIX<sup>ème</sup> siècle s'est accompagné de la naissance de ce « *merveilleux instrument du capitalisme* » qu'est la SA [Société Anonyme].

---

<sup>1</sup> J. BENTHAM, *Deontology*, Vol 1, p. 83 et ss., cité par A. STROWEL., « *A la recherche de l'intérêt en économie. De l'utilitarisme à la science économique néoclassique* » in *Droit et intérêt*, sous la direction de P. GERARD, F. OST et M. VAN de KERCHOVE, vol 1, *Approche interdisciplinaire*, Publications des Facultés universitaires, Saint-Louis, Bruxelles, 1990, p. 37.

<sup>2</sup> R. A. POSNER, Contre BENTHAM, *Economic analysis of law*, Little, Brown et Compagny, 3<sup>ème</sup> éd, 1986 cité par M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, LGDJ, 1992, p. 13, in M. A. MOUTHIEU NJANDEU, *L'intérêt social en droit des sociétés*, l'Harmattan-Paris, coll. Etudes africaines, 2009, p. 17.

<sup>3</sup> P. Y. GAUTIER, Contre BENTHAM : « *L'utilité et le droit* », RTD civ, 1995, p. 797, in M. A. MOUTHIEU NJANDEU, *Ibid* p. 17.

<sup>4</sup> G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd, 1951, p.109.

Toutefois, la nature juridique de la société demeure un débat dont les termes et les enjeux ne sont pas clairement fixés<sup>5</sup>. En effet, comme le reconnaît cet auteur<sup>6</sup>, si le Code civil avait originellement perçu la société comme un contrat<sup>7</sup>, cette analyse purement contractuelle fut remise en cause. A partir de la fin du XIX<sup>ème</sup>, la doctrine fit application en la matière de la théorie publiciste de l'institution<sup>8</sup>. La société ne devint plus un pur produit de la volonté égoïste de ses membres, au regard du principe majoritaire, du développement d'une réglementation contraignante et principalement du souci d'assurer la pérennité de l'entreprise.

Désormais, elle [la société] s'illustre par l'existence d'une personne morale. Or, poursuit un auteur<sup>9</sup>, « *la théorie de la personnalité morale a un corollaire en droit des sociétés : l'existence d'un intérêt social, distinct de la somme des intérêts des associés et dépassant dès lors les volontés individuelles* ».

Retournée en tout temps et tous sens par quelques-unes des plumes les plus talentueuses de la doctrine<sup>10</sup> et la jurisprudence<sup>11</sup>, la problématique de l'intérêt social en droit des sociétés ne pouvait laisser indifférent le législateur Ohada<sup>12</sup>.

---

<sup>5</sup> J. CL. MAY, *La société : contrat ou institution ? de l'ouvrage coordonné par B. BASDEVANT-GAUDEMET, Contrat ou institution : un enjeu de société*, LGDJ, 2004, p.122 ; J. P. BERTREL, « *Liberté contractuelle et société, essai d'une théorie du juste milieu en droit des sociétés* », RTD com, 1996, p. 595 ; *Le débat sur la nature de la société*, Mélanges, A. SAYAG, Litec, 1997 ; Voir également les notations originales d'A. COURET, « *les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés* », Rev sociétés, 1984, p. 243.

<sup>6</sup> M. COZIAN, A. VIANDIER, et FI DEBOISSI, *Droit des sociétés*, 17<sup>ème</sup> éd., Litec, 2004, n° 14, p. 5.

<sup>7</sup> L'ordonnance n° 2016-131 a procédé à la modification du Code civil en quelques unes de ses dispositions parmi lesquelles la définition du contrat. L'art. 1101 dispose que « *Le contrat est un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ». L'art. 40 al. 1<sup>er</sup> du COCC définit « *le contrat [comme] un accord de volonté générateur d'obligations* ».

<sup>8</sup> « *Une institution est une organisation sociale, c'est-à-dire une organisation faite d'une collectivité d'individus. En même temps, cette organisation doit avoir elle-même une individualité forte pour être reconnue et nommée. Par ce double fait qu'elle intéresse une collectivité et qu'elle a une existence propre due à son organisation, elle dépasse l'individu humain. Elle subsiste malgré les mutations qui peuvent se reproduire dans son intérêt personnel. Cela lui donne une réalité sociale, l'institution est la véritable réalité sociale.* » V. M. HAURIUO, *L'institution*, chap. II, in « *Les principes du droit public* », Sirey 1910, p. 123 et ss. Spéc. p. 129 cité par M. C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, Paris 1998, n°753, p. 315.

<sup>9</sup> V. M. A. MOUTHIEU NJANDEU, op. cit. p. 16 et ss.

<sup>10</sup> J. SCHAPIRA, « *L'intérêt social et le fonctionnement des sociétés anonymes* », RTD com, 1971, p. 62 et ss ; G GOFFAUX-CALLEBAUT, « *La définition de l'intérêt social, Retour sur la notion après les évolutions législatives récentes* », RTD com, 2004, Articles pp. 35 et ss. D. SCHMIDT, *De l'intérêt social*, JPC 1995, éd. E, I, n° 488, p. 361 et ss.

<sup>11</sup> Civ. 2<sup>e</sup> 28 janv. 1954, D. 1954 217, note G. LEVASSEUR ; JCP 1954, II, 7978, concl. Lemoine, in V. J. V PAGNUCCO, art. Préd cité RTD com. 2012, p. 55 ; L. AYNES, com. sous Civ. 1, 19 mai 1987, D., 1987, som. 445 ; CA Paris, 22 mai 1965, JCP 1965, II, n° 14274 bis, concl. Avoc. Gén. NEPVEU., D. 1968, chron., p. 45, R. COTIN.

<sup>12</sup> OHADA, signifie Organisation pour l'Harmonisation du droit des Affaires en Afrique. Elle a vu le jour avec le Traité de Port-Louis du 17 octobre 1993, modifié en 2008. Elle a mis en place plusieurs actes uniformes à cet effet.

Loin des controverses doctrinales<sup>13</sup> qui ont suivi la dernière réforme de l'AUSCGIE<sup>14</sup>, l'orientation prise par le législateur Ohada est l'attractivité du droit en vue d'attirer les investisseurs<sup>15</sup>. Pour ce faire, il a adapté l'AUSCGIE au contexte économique et financier de la mondialisation en offrant aux entreprises africaines un droit des sociétés moderne, souple, transparent et tirant parti des nouvelles technologies. Ainsi, en évitant des recherches coûteuses et complexes sur les garanties prévues par un droit étranger, la coordination des règles sociétaires a été incontestablement facteur de modernisation pour les entreprises communautaires et leurs partenaires commerciaux<sup>16</sup>.

Pour rappel, l'article 4 de l'AUDSCGIE<sup>17</sup> qui donne une définition de la société commerciale, rappelle en son alinéa deuxième que la société doit être créée dans l'intérêt commun des associés. Dans ce cas, l'AUSCGIE révisé opte pour un intérêt social traduisant un intérêt commun des associés.

« Une réponse affirmative ne s'impose point car l'une des vocations de l'AUSCGIE est d'assurer la pérennité des entreprises en Afrique<sup>18</sup> ». De surcroît, la notion d'intérêt commun des associés est polémique<sup>19</sup>. Dès lors, il s'avère pertinent de s'interroger sur **la notion d'intérêt social**.

---

<sup>13</sup> V., B. Y. MEUKE, « De l'intérêt social dans l'AUSCGIE de l'OHADA », AHODATA D-06-24 ; P. S. A. BADJI, « Les orientations du législateur OHADA dans l'AUSCGIE, révisé », rev. ersurma n°06, janv. 2016 p. 9. ; D. Y. WANE, « La réforme du droit Ohada des sociétés commerciales : modernisation du droit applicable ou conformisme législatif ? » par la Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique, Publié en janvier 2016, consulté le 12 jan. 2018, disponible sur <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/la-reforme-du-droit-ohada-des.html>.

<sup>14</sup> L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique a été adopté le 17 janvier 1997 à Cotonou au Bénin et publié au journal officiel de l'OHADA à Yaoundé le 11 octobre 1997. Il est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1998. Après quelques années d'application, la révision de l'AUSCGIE poursuit comme principaux objectifs l'actualisation, la modernisation et l'adaptation du texte d'origine aux exigences actuelles de la gouvernance des entreprises. Ainsi, l'AUSCGIE est révisé et adopté le 30 janvier 2014 à Ouagadougou et entré en vigueur le 5 mai 2014.

<sup>15</sup> P. S. A. BADJI, « Les orientations du législateur OHADA dans l'AUSCGIE révisé », rev. ersurma n°06, janv. 2016 p. 9.

<sup>16</sup> D. Y. WANE, pré. cit.

<sup>17</sup> « 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.

<sup>18</sup> B. Y. MEUKE, pré. cit., p. 6

<sup>19</sup> « On sait que les *actionnaires-investisseurs* préfèrent généralement maximiser leurs profits à court terme plutôt que d'assurer la pérennité de l'entreprise dans laquelle ils investissent. L'intérêt social pour eux relève exclusivement de la seule recherche de profit. A contrario, pour les *actionnaires-entrepreneurs*, l'intérêt social repose aussi et surtout sur la croissance de la société à long terme. » B. Y. MEUKE, op. cit., p. 6.

**La notion d'intérêt** reste et demeure la pierre angulaire de notre réflexion. Le contrat de société comme tout contrat est dicté par la recherche d'un intérêt. Cette notion d'intérêt<sup>20</sup> est primordiale dans la pensée économique<sup>21</sup>.

Depuis son apparition au treizième siècle jusqu'à nos jours<sup>22</sup>, la notion d'intérêt a emprunté diverses significations. Cette difficulté de définir cette notion est perceptible en droit, en ce sens qu'elle peut englober des éléments patrimoniaux : dommages et intérêts, prêts à intérêt... Cette notion peut aussi englober des éléments extrapatrimoniaux : intérêt à agir, intérêt général, intérêt public, intérêt de l'enfant, intérêt de la personne, intérêt de la famille, du syndicat.

Somme toute, quoique difficile à systématiser, la notion d'intérêt fait rejaillir l'idée de *valeur, d'avantage et c'est ce qui motive les individus à agir*<sup>23</sup>. Nous y adhérons parfaitement. Et dans le cadre de notre réflexion, elle doit être appréhendée de la façon la plus large et peut englober aussi bien l'intérêt matériel que l'intérêt moral. La doctrine aiderait-elle à y voir plus claire ?

Dans une vision purement libérale, une partie de la doctrine<sup>24</sup> assimile l'intérêt social à l'intérêt commun des associés. En effet, cette approche contractuelle de la société puise sa substance des articles 1832<sup>25</sup> et 1833<sup>26</sup> du code civil avant ordonnance 2016-131 dont la

---

<sup>20</sup> J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, thèse, LGDJ, 1999, n°77 et ss, in M. A. MOUTHIEU NJANDEU, op. cit. p. 16.

<sup>21</sup> A. STROWEL, *A la recherche de l'intérêt en économie, De l'utilitarisme à la science économique néoclassique*, in *Droit et intérêt*, sous la direction de P. GERARD, F. OST et M. VAN de KERCHOVE, Vol 1, *Approche interdisciplinaire*, Publications des Facultés Saint-Louis, Bruxelles, 1990, p. 37.

<sup>22</sup> Le mot « *interest* » signifié « *dommage, préjudice* », il prend par la suite une autre signification mais avec une connotation de dommage et de la réparation de celui-ci : on voit apparaître des expressions comme *dommages et intérêts*. Au 15<sup>ème</sup> siècle, le mot prend le sens d'un dédommagement dû pour un prêt d'argent, puis apparaissent des formules comme « *avoir intérêt à* », ou « *porter de l'intérêt à* » pour désigner « *prendre soin de* » ou « *affectionner* ». Le mot intègre la politique voire l'esthétique et même l'anthropologie avec respectivement *l'intérêt public, l'intérêt de l'Etat, l'intérêt de la personne*, voir G. BRAIVE, *L'historien et l'équivocité du concept d'intérêt, Aspects critiques et sémantiques*, in *Droit et intérêt*, sous la direction de P. GERARD, F. OST et M. Van de KERCHOVE, vol, *Approche interdisciplinaire*, Publications des Facultés Saint-Louis, Bruxelles, 1990, p. 37.

<sup>23</sup> T. HASSLER, « *L'intérêt commun* », RTD com, 1984, p. 582

<sup>24</sup> D. SCHMIDT, « *De l'intérêt commun des associés* », JPC 1994, I, n°3793, p. 440 ; « *De l'intérêt social* », JPC 1995, éd. E, I, n° 488, p. 361 et s. Dominique de son prénom, il a été l'un des fervents souteneurs de cette thèse contractuelle de l'intérêt social.

<sup>25</sup> « 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. »

<sup>26</sup> « Toute société doit être (...) constituée dans l'intérêt commun des associés. »

« transposition » en droit Ohada est l'article 4 de l'AUDSCGIE : est-ce au nom du mimétisme juridique ou de la mondialisation du droit<sup>27</sup> ?

Une autre partie de la doctrine assimile la société à une institution<sup>28</sup>. Cette approche invite à une analyse micro-économique et macro-économique de la société<sup>29</sup>. La première assimile l'intérêt social à celui de la société entendue comme une entité juridique, celle de la personne morale. La seconde<sup>30</sup> assimile l'intérêt social à celui de l'entreprise qui assure ainsi la fusion de l'intérêt des associés, des dirigeants, des travailleurs, du fisc, des créanciers, des fournisseurs, des clients et de tous autres agents participant au fonctionnement de l'entreprise<sup>31</sup>. Pour remédier à cette controverse doctrinale, la jurisprudence mérite d'être interrogée.

Là aussi, il semble que la jurisprudence ne donne pas une définition précise du contenu de l'intérêt social. Le juge prend en compte tantôt l'intérêt des associés, tantôt l'intérêt de la société, tantôt l'intérêt de l'entreprise<sup>32</sup>.

Il s'avère inutile de rappeler que l'intérêt social n'a pas de définition unanime, c'est une notion variable. Tantôt, il est appréhendé comme *une clé juridique*<sup>33</sup> permettant de concilier les différents intérêts distincts au sein de l'entreprise en opérant une dissociation entre la propriété du capital et l'entreprise. Tantôt, il est appréhendé comme *une boussole*<sup>34</sup> en indiquant la conduite à suivre et en permettant de détecter les déviations, de les éviter et de les réprimer au besoin. Tantôt, il est appréhendé comme *instrument de police de la société*<sup>35</sup>. Ce

---

<sup>27</sup> V. D. Y. WANE. Op. cit.

<sup>28</sup> Cette première approche regroupe les visions maximaliste et médiane de l'intérêt social comme M. COZIAN, A. VIANDIER et FI DEBOISSY et également A. CONSTANTIN

<sup>29</sup> P. G. POUGOUE, préface de la thèse de M. A. MOUTHIEU NJANDEU, op. cit.

<sup>30</sup> Les principaux tenants de cette thèse sont les Professeurs Cl. CHAMPEAU, *Quand la justice cherche sa voie : l'abus de biens sociaux*, Droit et Patrimoine, avril 1997, p. 66 et s.; *Clan et hoirie : Sociétés et entreprises*, Droit et Patrimoine, nov. 1997, p. 64 et s.; et J. PAILLUSSEAU, *La modernisation du droit des sociétés commerciales*, D. 1996, chron., p. 289.

<sup>31</sup> V. M. VIENOT, sur « *Le conseil d'administration des sociétés cotées* », rapport AFEP-CNPF., juin 1995, p. 9.

<sup>32</sup> A. VEZINET « *la position des juges sur l'intérêt social* », Dr. et patrimoine, avr. 1997, p. 50. in J. C. CALLEBAUT « *La définition de l'intérêt social : retour sur la notion après les évolutions législatives récentes* » RTD Com.2004 p. 35

<sup>33</sup> P. BISSARA, *L'intérêt social*, Rev, société, 1999, p. 9.

<sup>34</sup> A. PIROVANA, « *La boussole de la société, Intérêt commun, Intérêt social, Intérêt de l'entreprise* » ? D. 1997, chrono, p. 189.

<sup>35</sup> Les magistrats font recours à l'intérêt social bien au-delà de l'hypothèse où celui-ci est évoqué expressément (le cas d'abus de biens sociaux) pour l'utiliser dans des domaines aussi variés que la nomination d'un expert de gestion, d'un administrateur provisoire en cas de crise grave ou d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée à la demande d'un ou de plusieurs actionnaires, la prononciation d'une mesure de séquestre, la justification d'un manquement d'initié, l'appréciation de la régularité de mesures anti-O.P.A., de la révocation des dirigeants sociaux pour justes motifs ou de la théorie fiscale de l'acte anormal de gestion, ou encore de

qui conduit un auteur à conclure que l'intérêt social est « *un concept trop fluide pour être codifié* »<sup>36</sup>. La vision du législateur Ohada mérite d'être visitée.

La notion d'intérêt social apparaît peu dans l'AUSCGIE. Les articles 298 sur les sociétés en commandite simple et 328 sur les sociétés à responsabilité limitée reprennent le sens de l'article 277<sup>37</sup> sur les sociétés en nom collectif. Les articles 891<sup>38</sup>, 130 et 131 sur les abus de majorité et de minorité et d'égalité y font référence. Force est de reconnaître que l'intérêt social n'a pas fait l'objet d'une définition de la part du législateur Ohada.

La révision intervenue dans l'AUSCGIE pouvait servir de cadre pour cerner la notion. Cet état de fait traduit certainement la méfiance du législateur vis-à-vis de ce *standard juridique*<sup>39</sup> qui reste le moyen le plus souvent utilisé par le juge pour s'immiscer dans la vie sociale<sup>40</sup> : d'où la nécessité d'une réflexion sur **la notion d'intérêt social dans l'AUSCGIE révisé.**

En effet, loin de la nature juridique de la société, une approche civiliste du contrat nous commande à appréhender l'intérêt social dans l'AUSCGIE révisé à partir de la notion de cause<sup>41</sup> et de la notion de loyauté<sup>42</sup>. Nonobstant des controverses doctrinales qui entourent la

---

l'existence d'un abus de majorité, de minorité ou d'égalité. Aux yeux de certains auteurs, l'intérêt social serait ainsi devenu l'instrument d'une police des sociétés et constituerait la finalité tant de l'exercice de pouvoirs juridiques au sein de l'entreprise que de certaines prérogatives sociales mises à disposition des associés. J. SCHAPIRA, « *L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme* », *R.T.D.Com.*, 1971, p.957, spéc. p.970.

<sup>36</sup>J. SCHAPIRA, « *L'intérêt social et le fonctionnement des sociétés anonymes* », *RTD com*, 1971, p. 62

<sup>37</sup>« *Dans les rapports entre associés et en l'absence de la détermination de ses pouvoirs par les statuts, le gérant peut accomplir tous les actes de gestion dans l'intérêt de la société. En cas de pluralité de gérants, chacun détient les mêmes pouvoirs que s'il était seul gérant de la société, sauf le droit pour chacun de s'opposer à toute opération avant qu'elle ne soit conclue.* »

<sup>38</sup> « *Encourent une sanction pénale le gérant de la société à responsabilité limitée, les administrateurs, le président directeur général, le directeur général, le directeur général adjoint, le président de la société par actions simplifiée, l'administrateur général ou l'administrateur général adjoint qui, de mauvaise foi, font des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles, matérielles ou morales, ou pour favoriser une autre personne morale dans laquelle ils sont intéressés, directement ou indirectement.* »

<sup>39</sup>J. -P. BERTREL, « *Liberté contractuelle et sociétés, essai d'une théorie du « juste milieu » en droit des sociétés* », *RTD com*. 1996, p. 595.

<sup>40</sup>M. JEANTIN, *Le rôle du juge en droit des sociétés*, Mél PERROT, Dalloz, 1996, p. 149 in B. Y. MEUKE, « *De l'intérêt social dans l'AUSCGIE de l'OHADA* », *AHODATA D-06-24*, p. 3.

<sup>41</sup> La cause est l'une des conditions de validité du contrat en général en sus de la capacité, du consentement et de l'objet. En France, la dernière réforme de droit des contrats, issue de l'ordonnance 2016-131, a abrogé la cause comme condition de validité du contrat. En outre, selon une thèse récente, la cause est « *le but contractuel commun aux parties ou poursuivi par l'une d'elles et pris en compte par les autres, l'absence de cause se traduisant par l'impossibilité pour les parties d'atteindre ce but contractuel* ». La cause invoque la raison que l'on a eue pour contracter, le but que l'on a poursuivi en le faisant, son analyse consiste à répondre à la question pourquoi ? La raison proche, voire de l'obligation, s'analysera comme objective par les classiques

notion de cause, nous sommes d'avis avec Monique Aimé MOUTHIEU à reconnaître l'assimilation de la cause objective à l'intérêt social appréhendé comme l'intérêt commun des associés<sup>43</sup>. La cause subjective serait la traduction de l'intérêt social appréhendé comme l'instrument de protection de l'intérêt général<sup>44</sup>.

La recherche de profit ne peut tout permettre, tout justifier. La loyauté se traduit par l'obligation d'exécution de bonne foi des conventions<sup>45</sup>. Notons toutefois, que ces notions ne feront pas l'objet d'un développement détaillé dans le cadre de ce travail. Aussi, l'appréciation de l'intérêt social dans les groupes de sociétés<sup>46</sup> ne fera pas l'objet de développement.

La société est le fait des associés qui cherchent, à travers elle, l'exercice d'une activité en vue d'en tirer profit. Très vite, l'entreprise transcende l'intérêt de ses créateurs. Elle est le lieu de convergence d'intérêts divergents, c'est-à-dire ceux des salariés, des créanciers, du fisc etc. Ainsi, le législateur devient arbitre entre ces intérêts catégoriels. Dès lors, la question est de savoir que **recouvre la notion d'intérêt social dans l'AUSCGIE révisé ?**

La réponse à cette question est fonction de la nature juridique de la société. D'une part, la société est créée dans l'intérêt commun des associés. Avant l'immatriculation, les rapports entre ces derniers sont régis par le contrat de société et par les règles générales du droit applicable aux contrats et aux obligations<sup>47</sup>. Ainsi, la société devient un contrat et l'intérêt social est considéré comme celui des associés.

D'autre part, en exigeant des dirigeants sociaux d'aller dans le sens de l'intérêt de la société, en réprimant les actes en violation de celui-ci et en arbitrant les conflits entre associés

---

alors que les modernes analysent la cause subjective en tenant compte des raisons lointaines, l'obligation du contrat.

<sup>42</sup> V. art. 1194 et s. C. civ. issu de l'ordonnance n° 2016-131.

<sup>43</sup> La raison proche, voire de l'obligation des parties au contrat, s'analysera comme objective par les classiques : la recherche de bénéfice ou du profit résultant du contrat de société, v. M. A. MOUTHIEU ép. NJANDEU

<sup>44</sup> Les modernes analysent la cause subjective en tenant compte des raisons lointaines du contrat de société, l'obligation du contrat in M. A. MOUTHIEU NJANDEU, op. cit., p. 109 et s.

<sup>45</sup> V. art. 1194 et s. C. civ. issu de l'ordonnance n° 2016-131. et 277, 298 et 328 de l'AUSCGIE qui en font référence.

<sup>46</sup> La définition de groupe et conditions de contrôle v. art. 173 à 175 de l'AUSCGIE. « *En garantir le fonctionnement optimal signifie prendre en compte tous les intérêts légitimes en vue de la promotion de l'intérêt du groupe* », v. M. A. MOUTHIEU NJANDEU, op. cit.

<sup>47</sup> Lecture comparée art. 4, 105 de l'AUSCGIE.

sur le fondement de l'intérêt social<sup>48</sup>, la société devient une institution. De ce point de vue, l'intérêt social transcende ceux des associés et devient celui d'une entité indépendante.

Pour le législateur Ohada, un choix s'impose. En effet, chaque conception de l'intérêt social conduit, non seulement à une politique sociale différente, mais également à un mode de gouvernement différent. Qui plus est, le très jeune marché financier africain doit savoir si la société cherche à optimiser la valeur de ses titres sociaux ou poursuit des objectifs différents de ceux de ses associés<sup>49</sup>, d'où la pertinence de cette recherche.

Il s'y ajoute que l'attractivité normative est devenue un instrument au service de l'économie dans le monde. Chaque pays et chaque région du monde recherche les normes qui sont les plus aptes à encourager et à attirer les investisseurs. Les divers systèmes juridiques sont en concurrence sur le marché mondial ou régional du droit<sup>50</sup>. Or, le défaut de définition légale et les controverses relevées autour de la question de la définition de l'intérêt social ont laissé « carte blanche » aux juges. En France, la loi Macron<sup>51</sup> fait de l'intervention des juges un frein à la croissance.

Sous ces considérations, la sécurité juridique et judiciaire demeure gage d'attraction des investisseurs. La nécessité de concevoir une approche claire de la notion d'intérêt social s'impose au législateur Ohada. Pour raison, les concepts flous ont du mal à être pris en compte par le droit et par les juristes. On craint qu'ils ne viennent perturber la sécurité des solutions juridiques<sup>52</sup>.

Dans une analyse économique du droit, comment le législateur Ohada concilie-t-il les intérêts en présence au sein de l'entreprise ? S'agit-il d'une adaptabilité de certains intérêts à d'autres ou s'agit-il d'une égalité et/ou d'une proportionnalité des intérêts en présence ? Comment l'intérêt social est-il un fondement de la société à sa constitution et une fin durant son fonctionnement<sup>53</sup> ?

---

<sup>48</sup> Lecture comparée art. 277, 298, 130, 131 de l'AUSCGIE.

<sup>49</sup>B. Y. MEUKE, « *De l'intérêt social dans l'AUSCGIE de l'OHADA* », AHODATA D-06-24

<sup>50</sup> M. Watt, « *Concurrence d'ordres juridiques et conflits de lois de droit privé* », Mélanges Lagarde, Paris, Dalloz 2005, p.615 et ss in *Droit OHADA : Impact en Afrique francophone* Eden Island, SEYCHELLES 29-30 octobre 2015 Par Pr. Dorothé C. SOSSA

<sup>51</sup>La loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (la « Loi Macron ») a été publiée au Journal Officiel du 7 août 2015.

<sup>52</sup>V., M WATT, *Concurrence d'ordres juridiques et conflits de loi de droit privé*, Mélanges Lagarde, Paris, Dalloz 2005, p. 615 et s.

<sup>53</sup> M. A. MOUTHIEU NJANDEU, op. cit.

Les scandales financiers issus des affaires ENRON<sup>54</sup> aux Etats Unis et PARMALAT<sup>55</sup> en Europe ont mis à mal la crédibilité des commissaires aux comptes. Ainsi, les associés doivent disposer des voies et moyens leur permettant de contrôler leurs investissements. Enfin, c'est sur l'efficacité économique du droit que repose toute la pertinence de ce sujet. Le droit doit se conformer aux exigences économiques sans cesse en évolution du fait de l'interdépendance des économies<sup>56</sup>.

Avec la mondialisation, aucun droit n'évolue en vase clos. Chaque droit subit l'influence d'autres droits, ce qui peut amener le législateur à orienter son droit selon les objectifs visés.<sup>57</sup> C'est la raison pour laquelle nous adopterons une démarche comparative<sup>58</sup> afin de mettre en parallèle le droit Ohada avec ce qui se passe ailleurs.

En outre, une approche interdisciplinaire et pluridisciplinaire nous commande de revisiter non seulement les autres branches du droit mais également l'économie. L'analyse économique du droit fondée sur la doctrine utilitariste est de plus en plus en vogue<sup>59</sup>.

En tout état de cause, « *l'impact économique et social du contrat de société commande que soient intimement liés un aspect contractuel rattaché à l'intérêt commun des associés et un aspect institutionnel exaltant l'intérêt de la personne morale, et qui tend d'ailleurs à primer sur le premier*<sup>60</sup> ».

---

<sup>54</sup> Les leçons à tirer de cette affaire sont nombreuses : plus de 8000 licenciements en déc. 2001, les actionnaires voient leurs actions fondre et disparaître sans pouvoir rien y faire, les créanciers perdent leurs emprunts,... mais c'est surtout la couverture des pertes durant des années à travers une machination orchestrée du système financier et comptable de l'entreprise Enron par le cabinet d'audit de Arthur Anderson qui défraie cette affaire.

<sup>55</sup> Le journal le MONDE titrait que : l'affaire Parmalat ébranle le capitalisme italien : l'écroulement du 1<sup>ER</sup> groupe agroalimentaire de la Péninsule met en cause « *la crédibilité de l'économie italienne* » a estimé Silvio Berlusconi. Le gouvernement pourrait en profiter pour accélérer ses réformes de contrôle des marchés financiers. Mais, le scandale prend déjà l'allure d' « *une affaire Enron à l'européenne* » selon le Ministre italien de l'économie..., V. le journal LE MONDE, entreprises et industries, du 23 déc. 2003 conclut le 25 avril 2018 à 15 h 13mn.

<sup>56</sup>A ce propos, Stéphanie FABER affirme « A tout considérer, il se pose deux problèmes juridiques importants. Le premier est celui de l'efficacité économique et sociale du droit. Il est la conséquence du fait que le droit doive s'adapter, pour conserver son effectivité, ou mieux son efficacité, en prenant en considération les transformations sociales. Le second est celui de la conformité du droit aux valeurs culturelles. Il est le résultat de l'idée selon laquelle le droit doit être le reflet de la société à laquelle il s'applique et suivre une évolution parallèle à celle-ci : *Dans quelles mesures le droit peut-il prendre en compte l'efficacité économique ? Le droit peut-il se passer de valeurs culturelles ?* Willy TADJUDJE, Yaoundé, Cameroun, willytadj@yahoo.fr, consulté le 29 mai 2014.

<sup>57</sup> P. S. A. BADJI, « *Les orientations du législateur OHADA dans l'AUSCGIE révisé* », rev. ersurma n°06, janv. 2016 p. 9 ; WANE. D Y op. cit.

<sup>58</sup> Cette démarche empruntera tantôt une description, tantôt une induction et tantôt une déduction.

<sup>59</sup> V. nos développements sur la théorie de l'utilitarisme op, cit, p. 1 et ss.

<sup>60</sup> V. M. A. MOUTHIEU NJANDEU, op. cit., p. 16 et ss.

De ce point de vue, une approche contractuelle de la société assimile l'intérêt social à l'intérêt des associés (**TITRE I**) alors qu'une approche institutionnelle de la société assimile l'intérêt social à celui d'une entité indépendante et autonome. Cette dernière, dans une analyse microéconomique est celle de la personne morale. Tandis que dans une analyse macroéconomique, elle serait celle de l'entreprise (**TITRE II**).

## TITRE I : L'INTERET SOCIAL, L'INTERET DES ASSOCIES

Les tenants de la théorie contractuelle<sup>61</sup> préconisent seulement de privilégier la relation actionnaire-dirigeant, parce que les autres intérêts catégoriels dans la société commerciale sont protégés par d'autres moyens que le mécanisme sociétaire, notamment, le droit social, le droit des sûretés<sup>62</sup>. En effet, la société est créée dans l'intérêt commun des associés. Ce faisant, elle « *n'est pas constituée en vue de satisfaire un autre intérêt que celui des associés*<sup>63</sup> ». Sur ces considérations, l'intérêt social est lié à une vision contractuelle de la société (**chapitre I**).

La continuité de la production ne constitue pas l'intérêt de l'entreprise, mais bien au contraire, l'intérêt des propriétaires de l'entreprise, ou même celui des hommes qui sont dans l'entreprise et qui, du fait de leur travail, profitent de la prospérité de l'entreprise tout en y contribuant. Ce prétendu « *intérêt supérieur de l'entreprise* » se résume à l'intérêt de son ou ses propriétaires<sup>64</sup>. Or, la propriété est le droit de jouir et de disposer de la chose de la manière la plus absolue<sup>65</sup>. Les dirigeants sociaux deviennent, dès lors, les mandataires qui agissent au nom ou pour le compte des associés. Ainsi, l'intérêt social se doit d'être un levier (**chapitre II**) sur lequel les associés de la société commerciale se fondent pour se protéger et protéger la société de ses dirigeants sociaux.

---

<sup>61</sup> La théorie contractualiste de la société est apparue aux Etats-Unis dans les années soixante-dix. Elle s'est élaborée à travers des milliers d'articles publiés dans des revues juridiques, économiques ou financières et elle s'est affirmée dans des ouvrages comme ceux de Frank H. Easterbook et Daniel R. Fishel (The economic structure of corporate law, Harvard University Press 1991), Paul Milgrom et John Roberts (Economics, Organization and Management, Prentice-Hall International, Inc., 1992), Roberta Romano (Foundations of Corporate Law, Oxford University Press 1993), Michael P. Dooley (Fundamentals of Corporation Law, The Foundation Press Inc 1995). Elle est pénétrée tout à la fois de philosophie utilitariste et de la théorie de la justice de John Rawls. Elle s'appuie sur l'analyse de la firme de Ronald Coase et sur celle de l'agence développée par Jenkins et Meckling. Elle se rattache au courant de pensée que l'on qualifie d'analyse économique du droit, auquel Richard Posner a donné l'ampleur que l'on sait. Elle s'est édifiée dans le prolongement des thèses que Berle et Means avaient présentées en 1932, en pleine crise économique, et qui ont dominé l'opinion publique pendant les trente années suivant leur apparition : v. WANE. D Y « *La réforme du droit Ohada des sociétés commerciales : modernisation du droit applicable ou conformisme législatif ?* » op. cit.

<sup>62</sup> V. D. Y. WANE, « *La place des salariés dans la société commerciale Ohada* », Revue africaine des Sciences Politique et Sociales, Sept. 2018 n° 18, p. 399.

<sup>63</sup> D. SCHMIDT, « De l'intérêt social », JPC éd E 1995, n°38.488 in B. Y. MEUKE, « *De l'intérêt social dans l'AUSCGIE de l'OHADA* », AHODATA D-06-24.

<sup>64</sup>G. SOUSI, thèse précitée, n° 275, p. 266 in M. A. MOUTHIEU NJANDEU, op. cit., p. 83.

<sup>65</sup> V. art. 544 du C. civ français

## **CHAPITRE I : L'INTERET SOCIAL, UNE APPROCHE CONTRACTUELLE EN DROIT DES SOCIETES**

En sus de l'article 4 qui assimile la société à un contrat, le législateur Ohada rappelle qu'entre la date de constitution de la société et celle de son immatriculation au registre de commerce et du crédit mobilier, les rapports entre associés sont régis par le contrat de société et par les règles générales du droit applicable aux contrats et aux obligations<sup>66</sup>. Ce qui nous conduit à examiner l'intérêt social à la constitution de la société (**section I**).

En sus, l'AUSCGIE offre une grande liberté aux associés dans la gestion sociale. La consécration de la société par actions simplifiée en est une parfaite illustration. Le fonctionnement de la société en participation emprunte de fortes allures contractuelles. Dès lors, l'intérêt social sera appréhendé à travers le fonctionnement de la société commerciale (**section II**).

### **Section I : L'intérêt social, fondement de la constitution de la société commerciale**

En droit Ohada, les exigences du contrat de société (**paragraphe I**) doivent être respectées pour la prise en compte de l'intérêt commun des associés (**paragraphe II**).

#### **Paragraphe I : Les exigences du contrat de société**

Le contrat est un accord de volonté générateur d'obligations. Le contrat de société se particularise par la mise en commun d'apports (**I**) et par la participation aux résultats (**II**) de la société.

##### **I. La mise en commun des apports**

Les apports sont indispensables à la réalisation de l'activité sociale, l'objet de contrat de société. En droit Ohada, l'on distingue les apports en nature, en numéraire et en industrie. Ils obéissent à un régime juridique différent (**B**) conséquence de leur divergence de nature (**A**).

##### **A. La nature des apports en droit Ohada**

Certains apports sont dits capitalisés du fait qu'ils entrent dans la constitution du capital, alors que d'autres sont dits non capitalisés en ce sens qu'ils ne sont pas comptabilisés dans le capital de la société.

Les apports capitalisés sont constitués des apports en nature et des apports en numéraire. Ils sont libérés intégralement lors de la constitution de la société. Les premiers sont réalisés par le

---

<sup>66</sup> Art. 105 de l'AUSCGIE.

transfert des droits réels ou personnels correspondant aux biens<sup>67</sup> apportés et par la mise à la disposition effective de la société des biens sur lesquels portent ces droits<sup>68</sup>. Les seconds sont réalisés par le transfert à la société de la propriété des sommes d'argent que l'associé s'est engagé à lui apporter<sup>69</sup>.

Dans les sociétés de capitaux comme celles de personnes, les apports en nature peuvent être en pleine propriété<sup>70</sup> et/ou en jouissance<sup>71</sup>. Ils doivent être évalués et consignés dans les statuts de même que les avantages liés à ses apports<sup>72</sup>. Par contre, dans la société en participation, les biens nécessaires à l'activité sociale sont simplement mis à la disposition du gérant et chaque associé reste propriétaire des biens qu'il a mis à la disposition de la société<sup>73</sup>. Dans cette dernière, les apports consentis ne sont, en principe, qu'en jouissance. C'est à bon droit qu'une Cour d'Appel<sup>74</sup> a reconnu que la dissolution de la société en participation à la suite d'une nullité entraîne la reprise par chaque associé de son apport. Cependant, les associés jouissent d'une liberté d'aménagement de ces biens dans les statuts<sup>75</sup>. Nonobstant de la grande liberté dont jouissent les associés de la société par actions simplifiées, la libération des apports en numéraire doit être immédiate et accomplie lors de la constitution de la société. Ils doivent se caractériser par le transfert à la société des sommes d'argent promises et ne doivent point être assimilés à la créance<sup>76</sup> détenue par une personne sur la société

L'apport en industrie constitue un apport non capitalisé. Il se réalise par la mise à la disposition effective de la société de connaissances techniques, ou professionnelles ou de services. Mais en indiquant qu'ils sont interdits dans les sociétés anonymes, le législateur Ohada pose le domaine de ce type d'apports. Et son acceptation dans d'autres sociétés ne manque pas de soulever des interrogations.

---

<sup>67</sup> Les apports de tout bien, meuble ou immeuble, corporel ou incorporel autre que du numéraire c'est-à-dire en espèces monétaires.

<sup>68</sup> V. art. 45 de l'AUSCGIE.

<sup>69</sup> V. art 41 de l'AUSCGIE.

<sup>70</sup> Les biens apportés demeurent définitivement dans le capital social de la société et en cas de dissolution, ils restent dans l'actif de la société. L'apporteur perd de bon les biens apportés.

<sup>71</sup> La société n'a qu'un droit de jouissance sur les biens apportés et en cas de dissolution, l'apporteur reprend son bien. Par ailleurs, la société est garante envers l'apporteur.

<sup>72</sup> V. art. 312 de l'AUSCGIE.

<sup>73</sup> V. art. 857 de l'AUSCGIE.

<sup>74</sup> CA Niamey, ch. civ. com., Arr. n° 96; 18 août 2003, affaire Dame Roufai Fatoumata c/Frédéric Jean Berthoz in *OHADA, Traité, Acte Uniformes, Règlements de procédure et d'arbitrage, jurisprudences annotées*, JURIAFRICA, éd. 2018, p. 536

<sup>75</sup> V. art. 858 et 859 de l'AUSCGIE.

<sup>76</sup> Les créances enregistrées d'une personne ne sauraient être constitutives d'apport en numéraire ; V. TRHC de Dakar, jugement n°139, 8 avr. 2005, OHADA J-06-173, Traite et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2016, p. 392.

Ainsi la qualité de commerçant<sup>77</sup> est une condition essentielle de l'apporteur en industrie dans les sociétés en nom collectif. L'associé ne doit pas être mineur, ni frappé d'incapacité et époux d'un autre associé de cette société<sup>78</sup>. Ces remarques restent de mise pour les sociétés en commandite simple sauf que la dernière condition est inopérante si l'un des époux de la société est commandité et l'autre commanditaire ou vice versa<sup>79</sup>. Quant à la SARL<sup>80</sup> au silence du législateur, l'on peut se référer selon cet auteur<sup>81</sup> à la loi française « NRE »<sup>82</sup> de 2001 qui autorise désormais, sans restriction, la possibilité d'effectuer l'apport en industrie dans la SARL<sup>83</sup>.

Pourtant, reconnaît un auteur<sup>84</sup>, l'utilisation efficiente de l'apport en industrie permettrait d'agrandir l'assiette de la garantie des créanciers sociaux dans les sociétés où les associés sont tenus solidairement et indéfiniment du passif social. En plus, elle permettrait aux personnes indigentes, mais nanties d'un savoir-faire, de s'associer au même titre que ceux qui ont des biens en nature ou en numéraire. Cette divergence de nature des apports emporte différence de leur régime juridique.

### **B. *Le régime juridique des apports***

Le régime juridique des apports appelle à faire deux constats : les obligations de l'apporteur vis-à-vis de la société et celles de la société envers les associés en contrepartie des apports réalisés.

Chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il s'est obligé à lui apporter. Dans le cas contraire, il peut voir sa responsabilité engagée si la preuve du préjudice

---

<sup>77</sup> Art. 270 de l'AUSCGIE.

<sup>78</sup> Art. 8 et 9 de l'AUSCGIE.

<sup>79</sup> Les commandités de la société en commandite simple sont indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales alors que les commanditaires ou commandites ne sont responsables des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports. V. art. 293 de l'AUSCGIE.

<sup>80</sup> « *La société à responsabilité limitée est une société dans laquelle les associés ne sont responsables des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports et dont les droits représentés par les parts sociales.....* » art. 309 de l'AUDSCGIE.

<sup>81</sup>D. R. SOH FOGNO et C. TALLA, « *l'apport en industrie en droit des sociétés commerciales de l'OHADA : Réflexion sur un vide juridique* », publié aux Annales FSJP de l'Université de Dschang, T. 13, 2009, pp. 199-226.

<sup>82</sup> La loi sur les nouvelles régulations économiques (NRE) est adoptée le 15 mai 2001. Elle fait la promotion du gouvernement d'entreprise et du développement durable.

<sup>83</sup> Le nouvel article 223-7 du Code civil qui en est issu dispose en son alinéa 2 que « *le cas échéant, les statuts déterminent les modalités selon lesquelles peuvent être souscrites les parts sociales en industrie* ».

<sup>84</sup> Ibid

subi par la société est apportée. Les apports en numéraire doivent être intégralement libérés<sup>85</sup> lors de la constitution de la société.

Dans les sociétés à responsabilité limitée, les actions représentant des apports en numéraire sont libérées, lors de la souscription du capital, d'un quart au moins de leur valeur nominale<sup>86</sup>. La société devient créancière des associés pour les sommes dues qui doivent être entièrement libérées. En cas de retard, elles portent de plein droit intérêt au taux légal à compter du jour où le versement devait être effectué, sans préjudice de dommages et intérêts, s'il y a lieu. Dans le cas d'une augmentation de capital, les apports en numéraire peuvent être réalisés par compensation avec une créance certaine, liquide et exigible<sup>87</sup>.

Les apports en nature doivent faire l'objet d'une évaluation par les associés. Dans les sociétés à responsabilité limitée<sup>88</sup>, les associés ne peuvent fixer la valeur de ses apports que sur le fondement d'un rapport établi par le commissaire aux apports<sup>89</sup>. La réalisation sert de preuve<sup>90</sup> à la qualité d'associé. Si l'apport en industrie ne concourt pas à la constitution du capital social, il donne, toutefois, lieu à des titres sociaux ouvrant droit au vote et au partage des bénéfices et de l'actif net, à charge de contribuer aux pertes de la société. Ces derniers ne peuvent excéder vingt cinq pour cent (25%). Il appartient aux statuts de déterminer les conditions de rémunération des apporteurs en industrie. Ces conditions peuvent être relatives à la durée des prestations qui seront fournies par l'apporteur, aux nombres des parts d'industrie, aux droits y attachés, et éventuellement à la clause de non-concurrence.

En contrepartie de leurs apports, les associés reçoivent des titres<sup>91</sup> émis par la société. Ils sont des biens meubles et comportent des avantages<sup>92</sup>. Les droits et l'obligation de chaque

---

<sup>85</sup> Ne sont considérés comme libérés que les apports en numéraire correspondant à des sommes dont la société est devenue propriétaire et qu'elle a intégralement et définitivement encaissées : art. 43 de l'AUSCGIE ; cette disposition ne dénie pas de manière expresse un associé tout titre à celui qui n'a pas libéré ses parts à la date de la souscription ou de la constitution de la société : CCJA, ass. plén., arr. n° 080/2014, 23 août 2014 in *OHADA, Traité, Acte Uniformes, Règlements de procédure et d'arbitrage, jurisprudences annotées*, JURIAFRICA, éd. 2018, p. 324.

<sup>86</sup> V. art. 389 de l'AUSCGIE.

<sup>87</sup> V. art. 41, 42 et 43 de l'AUSCGIE.

<sup>88</sup> Art. 312 et 313 pour les SARL et 400 et s. et 547, 619 et s. pour les SA.

<sup>89</sup> V. art. 48 et 49 de l'AUSCGIE.

<sup>90</sup> Le défaut de preuve non seulement de l'existence des apports en nature prétendument faits pour constituer une société entre deux personnes en relation d'affaires mais surtout de l'évaluation desdits apports, ceux-ci ne sauraient être retenus comme élément concourant à un contrat de société : v. TRHC Dakar, jugement n°139, 8 avr. 2005, Ohadata J-06-173.

<sup>91</sup> Ils sont appelés actions dans les sociétés de capitaux comme la SA ou SAS et parts sociales dans les sociétés de personnes comme la SNC, la SCS. Dans la SARL, qui est une société hybride, les titres sociaux sont appelés parts sociales comme dans les sociétés de personnes.

associé sont proportionnels à ses apports, qu'ils soient faits lors de la constitution ou au cours de la vie sociale. Toute clause qui attribuerait à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérerait de la totalité des pertes, ainsi que celle excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des charges est réputée non écrite<sup>93</sup>. Les parts sociales sont cessibles. Dans les sociétés de personnes, cette cession requiert l'unanimité des autres associés sauf stipulation statutaire contraire. Les actions sont cessibles ou négociables.

Même dans les sociétés unipersonnelles non autorisées, la détention de tous les titres sociaux par un seul associé n'est pas une cause de dissolution de plein droit de la société. Cependant cette situation requiert régulation dans un délai d'un an. Si la dissolution n'est pas demandée et que la société continue de fonctionner, elle peut être considérée comme une société de fait<sup>94</sup>. C'est parce que les associés sont à la base de la constitution de la société qu'ils ont le droit de participer aux résultats sociaux.

## **II. La participation aux résultats de la société**

A la lecture de l'article 4 de l'AUSCGIE, les associés ont droit aux bénéfices (A). En outre, ils contribuent aux pertes (B) subies par la société.

### **A. Le partage de bénéfice ou du profit de l'économie**

Le bénéfice distribuable est le résultat de l'exercice, augmenté du report bénéficiaire et diminué des pertes antérieures, des dividendes régulièrement distribués ainsi que des sommes portées en réserve en application de la loi ou des statuts<sup>95</sup>. L'Assemblée générale ordinaire peut décider de la distribution de tout ou partie des réserves à la condition qu'il ne s'agisse de réserves considérées comme indisponibles par la loi ou par les statuts.

Dans les sociétés à responsabilité limitée, il est obligatoirement constitué sur le bénéfice de l'exercice, diminué, le cas échéant, des pertes antérieures, une dotation égale à un dixième au moins affecté à la formation d'un fonds de réserve dit « *réserve légale* ». Cette dotation cesse d'être légale lorsque la réserve atteint le cinquième du montant du capital social<sup>96</sup>. Dans le cas où l'Assemblée fait usage de la faculté prévue d'après ce qui précède, elle indique expressément les postes de réserve sur lesquels les prélèvements sont effectués. Sauf en cas de réduction de capital, aucune distribution ne peut être faite aux associés lorsque les

---

<sup>92</sup>Selon l'art. 53, les titres confèrent à leur titulaire un droit au bénéfice, sur l'actif net et de participation aux décisions collectives. Il a l'obligation de contribuer aux pertes.

<sup>93</sup> V. art. 54 de l'AUSCGIE.

<sup>94</sup> V. art. 60 et la pour la société de fait v. art 865 de l'AUSCGIE.

<sup>95</sup> V. art. 143 de l'AUSCGIE

<sup>96</sup> V. art. 346 de l'AUSCGIE

capitaux propres sont ou deviendraient à la suite de cette distribution, inférieurs au montant du capital augmenté des réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer. Toute délibération prise en violation du présent alinéa est nulle<sup>97</sup>. Notons que la distribution de dividendes faite contrairement à ce qui précède est constitutive de distribution de dividendes fictifs qui demeure répréhensible.

Le dividende est la part de bénéfice revenant à chaque action ou à chaque part sociale. Après approbation des états financiers de synthèse et constatation de l'existence de sommes distribuables, il appartient à l'Assemblée générale de voir les dotations à des réserves facultatives, la part du bénéfice à distribuer, le montant du report à nouveau éventuel. Tout bénéfice n'est pas distribuable dans son intégralité, en atteste le prélèvement de la réserve légale, le cas échéant les dotations à des réserves facultatives et le montant du report à nouveau. L'intangibilité du capital social commande le respect strict de ces conditions statutaires et légales. Dans le cas contraire, toute distribution rendrait les dirigeants coupables de répartition de dividendes fictifs.

Le partage peut être effectué, soit sur les mêmes bases sur les bénéfices, soit proportionnellement aux apports ou indépendamment des apports. Toutes ces clauses sont valables à condition de ne pas être léonines<sup>98</sup>. Cependant, la nullité de la clause n'entraîne pas celle de la société. La règle de partage des résultats proportionnellement aux apports se substitue automatiquement à la clause léonine. De plus, les articles 889<sup>99</sup> et 890<sup>100</sup> incriminent la répartition de dividendes fictifs, toute présentation et publication dissimulant la véritable situation financière de la société. L'objectif est de rassurer les associés et/ou les partenaires de la société de la bonne situation financière de celle-ci.

Quant aux économies, on entend généralement ici, une économie en numéraire, comme par exemple l'achat à un moindre coût de certaines marchandises. Les résultats de

---

<sup>97</sup> V. art. 143 al. 3 et 4 de l'AUSCGIE ; la violation des dispositions de l'al. 3 est consécutive de distribution de dividendes fictifs, fait pénalement répréhensible par l'art. 889.

<sup>98</sup> V. art. 54 al. 2 de l'AUSCGIE : Constitue une clause léonine celle qui prive totalement un associé de bénéfices ou celle qui affranchit un associé de toute contribution aux pertes. Les clauses léonines sont réputées non écrites.

<sup>99</sup> « Encourent une sanction pénale, les dirigeants sociaux qui, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaire frauduleux, ont, sciemment, opéré entre les actionnaires ou les associés la répartition de dividendes fictifs. »

<sup>100</sup> « Encourent une sanction pénale, les dirigeants qui ont sciemment, même en l'absence de toute distribution de dividendes, publié ou représenté aux actionnaires ou associés, en vue de dissimuler la véritable situation de la société, des états financiers de synthèses en donnant pas, pour chaque exercice, une image fidèle des opérations de l'exercice, de la situation financière et de celle du patrimoine de la société, à l'expiration de cette période. »

l'exploitation peuvent aller à l'encontre des espérances des associés. Et conformément à l'article 4, les associés acceptent de contribuer aux pertes.

### ***B. La contribution aux pertes de la société***

Il convient de distinguer l'obligation aux dettes de l'obligation de contribuer aux dettes sociales.

L'obligation aux dettes apparaît au cours de la vie sociale. Elle est perceptive dans les sociétés de personnes<sup>101</sup>. Dans ces sociétés où les associés sont indéfiniment et solidairement responsables, les créanciers de la société ne peuvent poursuivre le paiement des dettes contre un associé que soixante (60) jours après avoir vainement mis en demeure la société. Cette mise en demeure est faite par acte d'huissier ou notifiée par tout moyen permettant d'établir sa réception effective par le destinataire, nonobstant la prorogation de ce délai par décision de la juridiction compétente statuant en bref délai sans que cette prorogation ne puisse dépasser trente (30) jours<sup>102</sup>. La première condition commune requise est relative à la dette qui doit être celle de la société. L'autre condition est la mise en demeure de la société restée vaine.

Dans les sociétés de capitaux, les associés répondent des dettes jusqu'à concurrence de leurs apports en cas de dissolution ou de liquidation. Celle-ci est exigible lorsque l'actif de la société ne peut pas faire face au passif exigible. Dans ce cas, les associés contribuent aux pertes de la société. La garantie juridique que doit apporter le droit Ohada aux investisseurs notamment étrangers doit être aussi mesurée à travers les règles de traitement de l'insolvabilité<sup>103</sup>.

La contribution aux pertes apparaît uniquement au moment de la dissolution de la société et jamais en cours d'exploitation. Si l'actif ne peut pas faire face au passif exigible, les associés interviennent pour régulariser le restant dû par la société. En principe, elle se fait

---

<sup>101</sup> V. art. 277-1 de l'AUSCGIE, constitue une différence avec les sociétés à responsabilité limitée. On a pu considérer que les risques encourus par les associés et méritent protection contre les agissements inconsidérés des dirigeants. Il revient aux tiers de vérifier dans les statuts l'objet social pour s'assurer le véritable pouvoir du gérant. En tout cas, pour éviter la nullité d'une opération conforme à l'un commun des associés, une confirmation par unanimité de tous les associés la rend valable ; La protection des tiers est assurée dans la mesure où l'acte du dirigeant est conforme à l'objet social. Dans le cas contraire, deux situations permettent de légitimer l'acte : d'une part, les tiers n'ont pas eu connaissance de l'opposition formée contre l'acte du gérant et d'autre part, les tiers ont été de bonne foi.

<sup>102</sup> V. art. 271 de l'AUSCGIE.

<sup>103</sup> Selon le dernier rapport *Doing Business* de la Banque Mondiale pour les pays de l'Ohada, l'un des 10 indicateurs pour le classement des pays relativement à la facilité à faire des affaires est « le solutionnement de l'insolvabilité ». Dès lors, l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif fait partie des Actes uniformes ayant un impact direct sur les indicateurs *Doing Business* à côté de l'Acte uniforme portant droit commercial général, de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et au groupement d'intérêt économique et de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés : v. ELONGO. Y. R. K « *Réflexions à partir du droit des entreprises en difficulté* » Agrégée des Facultés de Droit Professeur à l'Université de Dschang (Cameroun) p. 2.

proportionnellement aux apports. Il y a lieu de préciser que cette règle n'est pas d'ordre public car elle peut être écartée. La seule exigence est relative à l'interdiction de la clause léonine. La contribution aux pertes peut aussi intervenir lorsque la société est en état de cession des paiements c'est-à-dire quand la société n'est plus en mesure de faire face au passif exigible avec l'actif disponible. C'est le cas de la liquidation<sup>104</sup> de la société.

Ainsi, si les associés des sociétés à responsabilité illimitée peuvent être interpellés à tout moment pour les dettes sociales, ceux des sociétés à responsabilité limitées ne le sont qu'en cas de dissolution de la société.

A la lumière de ce qui précède, il ressort que le contrat de société, en sus, des conditions générales relatives à tout contrat, requiert des conditions particulières comme la constitution des apports. Celle-ci a pour corollaire d'attribution des droits sociaux : parts sociales ou actions selon la forme sociale. C'est proportionnellement à ces droits sociaux que s'effectue la distribution du bénéfice ou la contribution aux pertes à défaut de stipulation statutaire contraire. Ces conditions traduisent toute la quintessence de l'intérêt commun des associés qui sous-tend la création de la société commerciale en droit Ohada.

## **Paragraphe II : La prise en compte de l'intérêt commun des associés**

La réalisation de l'intérêt commun est plus qu'une nécessité dans le contrat de société (I). Dans le cas contraire, l'on serait en présence d'une violation de l'intérêt social (II).

### **I. La réalisation de l'intérêt commun des associés**

L'intérêt social ne peut être que l'intérêt des personnes physiques composant cette personnalité morale, d'où la nécessité de définir l'intérêt commun des associés (A). Ses implications permettent de saisir davantage les contours (B) de la notion.

#### **A. La définition de l'intérêt commun des associés.**

Pour le Professeur SCHMIDT, « *l'intérêt d'un associé dans la société est de retirer de l'enrichissement collectif un enrichissement individuel. Cet intérêt est le même pour chacun des associés : il leur est commun*<sup>105</sup> ». Sous ce fondement, la société n'est constituée que pour la satisfaction de l'intérêt des associés : le partage du bénéfice et/ou le profit de l'économie. C'est la raison pour laquelle, toutes les décisions allant dans le sens de maximaliser les profits

---

<sup>104</sup> L'Acte uniforme révisé portant organisation des procédures collectives d'épurement du passif (UNPC) traite des procédures collectives qui sont des procédures judiciaires ouvertes lorsque le débiteur professionnel ou la personne morale de droit privé n'est plus en mesure de payer les dettes, c'est-à-dire, en cession de paiement. Il est adopté le 10 sep. 2015 et entré en vigueur le 24 déc. 2015. Elle est une solution permettant aux créanciers de recouvrer leurs créances. Dans le cas d'une insuffisance de l'actif après la liquidation, il appartiendra aux associés de la société de contribuer aux pertes afin de régler les créanciers.

<sup>105</sup> D. SCHMIDT, *De l'intérêt commun des associés*, JPC 1994, I, n°3793, p. 440.

des associés seront conformes à l'intérêt commun de ces derniers. Il suffit juste que chacun des associés y trouve son compte.

C'est en se fondant sur ce raisonnement que la Cour de cassation française a rejeté le pourvoi tendant à déclarer contraire à l'intérêt social la cession d'une société à un concurrent<sup>106</sup>. La Cour « reconnaît que les propositions de la société Saupiquet, qui étaient faites non à la société Cassegrain mais à ses actionnaires, ont été transmises à tous ceux-ci sans exception, et qu'il ne résulte pas, de l'arrêt que le conseil d'administration ait donné aux associés des renseignements inexacts ou leur ait dissimulé d'utiles éléments d'information, ni que les décisions litigieuses aient été prises sans égard pour l'intérêt de la société et uniquement en vue de favoriser certains actionnaires au détriment des autres et qu'ainsi la cour d'appel ne fait pas apparaître en quoi ces décisions auraient, sur ce point, constitué un abus de droit; ».

En France, l'avènement de la *corporate government*<sup>107</sup> imprime une reconsidération de l'intérêt commun des associés. La raison en est simple. Les associés-investisseurs s'insurgent contre la confiscation du pouvoir social par les actionnaires-entrepreneurs que même l'intérêt social ne saurait justifier. La société n'est pas créée et gouvernée dans l'intérêt de certains associés seulement, mais dans l'intérêt commun des associés<sup>108</sup>. La question est de savoir à qui incombe la détermination de l'intérêt commun des associés, en ce sens qu'il devient à la fois une frontière que les organes sociaux ne peuvent franchir et le fondement de la politique de la société ?

Selon le législateur de l'Ohada<sup>109</sup>, la détermination de l'intérêt commun relève des pouvoirs des associés. Toutefois, cette approche n'est pas exempte de critiques eu égard aux saupoudrages, aux abus, à la hiérarchisation<sup>110</sup> qui ponctuent la vie de la société. Cette

---

<sup>106</sup> Cass.com, 21 janvier 1970, JPC 1970, CI, II, n° 89285, p.1225.

<sup>107</sup> Doctrine d'origine anglo-saxonne, désignant l'ensemble des processus, réglementations qui influent sur la manière dont l'entreprise est dirigée, administrée et contrôlée, la *corporate governance*, apparue aux Etats Unis, est une réponse aux scandales financiers qui ont fait la une des journaux américains et partout ailleurs dans la presse. Il fallait donc redonner confiance aux actionnaires, créanciers et employés lésés par lesdits scandales. C'est à cet effet, qu'il ya une résurgence à l'échelle mondiale, de l'accent sur la nécessité d'une éthique des affaires : v. P. C. EWANE MOTTO, *La gouvernance des sociétés commerciales en droit Ohada*, thèse de doctorat, univ. Daoula et Paris-Est disponible sur <https://tel.archives-ouvertes.fr> consulté le 12 avril 2018 à 14h 25mn.

<sup>108</sup> D. SCHMIDT, *De l'intérêt social*, JPC éd. E 1995, n°38.488.

<sup>109</sup> V. l'AUSCGIE, articles 347 al. 1 ; 546

<sup>110</sup> Leurs rôles et fonctions seraient affaiblis en ce sens que les associés sont ni organes de gestion, de contrôle et d'information. Ils seraient, le plus souvent entre les mains et au service des dirigeants. En plus comment

détermination de l'intérêt commun par les associés suppose l'unanimité de ces derniers. La règle de l'unanimité<sup>111</sup> étant d'application difficile, la rationalisation du fonctionnement de la société appelle à opter pour la règle de la majorité<sup>112</sup>. Force est de reconnaître que dans les sociétés de personnes, certaines décisions requièrent unanimité des associés. Que deviennent les minoritaires ? De notre avis, cette règle de la majorité s'avère recevable pourvue qu'elle ne soit pas abusive. En l'espèce, les implications risquent de produire des conséquences qui ne sont pas recherchées.

En définitive, l'intérêt social vu sous l'angle de l'intérêt commun des associés, s'entend comme étant la recherche et la réalisation du profit par les associés dans une projection de partage entre eux. Ce qui amène MASSART à définir l'intérêt social comme « *l'optimisation de la valeur nette marchande de l'entreprise*<sup>113</sup> ».

### **B. Les manifestations de l'intérêt commun des associés.**

Plusieurs applications de l'intérêt commun des associés peuvent être tirées et démontrent le clair-obscur de la notion.

D'une part, il y a le principe d'égalité des associés. Cette collaboration égalitaire constitue sous la dénomination d'*affectio societatis*, l'un des éléments traditionnels du contrat de société. Il permet de différencier le contrat de société des contrats voisins ou de qualifier une situation donnée de situation créée de fait<sup>114</sup>. Le législateur fait dans la prévention en s'attaquant aux sources probables d'inégalités entre associés. Il veille à ce qu'un associé ou un dirigeant ne pose des actes gravement inégalitaires dans son avantage et au détriment de la société ou des associés. Parfois, le législateur est direct. Il en est ainsi, lorsqu'il reconnaît le droit à chaque associé de participer à la vie sociale, à travers par exemple, le droit à l'information, le droit de vote, le droit au bénéfice etc. L'article 54 pose le principe de la proportionnalité au montant de l'apport de chaque associé lors de la constitution de la société

---

s'apprécierait les abus émanant d'eux : abus de majorité, abus de minorité. In fine, le principe de la hiérarchisation des organes sociaux a été reconnu dans un arrêt de la Cour de cassation en date du 4 juin 1946.

<sup>111</sup> Elle implique qu'une décision soit prise par l'accord de tous les associés, à défaut elle n'est pas valide. La règle de l'unanimité est plus présente dans les sociétés où les associés sont indéfiniment et solidairement responsables, v. art. 283 et s. de l'AUSCGIE relatifs aux décisions collectives dans les sociétés de personnes.

<sup>112</sup> Concernant la mise en œuvre de ce principe au sein de l'OHADA, cf. R. Njeufack Temgoua, « *Les règles de la majorité dans les sociétés commerciales OHADA* », in Ann. de la Faculté des sc. jur. et pol. de l'Université de Dschang, 2006, t. 10, p. 81 à 96.

<sup>113</sup> T. MASSART, *Le régime juridique de la cession de contrôle*, thèse Paris II, 1995, t. III, p. 532.

<sup>114</sup> V. les articles 864 et 865 de l'AUSCGIE. Il importe de conclure que l'expression « *société de fait* » utilisée par le législateur OHADA englobe la société créée de fait.

ou au cours de la vie sociale. Cette disposition n'étant pas d'ordre public, elle peut être écartée par une stipulation contraire des associés sous réserve de la clause léonine.

La jurisprudence est venue au secours de cette égalité lorsqu'elle émane des parties. Par endroit, elle est venue imposer cette égalité à des personnes qui ne la voulaient pas<sup>115</sup>. Dans l'arrêt ROZENBLUM, elle a admis que l'intérêt général du groupe puisse être un fait justificatif à certaines opérations intra groupes à la condition qu'il ne traduit pas une excessive inégalité de traitement entre les sociétés du groupe<sup>116</sup>. L'illustration parfaite du contrôle d'égalité entre les associés par la jurisprudence est sans doute la sanction de l'abus de majorité, de minorité ou d'égalité<sup>117</sup>.

D'autre part, l'alinéa 2 de l'article 4 de l'AUSCGIE prohibe la méconnaissance de l'intérêt commun des associés aussi bien par les dirigeants sociaux que des organes de contrôle de la société. Il implique le respect scrupuleux de l'intérêt commun des associés dans la conduite de la politique sociale. La notion d'intérêt commun des associés implique des champs d'application différents entre l'intérêt commun des associés et l'intérêt social. Le premier régit les relations entre les associés et le second, les relations entre les associés et la personne morale. Et la sauvegarde de l'intérêt social, dans certaines situations, ne permet pas en même temps le respect de l'intérêt commun des associés. D'ailleurs, une conception économique ramène l'objectif à une recherche patrimoniale. Elle doit profiter aux associés et imprime la prééminence de l'évolution de la société et non des actes effectués<sup>118</sup>. Cette méconnaissance de l'intérêt commun des associés constitue une violation de l'intérêt social.

## **II. La méconnaissance de l'intérêt commun, violation de l'intérêt social**

En en croire Monique Aimé MOUTHIEU<sup>119</sup>, la rupture d'égalité constitue non seulement une entorse à l'intérêt commun des associés (A), mais sert de fondement à la violation de l'intérêt social (B).

### **A. La violation de l'intérêt commun des associés**

De prime abord, précisons que certaines manifestations d'atteintes à l'intérêt commun des associés s'avèrent légitimes en ce sens qu'elles sont d'origines légales. Il en est ainsi de la

---

<sup>115</sup> V. cass.com., 2 juillet 1985, Rev sociétés 1986, p. 231, note P. Le CANNU ; cass.com., 1<sup>er</sup> décembre 1987, Rev sociétés 1988, p. 237, note P. Le CANNU.

<sup>116</sup> M. A. MOUTHIEU NJANDEU, op. cit., p. 40.

<sup>117</sup> V. nos développements *infra* sur la sanction des actes en violation de l'intérêt social, acte anormal de gestion.

<sup>118</sup> M. A. MOUTHIEU NJANDEU, op. cit., p. 41.

<sup>119</sup> *Ibid.*, p. 45

prime d'émission<sup>120</sup>, des actions à droit de vote double<sup>121</sup>, de la suppression du droit préférentiel de souscription au profit d'une ou de plusieurs personnes déterminées<sup>122</sup>. Dans ces cas de figure, la rupture d'égalité sert l'intérêt commun des associés. Nous admettons que cette rupture d'égalité est au service de l'intérêt de la collectivité des associés. Ainsi, l'inégalité acceptée manifeste la force de la communauté d'intérêts des associés.

*A contrario*, certaines dispositions de l'AUSCGIE constituent de véritables entorses à l'intérêt commun des associés. Il en est ainsi des actions prioritaires<sup>123</sup>. Ils attribuent au profit des bénéficiaires des avantages patrimoniaux comme des parts supérieures dans le bénéfice ou dans le boni de liquidation, un droit de priorité dans le bénéfice ou dans les dividendes cumulés. Ces actions sont émises lors d'augmentation du capital afin de sortir la société des difficultés rencontrées. Elles visent à attirer les investisseurs. La rupture d'égalité peut apparaître dans la répartition entre associés des bénéfices et des pertes. Les tribunaux ne posent aucune exigence de parallélisme entre la répartition des bénéfices et la contribution aux pertes<sup>124</sup>. La seule exigence demeure la prohibition de la clause léonine.

Par ailleurs, l'excès de la loi de la majorité est patent. Arithmétiquement, la majorité exprime le grand nombre. Du point de vue politique, elle est la partie qui l'emporte lors des Assemblées générales. Elle est présumée être l'expression de la volonté générale dans l'intérêt commun de la collectivité des associés. Elle entraîne la stagnation ou exige l'unanimité lorsque deux associés d'une même société détiennent chacun cinquante pour cent (50%) des titres sociaux.

L'intérêt de la société commande la priorisation de la société et non sa paralysie. La majorité est l'émergence de puissance car le droit de vote est rattaché aux titres détenus par une personne physique ou morale voire un groupe de personnes. Les risques de manipulation du corps électoral par le biais de l'information ne peuvent être écartés. En définitive, l'égalité entre associés ne doit pas être conçue de manière abstraite. Elle doit être appréciée *in concreto* à la situation particulière de chaque associé. Sinon, elle risque de porter atteinte à l'intérêt commun des associés. Dans un sens, l'intérêt commun est l'intérêt recherché par tous les associés et dans un autre, il est la maximisation de la valeur boursière. Ces deux exigences ne se superposent pas. Elles doivent être en principe complémentaires. La responsabilité des

---

<sup>120</sup> V. art. 562 et ss. de l'AUSCGIE

<sup>121</sup> V. art. 752 de l'AUSCGIE

<sup>122</sup> V. art. 586 de l'AUSCGIE

<sup>123</sup> V. art. 755 de l'AUSCGIE

<sup>124</sup> J. MESTRE et D. VELARDOCCIO, *Lamy sociétés*, 2004, n°310 in M. A. MOUTHIEU NJANDEU, *op. cit.*, p. 46.

dirigeants sociaux doit être examinée du point de vue de l'intérêt au sens général du terme ou du point de vue de l'intérêt commun des associés<sup>125</sup>. Selon cet auteur, entre les associés se pose un choix entre l'intérêt de l'entreprise à long terme et le simple accroissement de la valeur boursière<sup>126</sup>. Si l'intérêt commun implique l'égalité des actionnaires, l'inverse n'est pas vrai et l'égalité paraît englober l'intérêt commun.

La rupture d'égalité doit être prouvée. Cette preuve incombe aux requérants qui allèguent cette rupture. Les majoritaires, ayant une mainmise sur la société, étant maîtres des procès-verbaux et du secret des affaires, c'est vers les dirigeants sociaux qu'ils pourront se retourner pour la recherche de ces preuves. Celle-ci s'avère difficile si les dirigeants sociaux sont de connivence avec la majorité. Un auteur<sup>127</sup> a pu proposer l'imposition de l'obligation de renseignement pour les majoritaires et l'octroi d'un droit d'inquisition pour les dirigeants. En ce sens, le législateur Ohada<sup>128</sup> fait dans la prévention à travers l'article 450<sup>129</sup>. La rupture d'égalité est constitutive de violation de l'intérêt social.

### ***B. La violation de l'intérêt social du fait de la rupture d'égalité entre associés***

L'intérêt social, traduction de l'intérêt commun des associés se confond à la réalisation et au partage de profit. Autrement dit, il serait l'augmentation de la valeur de la société au grand bonheur de chacun des associés.

La rupture d'égalité dans l'appropriation des richesses de la société constitue le critère matériel de l'acte contraire à l'intérêt social. La rupture apparaît lorsque les majoritaires prennent des décisions contraires à l'intérêt des minoritaires. Il est important de procéder à

---

<sup>125</sup> D. SCHIMDT, Entretien de Nantre de 1995, éd. E. II. supplé. CDE. p. 15-18 in M. A. MOUTHIEU NJANDEU, op. cit., p. 49.

<sup>126</sup> M. GERMAIN, op. cit. p. 15.

<sup>127</sup> G. SOUSI, op. cit., in M. A. MOUTHIEU NJANDEU, op. cit., p. 49.

<sup>128</sup> En droit Ohada, le droit d'inquisition de l'actionnaire s'exerce par le biais du commissaire aux comptes. Jouissant d'une indépendance totale vis-à-vis des associés et dirigeants sociaux, le commissaire aux comptes a le droit de s'informer sur le fonctionnement de la société. Dans son rapport annuel, les associés retrouveront les éléments de preuve dont ils auront besoin.

<sup>129</sup> « A peine de nullité de la convention, il est interdit aux administrateurs, aux directeurs généraux et aux directeurs généraux adjoints ainsi qu'à leurs conjoints, ascendants ou descendants et aux autres personnes interposées, de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert en compte-courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers. Cette interdiction ne s'applique pas aux personnes morales membres du conseil d'administration. Toutefois, leur représentant permanent, lorsqu'il agit à titre personnel, est également soumis aux dispositions de l'aliéna premier du présent article. Lorsque la société exploite un établissement bancaire ou financier, cette interdiction ne s'applique pas aux opérations courantes conclues à des conditions normales. » Le droit français va plus loin en permettant à l'actionnaire de s'instruire du montant global des rémunérations versées aux dirigeants [art. L 225-115 (4)], en sus, il est informé des fonctions occupées par les dirigeants de la société dans d'autres entreprises [art. 135-1° et 5° du décret du 23 mars 1967], des prises de participation et de contrôle, ainsi que des résultats de l'activité des filiales.

une analyse comparée entre l'exercice normal<sup>130</sup> du pouvoir majoritaire et la rupture d'égalité<sup>131</sup>. L'exercice normal du pouvoir majoritaire implique des prises de décisions dans l'intérêt de la collectivité des associés y compris les associés minoritaires qui avaient voté pourtant contre<sup>132</sup>.

*A contrario*, la théorie de l'acte anormal de gestion repose sur la rupture d'égalité entre les associés. Il en est ainsi lorsque les dirigeants mettent « *une dépense ou une perte à la charge d'une entreprise, ou qui prive cette dernière, sans que l'acte ne se justifie par les intérêts de l'exploitation* »<sup>133</sup>. Cette rupture s'apprécie également dans les opérations de fusion rapide qui utilisent la technique du *Leverage Buy Out (LBO)*<sup>134</sup>. La contrariété à l'intérêt social s'appréciera vis-à-vis de la parité d'échange. Celle-ci peut minorer la valeur des actions des minoritaires dans la société absorbante. Cet état de fait est contraire à la solution de la chambre criminelle de la Cour de cassation<sup>135</sup>. L'abus de majorité et celui de minorité qui en sont la face inversée, traduisent de la même manière cette rupture d'égalité.

Chacun des associés est débiteur de tous les autres associés par rapport à son apport. De même, chacun des associés est créancier de tous les autres associés quant au partage des bénéfices. Tous les associés sont à la fois débiteurs et créanciers de la collectivité des associés en ce sens que l'obligation qu'ils souscrivent envers la société a pour contrepartie un droit au

---

<sup>130</sup> Il y a rupture d'égalité et violation de l'intérêt social, lorsque par une décision de report de la distribution des bénéfices, les majoritaires entendaient pousser les minoritaires à brader les actions à vil prix. On ne saurait au titre de l'abus de majorité l' [la majorité] interdire de gérer en considération de ses seuls intérêts, de compromettre avec une entreprise concurrente, d'aliéner le contrôle de la société au bénéfice d'un étranger. La seule condition est que chacun des associés en tire bénéfice ou plus exactement un égal avantage.

<sup>131</sup> L'acte anormal de gestion est défini comme étant celui qui, sans être justifié par l'intérêt de l'entreprise, met à sa charge une dépense ou une perte ou qui la prive d'une recette. Il se traduit par une écriture comptable qui affecte le bénéfice imposable et qui est contraire à l'intérêt de l'entreprise.

<sup>132</sup> A titre illustratif, lorsque la majorité décide de ne pas distribuer les dividendes pour les mettre en réserve ou procéder à l'autofinancement, les minoritaires s'inclinent même s'ils entendaient percevoir dans l'immédiat les bénéfices. Dans ce cas, l'on saurait parler de rupture d'égalité en ce sens que les minoritaires sont en droit de retirer un avantage de la décision des majoritaires.

<sup>133</sup> M. COZIAN, *Précis de fiscalité des entreprises*, 20<sup>ème</sup> éd. Litec, 1996, n°3020 et ss., p. 646 à 646

<sup>134</sup> Apparue aux USA, cette technique consiste, schématiquement à faire supporter tout ou partie du financement nécessaire à la prise de contrôle par la société rattachée ou « société cible » et non pas par l'investisseur. *In concreto*, une société holding constituée pour la circonstance, s'endette pour rattacher les titres de la société cible, le remboursement des emprunts est opéré aux moyens des dividendes que la cible verse à la holding. De ce fait, la société doit détenir de la liquidité afin de supporter le poids de l'endettement et disposer d'un seuil de rentabilité élevé et durable.

<sup>135</sup> Cass. Crim, 10 juin 1995, pourtant le dirigeant majoritaire qui contrôlait la holding, bénéficiait indirectement de l'actif social transféré par l'effet de la fusion pour rembourser le passif d'acquisition au détriment des minoritaires qui n'avaient pas perçu une juste contrepartie ; Un auteur pense que cette décision s'explique par le fait que les parités ayant été faussées, les minoritaires voyaient ainsi la valeur de leur droit s'amoinrir car l'absorbante n'avait dans son patrimoine que des dettes : M. A. MOUTHIEU NJANDEU, op. cit., p. 49 et s.

bénéfice que celle-ci pourrait réaliser<sup>136</sup>. Dans le cas contraire, un déséquilibre apparaît<sup>137</sup>. Le contrat lorsqu'il n'est pas à exécution instantanée autorise une appréciation de la cause<sup>138</sup> de l'obligation sur toute sa durée<sup>139</sup>. Il convient de préciser qu'il n'y a pas d'opposition mais complémentarité entre cette appréciation plus poussée de la cause et celle de la seule présence d'une contrepartie<sup>140</sup>. Tout manquement de l'obligation d'un associé recourt à la violation de l'intérêt commun donc de l'intérêt social.

Si l'intérêt social à travers l'intérêt commun des associés est à la base de la constitution de la société, il ne doit pas être perdu de vue lors du fonctionnement de celle-ci.

## **Section II : L'intérêt social, finalité du fonctionnement de la société commerciale**

La vitalité du phénomène contractuel dans le fonctionnement de la société<sup>141</sup> est si forte que la loi ne saurait définitivement la remettre en cause. Le législateur a constamment en soucis les préoccupations des associés. La consécration des pactes extrastatutaires <sup>142</sup> (**paragraphe I**) et la reconnaissance de la liberté contractuelle (**paragraphe II**) à travers des formes sociétaires consacrées, en sont de parfaites illustrations de la part du législateur Ohada.

---

<sup>136</sup> Le contrat de société présente alors un caractère commutatif dans la mesure où l'obligation de chaque cocontractant a été souscrite en vue d'une contrepartie qui était regardée par lui comme équivalente.

<sup>137</sup> L'obligation à la charge de l'une des parties est alors partiellement dépourvue de cause à l'égard de l'obligation de l'autre. La répartition qui ne respecte pas la proportionnalité du contrat de société, donc du pacte social, traduit une absence partielle de cause de l'obligation des associés lésés. Aucun associé ne doit être avantagé au détriment des autres associés. Par conséquent, si la répartition n'observe pas le principe d'égalité, l'obligation des actionnaires se trouvent dépourvue de cause. L'interdépendance des obligations née du contrat à la formation subsiste pendant toute la durée de son exécution jusqu'à ce que chacun des associés ait obtenu son dû.

<sup>138</sup> La cause de l'obligation n'est pas considérée comme étant l'obligation de l'autre mais plutôt comme l'exécution de l'obligation de l'autre. Le contrôle de la cause ne s'est jamais véritablement arrêté à celui d'une contrepartie formelle d'un objet, et surtout d'un objet quelconque. Au-delà de la matérialité de cette contrepartie, la jurisprudence a très tôt examiné sa « réalité », son « sérieux » et ainsi que l'avantage qu'il représentait véritablement.

<sup>139</sup> C. LARROUMET, *Droit civil, « l'obligation »*, t III. Ed ECONOMIA, 1996, n°471 et ss.

<sup>140</sup> J. ROCHFELD, *Cause et types de contrats*, LGDJ, Paris 1999, n° 103, p. 96.

<sup>141</sup> A. FENEON, *Droit des sociétés en Afrique (OHADA)*, Paris, LGDJ, 2015, n° 1675 et in T. S. AMENYNU, « *Regards sur l'article 2-1 de L'Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du Groupement d'intérêt économique* », Bull. de droit écon., Uni. Laval, (2017)1.

<sup>142</sup> Les associés peuvent conclure des conventions extrastatutaires en vue notamment d'organiser, selon les modalités qu'ils ont librement arrêtées : les relations entre associés, la composition des organes sociaux, la conduite des affaires de la société, l'accès au capital de la société, la transmission des titres sociaux ; v. art. 2-1 de l'AUSCGIE

## **Paragraphe I : La validité des pactes extrastatutaires**

Appelées pacte d'actionnaires<sup>143</sup>, les conventions extrastatutaires sont celles par lesquelles deux ou plusieurs actionnaires, personnes physiques ou morales, organisent entre eux, selon un certain équilibre, les relations individuelles qu'ils entretiennent au sein de la société, au regard de la gestion du pouvoir et de la détention du capital<sup>144</sup>. Elles visent le maintien et/ou la recherche de l'intérêt des associés. Ces clauses obéissent à des règles précises (I) et demeurent encadrées (II) par le législateur Ohada<sup>145</sup>.

### **I. Les règles relatives aux clauses extrastatutaires**

La recherche de l'intérêt commun à travers les clauses extrastatutaires se manifeste par le renforcement de l'actionnariat entre associés (A) et/ou relatif à la gestion de la société (B) dans leur intérêt commun.

#### **A. Les clauses relatives au renforcement de l'actionnariat entre associés**

Les pactes d'actionnaires contribuent à rendre le fonctionnement des sociétés plus souple, plus flexible. Ils créent des espaces de liberté dans un milieu réputé hostile à la liberté contractuelle. Leur reconnaissance officielle permet de penser que le législateur a été séduit par leur utilité et essaie par la même occasion de séduire<sup>146</sup>. Pour ce qui est de l'organisation des relations entre associés plusieurs clauses concourent à définir leur actionnariat.

Dans les sociétés de personnes, le décès d'un associé est une cause de dissolution de la société. En effet, ces sociétés subissent fortement l'influence des événements qui atteignent personnellement les associés. C'est une des manifestations de l'*intuitu personae*. Mais les statuts peuvent en disposer autrement<sup>147</sup>. Une clause de continuation permet de poursuivre l'exploitation de la société entre les associés survivants et/ou entre les héritiers du défunt associé.

---

<sup>143</sup> Cette expression est assez réductible en ce sens que seules les sociétés anonymes qui sont des sociétés par action où les pactes d'actionnaires sont conclus entre actionnaires. C'est la raison pour laquelle nous les préférons conventions ou pactes extrastatutaires.

<sup>144</sup> C. LEROY, *Le pacte d'actionnaire dans l'environnement sociétaire*, thèse de doctorat, Paris, univ. Paris-Est, 2010, n°4 p. 7 in T. S. AMENYNU, *Ibid.*

<sup>145</sup> art. 2-1 rappelle sous réserve du respect des dispositions du présent Acte uniforme et des clauses statutaires et les clauses extrastatutaires sont autorisées aux fins expressément énoncées à l'art. 2-1.

<sup>146</sup> T. S. AMENYNU, *op. cit.* ; L'Afrique cherche clairement à séduire les investisseurs. De grosses opérations sont aujourd'hui réalisées sur le continent africain. On pense notamment à l'entrée de l'américain Carlyle dans le capital de la société de transport mozambicaine J&J Africa pour un montant estimé à 50 millions de dollars. En 2013, 100 millions de dollars ont été investis par Wendel, dans le groupe marocain d'assurances Saham. Les pactes extrastatutaires constituent pour ces opérations l'encadrement juridique idéal en ce qu'ils offrent de réelles garanties aux investisseurs. Ceux-ci auront notamment tendance à investir sous la garantie d'une clause de rachat de leurs actions.

<sup>147</sup> V. art. 290 et s. de l'AUSCGIE

En cas de mésententes graves entre associés, la clause de *buy or sell* donne à l'un des associés la possibilité de proposer ses titres à la cession à un prix qu'il aura déterminé. En cas de refus d'acheter du second, ce dernier n'aura d'autre choix que de céder ses titres. Cette clause permet d'éviter la paralysie de la société ou de mettre en péril son développement du fait de la mésentente inconciliable entre associés. La préservation de la relation sociétaire appelle les associés à inventer voire initier des mécanismes. Ainsi, la clause d'agrément<sup>148</sup> donne l'opportunité aux associés d'être informés de l'intention d'un associé de céder ses titres sociaux. L'associé cédant doit obtenir préalablement à la cession l'autorisation de la collectivité des associés. Elle peut aussi se réaliser par le biais de la clause de préemption<sup>149</sup>. Ces différentes clauses permettent de ne pas faire entrer des tiers indésirables dans la société ou simplement maintenir la relation contractuelle.

De même, les associés peuvent s'engager mutuellement, à travers une clause anti-dilution, à ne pas modifier à la hausse leur pourcentage initial de détention des actions et des droits de vote de la société. Ils peuvent également décider de ne pas acquérir des titres les amenant à dépasser certains seuils, une minorité de blocage, un contrôle majoritaire. Ainsi, cette clause permet de maintenir le pourcentage de capital de chacun des associés dans le capital de la société en cas d'émission de titres. Ces clauses restent de mise aussi bien dans les sociétés de personnes que dans les sociétés de capitaux<sup>150</sup>. Elles ne sauraient prospérer dans les sociétés à capital variable<sup>151</sup>.

Selon le Professeur Patrice BADJI<sup>152</sup>, l'attractivité a toujours été pour l'Ohada une question existentielle. La politique législative ayant motivé l'affirmation officielle de la validité des conventions extrastatutaires s'inscrit sans nul doute dans cette logique. De tels instruments constituent un outil d'attraction pour les investisseurs qui souhaitent aménager

---

<sup>148</sup> Elle est aussi valable pour les sociétés de capitaux, v. art 765 et s. de l'AUSCGIE.

<sup>149</sup> Selon l'art. 318 du COCC, le droit de préemption donne à une personne la faculté de se porter acquéreur d'un bien de préférence à toute autre. Dans le cas de la clause extrastatutaire en droit des sociétés, ce sera le droit de priorité accordé aux autres associés quant à l'achat des titres proposés à la vente.

<sup>150</sup> V. art. 318 et s. pour les SARL et art. 765 de l'AUSCGIE pour les clauses d'agrément relatives à la limitation de la transmission des actions dans les sociétés anonymes.

<sup>151</sup> Ne peuvent être constituées commerciales à capital variable que les SA ne faisant pas appel public à épargne, c'est-à-dire celles, dont le capital social minimum est supérieur à 10.000.000 et inférieur à 100.000.000 de FCFA. Pour les sociétés par action simplifiées, le législateur Ohada n'a pas exigé un capital minimum et tout porte à croire qu'elles peuvent être à capital variable. Mais les sociétés de personnes et les SARL demeurent exclues de cette possibilité.

<sup>152</sup>P. S. A. BADJI, « Réflexions sur l'attractivité du droit OHADA », (2014) 2 B.D.E.

par avance leur sortie notamment dans le cadre des opérations de capital-investissement<sup>153</sup>. Par la même occasion, les associés se taillent sur mesure leur relation à travers la préservation de leur intérêt commun. Ils font de la société la leur. Cette liberté d'organisation de la relation entre associés est aussi perceptible dans les clauses relatives à la gestion de la société que les associés instaurent entre eux.

### ***B. Les clauses relatives à la gestion de la société***

L'un des droits fondamentaux des associés reste le droit de vote<sup>154</sup>. C'est la raison pour laquelle les conventions aménageant ce droit dans les sociétés font l'objet de vives controverses. Selon un auteur<sup>155</sup> « *les changements intervenus tant dans les solutions jurisprudentielles que dans les analyses doctrines constituent un bon témoignage de l'évolution des juristes faces aux aménagements conventionnels du fonctionnement des sociétés* ». Par convention de vote<sup>156</sup>, plusieurs associés s'engagent réciproquement à voter dans un sens déterminé lors des scrutins d'où sortiront les décisions sociales, ou renoncent à prendre part à certains votes, ou s'engagent à voter dans un sens déterminé.

Certains pactes s'avèrent illicites et ne peuvent prospérer. Il en est ainsi des conventions consistant à céder le droit de vote contre un avantage en nature ou en numéraire. Ceci est constitutif de trafic de suffrage qui est un fait pénalement répréhensible de même que les conventions de vote permanentes et les conventions dites *syndicat de blocage*<sup>157</sup>. D'ailleurs, une controverse doctrinale entoure la question des conventions de vote. Si une certaine doctrine prône l'invalidité de ces conventions du fait que le droit de vote est d'ordre

---

<sup>153</sup> V. T. S. AMENYNU, op. cit., : Le capital investissement correspond à une idée déjà ancienne aux États-Unis où l'on parle de *venture capital*. Encore appelé *capital développement*, cette activité couvre dans une acception large toutes les activités d'apport de fonds propres à des sociétés non cotées. Il affirme que « *La question du capital investissement est d'autant plus d'actualité que l'Afrique subsaharienne constitue son nouveau terrain de jeu. Les marchés émergents du continent attirent des investisseurs de plus en plus diversifiés. C'est ainsi qu'au premier trimestre 2014, les fonds internationaux de private equity (équivalent anglophone du capital investissement) ont investi 1,5 milliards de dollars en Afrique soit une hausse de 137%28. L'Afrique cherche clairement à séduire les investisseurs* ».

<sup>154</sup> V. art. 334 de l'AUSCGIE pour les SARL

<sup>155</sup> M. JEANTIN, *Les conventions de vote*, in *La stabilité du pouvoir dans les sociétés*, JR com. 1990, n° spéc. nov. p. 124 cité par M. A MOUTHIEU NJANDEU, art. précité. p. 221-222.

<sup>156</sup> Il est question de la validité des conventions de vote. Le législateur Ohada n'a pas spécifiquement traité de la question, mais y fait référence à travers l'article 175 de l'AUSCGIE relatif aux groupes de sociétés.

<sup>157</sup> Les premières conduisent à la suppression implicite du droit de vote et dans les secondes les associés s'engagent à voter selon les résultats majoritaires d'un vote interne à leur groupe. Toutes ces conventions sont annulées car contraire à l'intérêt social. Les intérêts des signataires de la convention ne sauraient en aucun prévaloir sur l'intérêt de la société.

public<sup>158</sup>, une autre doctrine prône leur validité dès lors qu'elles ne sont pas en contrariété avec l'intérêt social.

La preuve de cette contrariété à l'intérêt social doit être apportée par celui qui l'allègue<sup>159</sup>. Ce critère a pu valider, comme conforme à l'intérêt de la société, une convention qui n'en était pas une, *a priori*. Ont été considérés comme conformes à l'intérêt de la société des accords contractuels relatifs à l'aménagement du pouvoir dans les sociétés. Ils ont reçu le nom de clauses dites « *de pérennité* »<sup>160</sup> et toutes les conventions apportant une stabilité de vote.

La dernière révision de l'Acte uniforme a servi de prétexte au législateur pour cerner le régime juridique<sup>161</sup> de l'apport en industrie<sup>162</sup>. L'apporteur en industrie ne dispose que d'un savoir-faire qu'il attribue à la société. Par une clause de non concurrence, les associés ne peuvent pas exercer une activité concurrente à celle de la société pendant une certaine période. Cette clause n'est pas forcément liée à un contrat de travail. Elle permet à l'entreprise d'éviter que ses associés soient débauchés par une entreprise concurrente ou ne fassent concurrence à l'entreprise. De plus, une clause relative à la propriété intellectuelle oblige les associés à acheter ou déposer des brevets, marques, ou autres droits concernant la propriété intellectuelle par rapport à l'activité de la société, uniquement au nom de la société. Elle permet à l'entreprise de détenir les droits de propriété intellectuelle développés par un associé dans le cadre de l'activité de l'entreprise afin que l'associé ne concurrence pas la société en partant.

En somme, les associés disposent d'un large éventail leur permettant d'organiser, non seulement leur relation réciproque mais aussi le fonctionnement de leur entreprise commune. Cela dénote la place prépondérante des associés dans l'appréciation de l'intérêt social comme

---

<sup>158</sup> De ce fait, toute atteinte ne peut être autorisée que dans les cas limitativement prévus par la loi. Une simple convention des parties est en principe impuissante à supprimer ou à limiter ce droit de vote.

<sup>159</sup> V. sur cette question les développements de M. A. MOUTHIEU NJANDEU, *op. cit.*, 2009p. 222 et ss.

<sup>160</sup> D. SCHMIDT, *De l'intérêt social*, JCP 1995, éd. E, I, n°488 et D. SCHMIDT, *De l'intérêt commun des associés*, JCP 1994, II, n°3793.

<sup>161</sup> L'apporteur en industrie doit rendre à la société la contribution promise et lui doit compte de tous les gains qu'il a réalisés par l'activité faisant l'objet de son apport. Les statuts décrivent l'apport en industrie et déterminent les modalités de sa libération y compris la durée des prestations qui seront fournies par l'apporteur, le nombre de titres sociaux attribués en rémunération de ces prestations et les droits attachés aux titres dans le partage des bénéfices et de l'actif net. Les statuts déterminent également les modalités de liquidation de ces titres en cas de cessation par l'apporteur de l'activité faisant l'objet de son apport ; v. art. 50-2 et s. de l'AUSCGIE.

<sup>162</sup> Les apports en industrie sont réalisés par la mise à disposition effective de la société de connaissances techniques ou professionnelles ou de services. Ils sont interdits dans les sociétés anonymes. L'article 50-1 de l'AUSCGIE révisé pose la question de la nature et du domaine de l'apport en industrie.

étant leur intérêt commun. Toutefois, le législateur demeure très regardant en encadrement ces clauses extrastatutaires.

## **II. L'encadrement des clauses extrastatutaires**

L'encadrement des clauses extrastatutaires est d'origine légal ou statutaire (A). Le non-respect des clauses est constitutif de sanctions (B).

### **A. L'encadrement légal et statutaire des clauses extrastatutaires**

Les statuts de la société commerciale et du groupement d'intérêt économique ne peuvent déroger aux dispositions du présent Acte uniforme sauf dans les cas où celui-ci autorise expressément l'associé unique ou les associés soit à substituer des clauses statutaires aux dispositions du présent Acte uniforme, soit à compléter par des clauses statutaires les dispositions du présent Acte uniforme<sup>163</sup>. Dit autrement, seul le législateur autorise les dérogations qui peuvent être apportées aux dispositions de l'AUSCGIE.

Le droit des sociétés apparaît comme un droit rigide et pointilliste. Il y règne un ordre public auquel les parties ne peuvent déroger. Sans encadrement, le recours aux pactes d'actionnaires pourrait avoir comme conséquence un bouleversement de l'ordre public sociétaire. Cette crainte du législateur est manifeste. Il prend soin de rappeler l'exigence du respect de cet ordre public sociétaire que la consécration des pactes extrastatutaires prend plutôt l'allure d'un confinement<sup>164</sup>.

Nonobstant la validité des conventions de vote dans les sociétés à responsabilité limitée, la tenue de l'Assemblée générale est obligatoire lorsqu'il est question d'approuver les comptes annuels, lorsque la réunion est demandée par un ou plusieurs associés détenant la moitié du capital social, ou s'ils représentent au moins le quart des associés, le quart des parts sociales, lorsqu'un associé demande en justice la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'Assemblée et de fixer son ordre du jour, lorsque la convocation est le fait du commissaire aux comptes après en avoir vainement requis du gérant<sup>165</sup>.

Dans les sociétés anonymes, les clauses d'aliénabilité des actions participent à la protection des sociétés contre les prises de contrôle d'origine extérieure à l'espace Ohada. Ainsi, les clauses d'aliénabilité affectant des actions ne sont valables que si elles prévoient une interdiction d'une durée inférieure ou égale à dix ans et qu'elles soient justifiées par un

---

<sup>163</sup> Art. 2 de l'AUSCGIE.

<sup>164</sup> V. T. S. AMENYNU, op. cit.

<sup>165</sup> V. art 333 al. 2 et 337 de l'AUSCGIE.

motif sérieux et légitime<sup>166</sup>. Dans les sociétés en commandite simple, la tenue d'une Assemblée de tous associés est de droit si elle est demandée soit par un associé commandité ou le quart en nombre et en capital des associés commanditaires. Les statuts fixent les modalités de la consultation qui peuvent se faire en Assemblée ou par consultation écrite ainsi que les règles de quorum et de majorité<sup>167</sup>.

En faveur de la révision de l'Acte uniforme, les parts sociales sont en principe cessibles<sup>168</sup>. Mais dans les sociétés de personnes, le consentement unanime des associés est exigé. Conscient qu'une personne ne peut être éternellement maintenue dans le lien contractuel, le législateur offre la possibilité aux associés des aménagements permettant à l'associé désireux de quitter la société. Cette violation est désormais sanctionnée par la nullité<sup>169</sup>. De même, les formalités relatives à la publicité ne peuvent faire l'objet de dérogation<sup>170</sup>. De ce point de vue, certaines clauses ne peuvent prospérer dans les sociétés de personnes.

Beaucoup de pays<sup>171</sup> fondent la validité des conventions au regard de l'intérêt social. La jurisprudence<sup>172</sup> est sans équivoque sur cette condition. L'intérêt social est le critère d'appréciation de la licéité ou non d'une convention qui ne viole pas une règle impérative<sup>173</sup>. Dans le cas contraire, des sanctions sont prévues.

### ***B. Les sanctions relatives aux clauses extrastatutaires***

Les clauses extrastatutaires sont des contrats entre associés. Elles n'engagent que ceux des associés qui y ont consentis. Elles diffèrent, de ce fait, des statuts qui sont les actes constitutifs du contrat de société où toutes les parties sont concernées.

Ainsi, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites<sup>174</sup> : c'est la force obligatoire des conventions. Elles ne peuvent, en principe, ni profiter

---

<sup>166</sup> V. art. 765-1 de l'AUSCGIE ;

<sup>167</sup> V. art. 302 al. 2 de l'AUSCGIE.

<sup>168</sup> Art. 57 de l'AUSCGIE.

<sup>169</sup> V. 274 de l'AUSCGIE.

<sup>170</sup> V. 275 de l'AUSCGIE.

<sup>171</sup> L'Allemagne, l'Angleterre, la France avec la loi du 15 mai 2001 a modifié l'art. L. 233-3, 2° du Code de commerce en qui rajoute un III qui évoque singulièrement les « *accords en vue de mettre en œuvre une politique commune* ».

<sup>172</sup> En droit français, la première jurisprudence sur cette question est relevée dans l'affaire MARINE-FIRMINY, V. Trib. Com., Paris, 1<sup>er</sup> Août 1974, p. 685, note B. OPPETIT ; RTD com. 1974, p. 130, obs. R. HOUIN, in M. A MOUTHIEU NJANDEU, art. précité. p. 223, confirmée dans l'affaire RIVOIRE et CARRET LUSTUCRU

<sup>173</sup> V. T. S. AMENYNU, op. cit.

<sup>174</sup> V. art. 1134 du C. civ. et 96 de COCC.

ni nuire aux tiers<sup>175</sup>, c'est leur effet relatif. Elles ne peuvent pas nuire aux associés non signataires. Les règles relatives au droit commun des contrats restent valables pour les contrats extrastatutaires. Le débiteur d'une obligation de faire ou de ne pas faire doit exécuter complètement son obligation. A défaut, il est tenu à réparation<sup>176</sup>. Cette réparation s'apprécie en dommages et intérêts et à la nullité des délibérations prises.

L'attractivité suppose aussi l'efficacité des pactes. Et c'est généralement sur ce point que des interrogations subsistent. L'idée communément partagée est que les pactes font naître à la charge des parties des obligations de faire qui ne pourraient se résoudre qu'en dommages et intérêts en cas d'inexécution. Cette sanction purement pécuniaire a été qualifiée de « *faiblesse congénitale des pactes d'actionnaires* »<sup>177</sup>. Pour renforcer leur efficacité, le législateur fait le choix de la nullité en cas de fraude. Ainsi, aux termes de l'article 771-3 alinéa 2 de l'AUSCGIE, « *dans le cas où une clause de préemption est stipulée dans les conventions de l'article 2-1, toute cession d'actions réalisées en violation du droit de préemption est nulle dès lors qu'il est démontré que l'un des bénéficiaires en avait connaissance ou ne pouvait en ignorer l'existence* »<sup>178</sup>.

La nullité constitue la sanction de la violation du droit de préemption. On aurait pourtant souhaité que le législateur ouvre la possibilité à l'exécution forcée dans certains cas<sup>179</sup>. En effet, en annulant des actes, les parties reviennent au *statu quo ante*. Ce faisant, dans l'hypothèse où il y aurait eu une nouvelle violation du pacte, c'est de nouveau la nullité qui serait encourue. S'il est vrai que c'est une manière indirecte de forcer les parties au respect de leur engagement, force est de reconnaître que l'efficacité d'une telle mesure reste à revoir. L'admission de l'exécution forcée sous certaines conditions aurait donc constitué un

---

<sup>175</sup> V. art. 110 du COCC.

<sup>176</sup> V. art. 6 du COCC.

<sup>177</sup> Michel JEANTIN, note sous Com. 7 mars 1989, cité par Y. LOKOTILOVA, préc., note 23 in T. S. AMENYNU, op. cit.

<sup>178</sup> Rapport de CA Versailles, 20 juin 2003 : « *Doit être annulée une cession d'actions consentie au mépris d'un pacte de préférence dès lors qu'elle a résulté d'une collusion frauduleuse entre les parties, caractérisée, d'une part, par la connaissance que le tiers acquéreur a eue de l'existence de ce pacte et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir et, d'autre part, par la volonté des parties d'ignorer les droits de ce dernier* », R.J.D.A. 2003.12, no 1189, p. 1032 in T. S. AMENYNU, op. cit.

<sup>179</sup> Sur cette question voir G. RICHARD et B. BRIGNON, « *Comment renforcer la force obligatoire des pactes d'associés ?* », (2014) 2 Actes pratiques et Ingénierie sociétaire, p. 31 et s. ; Y. REINHARD, « *Exécution en nature des pactes d'actionnaires* », (2005) 1 Revue des contrats, p. 115 et s.

gain de temps<sup>180</sup>. Sous réserves de cette observation, l'admission de la nullité constitue déjà un pas important en ce qu'elle oblige indirectement les parties au respect de leur convention.

En tout état de cause, les clauses extrastatutaires permettent de raffermir les relations entre associés et de collaborer ensemble à la gestion de leur entreprise commune. Cette liberté contractuelle apparaît aussi à travers la consécration des certaines formes sociétales consacrées par le législateur Ohada.

## **Paragraphe II : La consécration de la liberté contractuelle**

La société en participation (I) et la société par actions simplifiée (II) retiendront notre attention.

### **I. La liberté contractuelle dans la société en participation**

Nonobstant la société de fait et celle créée de fait<sup>181</sup>, la société en participation retiendra notre attention en ce sens qu'elle est la véritable résultante de la volonté des associés de ne pas l'immatriculer. Son existence (A) et son fonctionnement (B) seront appréciés au regard de l'intérêt commun des associés.

#### **A. L'intérêt commun au niveau de l'existence de la société en participation**

La société en participation est celle dans laquelle les associés conviennent qu'elle ne sera pas immatriculée au RCCM<sup>182</sup> et qu'elle n'aura pas de personnalité morale. Elle n'est pas soumise à publicité et son existence peut être prouvée par tous moyens<sup>183</sup>. Elle consacre la liberté contractuelle des associées, eu égard, à leur volonté de ne pas la doter de la personnalité juridique.

---

<sup>180</sup>Une solution bien connue est en cela très édifiante. Dans le cadre d'une opération de restructuration, la société Metaleurop prend l'engagement, dans un accord extrastatutaire, de souscrire à l'augmentation de capital de la société Delot Metal à hauteur de huit millions de francs. Puis Metaleurop, au cours de l'assemblée générale qui suit, refuse de voter l'augmentation. L'attendu de principe de l'arrêt rendu le 30 juin 1995 par la Cour d'Appel de Paris aurait pu constituer une source d'inspiration : « Si, aux termes de l'article 1142 du code civil, l'obligation de faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur, il résulte des dispositions suivantes que le créancier a néanmoins le droit de réclamer l'exécution en nature, chaque fois que cette exécution est possible... » ; Arrêt Metaleurop, Paris, 30 juin 1995, J.C.P. éd. E, 1996.795, note J-J DAIGRE ; in T. S. AMENYNU, op. cit.

<sup>181</sup> « Il y a société créée de fait lorsque deux (02) ou plusieurs personnes physique ou morales se comportent comme des associés sans avoir constitué entre elles l'une des sociétés reconnues par le présent Acte uniforme. » Article 864, et l'article 865 de préciser que « lorsque deux (02) ou plusieurs personnes physiques ou morales ont constitué entre elles une société reconnue par le présent Acte uniforme mais qui comporte un vice de formation non régularisé ou ont constitué entre elles une société non reconnue par le présent Acte, il y a société de fait ».

<sup>182</sup> C'est le registre du commerce et du crédit mobilier. Il est tenu au greffe de la juridiction compétente dans chaque états-membres. L'immatriculation de la société de même que les transformations importantes lors de son fonctionnement y sont mentionnées.

<sup>183</sup> V. l'article 854 de l'AUSCGIE.

Les conditions de l'article 4 de l'AUSCGIE sont requises en sus des conditions de validité communes relatives à tout contrat<sup>184</sup>. La société en participation n'ayant pas de personnalité morale du fait de son non immatriculation, les attributs essentiels comme la dénomination, le siège social, la nationalité etc. ne peuvent lui être reconnue.

Par ailleurs, l'article 857 de l'AUSGIE précise que les biens nécessaires à l'activité sociale sont simplement mis à la disposition de la société. Contrairement aux sociétés dotées de la personnalité morale, les associés restent propriétaires de leurs biens. Par conséquent, les créanciers de la société sont assimilés aux créanciers personnels des associés en cas de disparition du caractère occulte de la société en participation<sup>185</sup>. Les associés peuvent convenir de mettre certains biens en indivision. Cette dernière peut résulter, soit de la volonté commune des associés ou soit, que les biens sont acquis par tous les associés.

La fin de la société en participation demeure calquée sur le modèle des sociétés en nom collectif. Il s'agit, entre autres du décès d'un associé<sup>186</sup>, de la décision de liquidation des biens, de faillite ou des mesures d'incapacité ou d'interdiction d'exercer une activité commerciale prononcées contre un associé<sup>187</sup> etc. Une stipulation de continuation peut être décidée par les associés. Qui plus est, un associé peut faire appel au juge pour la résolution du contrat de société en cas d'inexécution par l'un des associés de ses obligations. Chacun des associés a la faculté de mettre fin à tout moment à la société lorsqu'elle est à durée indéterminée.

Un auteur<sup>188</sup> a pu reconnaître que le cadre contractuel de la société en participation crée une situation virtuelle qui ne concerne que les associés. En guise d'illustration, poursuit-il, une opération immobilière peut se réaliser sur le terrain appartenant à un premier associé, grâce aux fonds d'un second associé et l'industrie d'un troisième associé. L'intérêt commun est plus qu'apparent dans la société en participation car les associés s'accordent à partager les gains et à contribuer aux pertes.

L'on ne saurait faire état d'un intérêt social comme intérêt de la société, en ce sens que, la société n'a aucune personnalité juridique. C'est la raison pour laquelle, l'article 4 aliéna 2 trouve toute sa quintessence et sa force en reconnaissant que « *la société commerciale*

---

<sup>184</sup> V. article 47 de la COCC.

<sup>185</sup> M. A. MOUTHIEU NJANDEU, op. cit., p. 33

<sup>186</sup> V. art. 290 de l'AUSCGIE.

<sup>187</sup> V. art. 291 de l'AUSCGIE.

<sup>188</sup> Ibid.

*est créée dans l'intérêt commun des associés* ». Cette liberté des associés est perceptible dans le fonctionnement de la société en participation.

### ***B. L'intérêt commun au niveau du fonctionnement de la société en participation***

Le contrat de société en participation apparaît comme un contrat collectif dans l'intérêt commun des associés. En principe, l'absence de personnalité morale écarte la présence d'un dirigeant. Si chacun des associés conserve une liberté totale d'action, il n'en demeure pas moins que le contrat de société peut apporter une limitation dans le but de préserver l'intérêt commun des associés.

Si le contrat de société donne à un des associés le pouvoir d'agir au nom et pour le compte des autres associés, il va sans dire que ces derniers perdent leurs pouvoirs et leurs prérogatives cédés. Ce mandataire ne sera pas pour autant celui des autres associés car il contractera à son nom personnel et sera seul tenu à l'égard des tiers. Si les associés agissent expressément en leur qualité d'associés auprès des tiers, chacun d'entre eux est tenu par les engagements des autres. Les obligations souscrites les engagent indéfiniment et solidairement. Il en est de même de l'associé qui, par son immixtion, a laissé croire au cocontractant qu'il entendait s'engager à son égard et dont il est prouvé que l'engagement a tourné à son profit<sup>189</sup>.

Lorsque les engagements sont révélés aux tiers, le gérant ne s'interpose plus entre les associés et ces tiers. Ces derniers peuvent agir directement contre les associés. Si cette révélation résulte de l'imprudence du gérant, les autres associés ne peuvent être tenus. L'aspect occulte n'empêche en rien le fait que les décisions doivent être prises à l'unanimité des associés sauf stipulation contraire.

En France, l'article 1871-1 du Code civil s'oppose à toutes décisions prises par majorité et calque les rapports entre associés sur le fondement de la société en nom collectif. Nous pensons que cela s'explique par les principes de l'autonomie de la volonté et de la force obligatoire du contrat.

La discrétion est de taille dans les sociétés en participation et la notion d'intérêt commun est largement réaffirmée par l'article 855 de l'AUSCGIE. En effet, les associés conviennent librement de l'objet, de la durée, des conditions de fonctionnement, des droits des associés, de la fin de la société en participation sous réserve de ne pas déroger aux règles impératives des dispositions communes aux sociétés, exception faite de celles qui sont

---

<sup>189</sup> V. article 861 de l'AUSCGIE.

relatives à la personnalité morale. Par contre, dans les sociétés dotées de l'autonomie patrimoniale et de la personnalité juridique, la personnalité morale fait écran entre la société et les associés. Cette autonomie des associés est perceptible dans les sociétés par actions simplifiées.

## **II. La liberté contractuelle dans la société par actions simplifiée**

La société par actions simplifiée est une société instituée par un ou plusieurs associés dont les statuts prévoient librement l'organisation et le fonctionnement sous réserve des règles impératives de l'acte uniforme<sup>190</sup>. Si les associés jouissent d'une grande liberté<sup>191</sup> dans la création et la gestion (A) de leur « outil », il n'en demeure pas moins que le législateur Ohada pose des exigences<sup>192</sup> (B).

### **A. La liberté de principe dans la société par actions simplifiée**

Cette liberté est apparente tant dans l'organisation et le fonctionnement que des rapports entre associés de la société par actions simplifiée.

La participation active des associés à l'organisation de leur structure d'exercice procède du retour à l'autonomie de la volonté dans les rapports intra-sociétaux. La caractéristique essentielle de cette forme sociétale réside dans la prééminence des stipulations statutaires et extrastatutaires sur les dispositions non impératives de l'AUSCGIE<sup>193</sup>. A la constitution de la société, les statuts peuvent être enregistrés, soit par acte notarié<sup>194</sup>, soit par acte sous seing privé<sup>195</sup>. De même, les formalités de constitution peuvent se faire

---

<sup>190</sup> V. art. 853-1 de l'AUSCGIE.

<sup>191</sup> Cette considération l'amène par conséquent à laisser les entrepreneurs libres de substituer aux dispositions non impératives de l'AUSCGIE les règles auxquelles ils ont convenu. À défaut de disposition qui leur convienne, les associés complètent les dispositions de droit commun par les stipulations conventionnelles<sup>33</sup> qu'ils agréent. Ce qui fait que, comparativement à l'actuelle SAS, la liberté dont sembleraient jouir les associés dans les autres formes sociales apparaît aujourd'hui bien partielle. En effet, dans la SAS, les associés disposent de toute la latitude dans l'organisation de leur société, mais également dans la fixation de ses conditions de fonctionnement.

<sup>192</sup> La nécessité d'encadrer l'exercice des activités économiques occulte parfois le fait que la prescription de règles d'ordre public de protection dépend d'un aménagement de celles relatives à l'ordre public de direction. Le contrôle de l'exercice des activités économiques dans le ressort territorial des États membres de l'OHADA s'efforce de concilier ces deux impératifs. Cette préoccupation ressort de l'obligation qui incombe à toutes les sociétés constituées dans le ressort territorial des États membres de se conformer à l'AUSCGIE. Bien qu'il s'agisse d'une injonction, le législateur OHADA tient pourtant compte du fait que la société demeure avant tout un contrat, même s'il contrôle les usages qu'en font les associés.

<sup>193</sup> F. E. NDJOLO VODOM, « *Réflexions sur la société par actions simplifiée de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)* » Docteur en droit et enseignant-assistant à l'Université de Yaoundé II SOA (Cameroun), 50 *RJTUM* 35, 2016 :

<sup>194</sup> Art. 10 de l'AUSCGIE.

<sup>195</sup> Art. 10 et 11 de l'AUSCGIE.

électroniquement<sup>196</sup>. Qui plus est, les dispositions relatives aux sociétés anonymes compatibles peuvent être empruntées par les associés<sup>197</sup>.

Le poids de la force obligatoire des statuts sur les associés explique que l'intention commune des associés doive y être plus explicitement matérialisée et formalisée que dans une société commerciale traditionnelle<sup>198</sup>. Le respect de cette exigence évite tout blocage produit par leur interprétation erronée<sup>199</sup>. La liberté s'accompagne corrélativement de la faculté pour ceux-ci d'en contrôler aussi bien l'accès que la sortie. Cette liberté est organique<sup>200</sup>.

Ainsi, sa préservation est une condition de continuation de l'existence de la société. Il est davantage question de sacrifier la liberté d'accès au capital comme dans la société anonyme. Il est gage d'équilibre des pouvoirs politiques dont jouissent les associés. Ainsi, la pérennité d'un actionariat à la fois stable et homogène prime sur le droit à l'entrée de nouveaux membres. Cet impératif s'impose dans une moindre proportion dans la société par action simplifiée que dans la société à responsabilité limitée. Les conditions d'exercice des clauses doivent être portées à la connaissance des futurs associés qui pourront en prendre connaissance par le biais des statuts régulièrement publiés ou par la consultation des documents écrits avant la cession. Les modalités d'exclusion d'un associé doivent être clairement définies et prévues par les statuts<sup>201</sup>. Il en est de même pour la cession des titres sociaux<sup>202</sup>.

La société par actions simplifiée se caractérise par l'absence de capital social minimum exigé pour sa constitution<sup>203</sup>, ce qui est parfaitement en phase avec l'absence de seuil pour la valeur nominale des actions d'où son opposition une fois de plus aux autres sociétés de capitaux. Il appartient aux statuts d'en disposer librement<sup>204</sup>. L'autonomie de la

---

<sup>196</sup> Art. 256-1 de l'AUSCGIE.

<sup>197</sup> Art. 853-3 de l'AUSCGIE.

<sup>198</sup> La valeur contractuelle des stipulations statutaires qui est rappelée par l'art. 12 de l'AUSCGIE s'inscrit dans le droit fil de la force obligatoire des conventions. Dans la SAS, le caractère contraignant des statuts est renforcé par le fait que la loi confère aux associés toute liberté pour déterminer ses règles de fonctionnement. Aussi, l'avantage comparatif de la SAS par rapport aux autres sociétés par actions de droit OHADA réside dans sa dépendance presque totale des statuts, ce qui ne se retrouve ni dans la SA, ni dans la SARL, et encore moins dans la société en nom collectif (SNC), in F. E. NDJOLO VODOM Ibid.

<sup>199</sup> F. E. NDJOLO VODOM Ibid

<sup>200</sup> Pierre-Louis Périn, *L'organisation des pouvoirs dans la société par actions simplifiée*, thèse de doctorat en droit privé, Paris, Faculté des études supérieures, Université Paris 2/Panthéon-Assas, 1999.

<sup>201</sup> V. art. 853-19 de l'AUSCGIE.

<sup>202</sup> V. art. 853-19-1 et s. de l'AUSCGIE.

<sup>203</sup> 853-5 de l'AUSCGIE.

<sup>204</sup> Ceci revient à dire que la compétence quasiment universelle des statuts s'étend aux conditions de réalisation des apports des associés, ce qui n'a rien de choquant car la somme des apports consentis par les

volonté des associés leur octroie la liberté de répartition à leur guise des prérogatives politiques et financières attachées à leurs actions au moyen des statuts. La seule limite à la redistribution inégalitaire de ces droits reste la prohibition des clauses léonines<sup>205</sup>.

A la grande liberté dont jouissent les associés dans l'organisation et le fonctionnement de leur société ainsi que dans la détermination des rapports les unissant, le législateur pose certaines exigences.

### **B. Les exigences posées par le législateur Ohada**

La seule institution imposée par l'AUSCGIE aux constituants de la société par actions simplifiée est la présence d'un président aux fins d'administration et de gestion<sup>206</sup>. Il n'est pas inutile de rappeler que c'est le président qui établit le rapport annuel de gestion de la société par actions simplifiée<sup>207</sup>.

Sa qualité et sa désignation n'appellent pas de remarques particulières en ce qui concerne la société par actions simplifiée à associé unique, eu égard au cumul des qualités de président et d'associé. Dans l'hypothèse contraire, les statuts précisent de manière explicite les conditions d'exercice des fonctions de président<sup>208</sup>, lequel peut être une personne physique ne faisant l'objet d'aucune interdiction légale d'exercice ou une personne morale<sup>209</sup>.

Selon cet auteur<sup>210</sup>, sans limite statutaire, la lecture de l'article 853-7 permettrait presque d'affirmer que les prérogatives du président<sup>211</sup> de la société par actions simplifiée

---

associés forme le capital social. Cependant, la différence de nature que ces apports peuvent avoir n'autorise pas toujours un calcul exact de leur valeur.

<sup>205</sup> V. art. 54 de l'AUSCGIE ; Cour Suprême, Abidjan, 6 Mars 2008, *Société Tropical Bois c/ Boussou Maxime*, no 056/08 (Côte d'Ivoire). La Cour suprême de Côte d'Ivoire a donc cassé l'arrêt de la Cour d'appel d'Abidjan, Abidjan, 30 Juin 2006, *Société Tropical Bois c/ Boussou Maxime* (Côte d'Ivoire) en ce qu'elle avait qualifié de léonine la clause d'un contrat de livraison de bois conclu par Monsieur Bossou avec la Société Tropical Bois, sans préalablement déterminer l'existence d'un véritable contrat de société conclu entre ces deux parties, in F. E. NDJOLO VODOM, « *Réflexions sur la société par actions simplifiée de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)* » Docteur en droit et enseignant-assistant à l'Université de Yaoundé II SOA (Cameroun), 50 *RJTUM* 35, 2016.

<sup>206</sup> V. art. 853-3, 853-8 et 853-13 de l'AUSCGIE.

<sup>207</sup> V. art. 138 de l'AUSCGIE.

<sup>208</sup> V. art. 853-7 de l'AUSCGIE.

<sup>209</sup> Cette dernière configuration a vocation à s'appliquer aux SAS, qui servent de filiales communes à des entreprises étrangères. Au cas d'espèce, l'autonomie statutaire donnera l'opportunité aux sociétés actionnaires de la SAS de s'accorder sur la périodicité d'exercice de la présidence. Ce partage prédéfini du pouvoir équilibrera les rapports de forces contradictoires qui s'exercent au sein des groupes de sociétés.

<sup>210</sup> F. E. NDJOLO VODOM, *Ibid.*

<sup>211</sup> L'assistance du président de la société par actions simplifiée par des directeurs généraux délégués, sur le même modèle que celui de la société anonyme à directoire, est valable. Ces directeurs généraux disposent de pouvoirs d'assistance et de représentation limités du président dans les décisions qui engagent la société. Néanmoins, la répartition des pouvoirs décisionnels entre ces deux organes devra clairement ressortir des

s'apparentent à celles d'un autocrate. En cas de prise de décision présidentielle dont le champ d'application dépasserait celui de l'objet social, la société demeure engagée auprès des tiers. Ceux-ci ne sont pas liés par les clauses statutaires de limitation des pouvoirs du président de la société ou de ses préposés.

La seconde exigence est relative au contrôle exercé par le commissaire aux comptes. Le législateur prévoit que la certification ainsi que les contrôles légaux des comptes sont réservés aux sociétés par actions simplifiées qui remplissent à la clôture d'un exercice comptable au moins deux des critères suivants : l'enregistrement d'un total du bilan d'une valeur supérieure à cent vingt cinq millions, la constatation d'un chiffre d'affaires annuel qui excède deux cent cinquante million, l'emploi d'un effectif de plus de cinquante salariés<sup>212</sup>. Il est illusoire d'espérer que celles qui ne remplissent pas les critères susmentionnés fassent recours spontanément aux services d'un commissaire aux comptes. Dans la majorité des cas, son rôle ne sera que facultatif, ce qui est en soi inquiétant si l'on considère l'apport non négligeable de ce professionnel du chiffre dans la gestion stratégique et financière des entreprises<sup>213</sup>.

L'intérêt commun des associés demeure l'objectif recherché dans le fonctionnement de la société commerciale à travers les conventions extrastatutaires et certaines formes sociales consacrant une forte prééminence de la liberté contractuelle. Cet intérêt se conjugue avec la continuation de l'entreprise commune. Pour ce faire, les associés se doivent d'être les « gardiens » privilégiés de la pérennité de la société. L'intérêt social devient ainsi un levier sur lequel ils peuvent s'appuyer pour la préservation de leur intérêt commun.

---

statuts. Les actes de gestion courante, accomplis sans obligation de contreseing du président, devront aussi être précisés par les statuts. Il apparaît plausible que les conditions statutaires de révocation des directeurs généraux délégués incluent l'abus de pouvoir ou leur mauvaise gestion, tel que cela est déjà prévu dans les SARL. À défaut, ils devront faire l'objet d'une délégation de pouvoirs pour éviter que leur nullité ne puisse être invoquée en interne par les associés ou les salariés de la société. Dans l'imprécision statutaire des règles du partage des pouvoirs, les prérogatives du président devraient prévaloir. L'anticipation de litiges nés de l'appréciation des pouvoirs des préposés du président de la SAS revient une fois de plus aux statuts. Aussi bien le domaine que la portée des délégations de pouvoirs consenties par le président aux organes conventionnels ne pourra faire l'objet de contestations.

<sup>212</sup> V. art. 853 de l'AUSCGIE

<sup>213</sup> F. E. NDJOLO VODOM, Ibid.

## CHAPITRE II : L'INTERET SOCIAL, UN LEVIER AU PROFIT DES ASSOCIES

Un auteur<sup>214</sup> a relevé dans ses écrits concernant le contrôle des sociétés commerciales, deux thèses extrémistes : la nationalisation et la restauration<sup>215</sup>. Il fait remarquer que « *notre vrai problème est de trouver les moyens de distribuer le pouvoir à l'intérieur et à l'extérieur de nos grandes organisations de sorte qu'elles puissent rester capables de répondre au contexte externe, vitales et efficaces* ». L'interdépendance des économies effrite de plus en plus la nationalisation alors que la restauration est plus que d'actualité au regard du contrôle que les associés peuvent exercer dans la société commerciale. Par ailleurs, la société a un but mercantiliste pour les associés. Cet enjeu appelle et justifie la nécessité de la contrôler afin de s'assurer qu'elle est conforme à ses vocations et qu'elle n'abuse pas de ses constituants. Ainsi, l'intérêt social se présente à la fois comme un instrument de protection (**section I**) et un moyen d'actions au profit des associés (**section II**) pour la préservation de leur intérêt commun.

### Section I : L'intérêt social, un instrument de protection des associés

Parmi les conditions intuitives requises pour la constitution de la société commerciale<sup>216</sup> figure en bonne place *l'affectio societatis*. Entre associés, existe une différence d'approche concernant l'intérêt commun. Si d'aucuns visent le court terme, d'autres sont dans le long terme. L'intérêt social raffermi *l'affectio societatis* (**paragraphe I**) et protège l'intérêt commun des associés en cas de divergences d'intérêt (**paragraphe II**) entre eux.

### Paragraphe I : L'intérêt social, instrument de préservation de *l'affectio societatis*

*L'affectio societatis* est une notion à la fois conceptuelle et fonctionnelle<sup>217</sup>. C'est la raison pour laquelle nous appréhenderons les contours (**I**) ainsi que l'utilité (**II**) de la notion de *l'affectio societatis* au regard de l'intérêt social.

---

<sup>214</sup> H. MINTZBERG, *Le Management : Voyage au centre des Organisations*, 2<sup>ème</sup> éd. revue et corrigée, p. 540

<sup>215</sup> Selon les tenants de la première thèse, « *seul le contrôle ultime de l'Etat est à mesure est à mesure de poursuivre les buts sociaux des grandes entreprises* » alors que pour les seconds « *Le seul contrôle direct des actionnaires est capable d'éviter que la société que la société soit détournée de la poursuite des buts économiques* » : H. MINTZBERG, *Le Management : Ibid.* p. 541.

<sup>216</sup> Toute société, même de fait, ne peut être considérée comme une société commerciale que si elle réunit les deux éléments constitutifs que sont : *l'affectio societatis* et la participation aux bénéfices et aux pertes résultant d'une comptabilité régulièrement tenue ; v. CCJA, 1<sup>ère</sup> ch., Arr. n°142/2017, 29 juin 2017 in OHADA, *Traité, Actes uniformes, Règlements de procédure et d'arbitrage, jurisprudence annotée*, éd. 2018, JURIAFRICA, p. 317.

<sup>217</sup> Elle est une notion conceptuelle, qui, lorsqu'on s'interroge sur sa justification profonde, présente avant tout un caractère fonctionnel. Elle correspond à un standard en ce qu'elle est la particularité de répondre à des

## I. La définition de l'*affectio societatis*

L'*affectio societatis* ne figure pas expressément à l'article 4 de l'AUSCGIE. Mais nous nous référons à ce texte pour tenter de cerner ses contours (B). La doctrine et la jurisprudence en ont fait une approche (A).

### A. Les approches de l'*affectio societatis*

La doctrine classique voit dans l'*affectio societatis* une collaboration volontaire et active, intéressée et égalitaire<sup>218</sup>. Quant à la doctrine juridique, elle demeure très divisée sur la notion.

Dans la doctrine, d'aucuns pensent que la notion d'*affectio societatis* ne présente pas d'intérêt en ce sens qu'elle ferait double emploi avec la formule de l'article 125 de l'AUSCGIE : « ...tout associé a le droit de participer au vote des décisions collectives ». S'il est vrai que la qualité d'associés suppose réellement une collaboration commune, l'intention de s'associer au moment de la conclusion du contrat de société n'est pas reprise par cette disposition. D'autres entrevoient à travers la notion d'*affectio societatis* un intérêt relatif<sup>219</sup>. La notion s'analyse au moment de la conclusion du contrat de société<sup>220</sup> et pourra s'atténuer, voire disparaître sans que l'existence d'une société soit réellement mise en cause. L'*affectio societatis* doit être analysée uniquement au moment de la constitution de la société. Par conséquent, la notion relève une polysémie et/ou de la tradition.

Parmi ceux qui assignent à la fois à l'*affectio societatis* un contenu et un rôle, deux tendances se dégagent : ceux qui en donnent une définition unitaire et ceux qui en donnent un contenu variable et mouvant. Pour les premiers nommés, l'*affectio societatis* n'est pas un consentement particulier malgré l'existence d'une entreprise commune celle de faire des bénéfices. Et ses sanctions n'influent pas sur l'existence même de la société<sup>221</sup>. Quant aux concepteurs pluralistes, l'*affectio societatis* est une notion multiforme dont le plus petit

---

critères variables laissés à appréciation du juge en fonction du rôle qu'il veut lui attribuer : N. REBOUL, *Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'affectio societatis*, Rev. Sociétés 2000, n°3, p. 425.

<sup>218</sup> V. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, association H CAPITANT, op. cit., p. 36

<sup>219</sup> Pour eux, la notion ne serait pas générale. Ainsi, en raison de la multiplicité du nombre des actionnaires des grandes sociétés cotées en bourse, la notion serait inexistante chez ces actionnaires : P. MERLE, *Droit commerciale, sociétés commerciales*, 8<sup>ème</sup> éd., Précis Dalloz, 2001, n°43, p. 60.

<sup>220</sup> « L'*affectio* est une modification soudaine de l'esprit ou du corps due à certaines causes, telles la joie, le désir, la crainte, le chagrin, la maladie, la faiblesse et autres (sentiments) qui relèvent du même genre. » S'il s'agit d'une modification et elle ne pourrait dans ce sens, que s'appliquer à celui qui entre en société à instant précis où il s'engage d'y entrer : J. M. de BERMOND de VAULX.

<sup>221</sup> La société suppose, à côté de l'intention de s'associer, les conséquences de la communauté d'intérêts : l'interdiction des clauses léonines, l'attribution aux associés des droits de même nature, la possible sanction des abus de majorité..R. BAILLO, note sous cass. com. 8 fév. 2000, Bull, July 2000, p. 663.

dénominateur commun englobe la volonté de collaborer ensemble, sur un même pied d'égalité au succès de l'entreprise commune<sup>222</sup>.

Ces controverses doctrinales apparaissent dans la jurisprudence. Dans la plupart des cas, elle manifeste la thèse classique<sup>223</sup> quoique certaines décisions soient favorables à une conception unitaire<sup>224</sup> avec l'objectivation de la notion d'*affectio societatis*.

La reconnaissance d'une société de fait s'articule autour de la constitution d'apports réciproques et la collaboration dans le but de faire prospérer l'exploitation. Faute d'une volonté de s'associer, il n'y aurait pas de société mais seulement indivision<sup>225</sup>. Dans l'appréciation de la cause de dissolution de la société pour mésentente, la jurisprudence a tendance à revenir à la conception classique<sup>226</sup>. Il s'agit juste de l'interprétation des dispositions spécifiques à une cause de dissolution des sociétés<sup>227</sup> en droit Ohada.

L'*affectio societatis* reste une notion mouvante. Il ne figure pas expressément à l'article 4 de l'AUSCGIE qui définit le contrat de société. Dès lors, il serait intéressant d'entrevoir la notion d'*affectio societatis* au regard de cet article.

### **B. L'*affectio societatis* au regard de l'article 4 de l'AUSCGIE**

Selon l'article 4 alinéa 1 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 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...* », et l'alinéa 2 d'ajouter que « *La société est créée dans l'intérêt commun des associés* ».

---

<sup>222</sup> Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. I, 12<sup>ème</sup> éd. Economica, n°124 : En fonction de la variété du rôle joué, l'*affectio societatis* présente quatre facettes : tantôt, c'est le caractère volontaire de la collaboration qui est considéré comme probant ; tantôt, c'est la participation à la gestion qui est considérée comme prépondérante ; tantôt, c'est la convergence ou la divergence des intérêts qui est l'élément de qualification essentiel ; tantôt, c'est l'absence de lieu de subordination entre les parties qui permet d'opérer la qualification.

<sup>223</sup> Cass. com., 3 juin 1986, Rev. Sociétés 1986, p. 585, obs Y. GUYON ; Cass. soc. 17 avril. 1991, D. 1991. IR., p.139 ; Cass. com. 9 avril 1996, Rev. Sociétés1997, p. 81, note F. BENAC-SCHMITD : l'*affectio societatis* représente la volonté de tous les associés de collaborer ensemble sur un pied d'égalité à la poursuite de l'œuvre commune ; CA Versailles, 17 déc. 1995, Bull. Joly 1996, p. 308, note P. Le CONNU : l'*affectio societatis* exprime l'intention des associés de se traiter comme des égaux.

<sup>224</sup> Cass. com. 10 févr. 1998, Bull. Joly 1998, p. 767, obs. J. J. DAIDRE : ce n'est pas parce que les associés n'avaient pas l'intention de s'associer dans un intérêt commun et sur un même point d'égalité qu'il n'y a pas de société, dès lors qu'ils avaient une volonté réelle de s'associer. C'est objectivation de la notion.

<sup>225</sup> Il ne saurait avoir de société de fait que s'il y a la réunion des conditions de l'article 1382 : apports réciproques en vue de la constitution d'un patrimoine commun, participation des associés aux bénéfices et aux pertes et l'intention de s'associer.

<sup>226</sup> CA versailles 12<sup>e</sup> ch., 30 sept 1999, Bull. Joly 2000, p. 426, obs. p. SCHOLER.

<sup>227</sup> V. art. 200 5° de l'AUSCGIE.

Ce n'est qu'à la fin du XIX siècle que l'expression d'*affectio societatis* a fait l'objet d'une utilisation unanime<sup>228</sup>. Sur l'intention de s'associer, la simplicité de l'expression doit militer en faveur du rejet de la conception pluraliste.

La recherche d'une volonté de collaborer de manière égalitaire et dans l'intérêt commun n'existe pas dans les sociétés unipersonnelles<sup>229</sup>. *L'affectio societatis* n'existerait-il pas dans la société unipersonnelle ? Une telle pensée ne saurait prospérer. Il est nécessaire d'avoir une définition unitaire de *l'affectio societatis* qui correspond à la fois aux sociétés unipersonnelles et aux sociétés pluripersonnelles.

Somme toute, *l'affectio societatis* est la volonté de chaque associé de mettre en commun des biens dans l'intérêt commun pour partager le bénéfice ou profiter de l'économie qui pourra en résulter. Cette définition correspond à toutes les attitudes des associés<sup>230</sup>. Nous y souscrivons entièrement.

Ainsi, l'aliéna 2 réaffirme *l'affectio societatis* comme une exigence spécifique du contrat de société : la volonté de former une société et de coopérer dans l'intérêt commun des associés. Mais elle n'est pas une simple vue de l'esprit, elle postule une communauté d'intérêts rapprochant des personnes concernées. Elle paraît diminuer l'altérité entre elles en ce sens qu'elle est invitée à lever les barrières de la méfiance réciproque et à collaborer effectivement<sup>231</sup>.

De *l'affectio societatis* résulte un intérêt commun ou intérêt social, qui est la boussole des dirigeants sociaux. Dans les sociétés de personnes et la société à responsabilité limitée, le gérant peut faire tout acte de gestion dans l'intérêt de la société<sup>232</sup>. Dans toutes les sociétés, les dirigeants sont sanctionnés lorsqu'il est établi qu'ils ont abusé du crédit ou des biens de la

---

<sup>228</sup> Les controverses actuelles sont dues à l'utilisation de cette expression équivoque. Or il est notable que les juristes anciens n'utilisaient pas cette expression pour qualifier l'intention de s'associer. Car jusqu'à la fin du XIX siècle, la société était considérée comme une copropriété et les associés jouissaient des droits de tous les copropriétaires. Dans ce cadre, ils participaient tous, nécessairement, à toutes les délibérations sociales. Quand la société n'a plus été considérée comme une forme particulière d'indivision pour devenir une personne morale seule propriétaire de ses biens, il a paru nécessaire de préciser que la participation aux bénéfices et aux pertes ne suffisait pas à caractériser la qualité d'associé et définir la société. La doctrine utilisa alors une formule rapportée par ULPEN rapportée par JUSTINIEN : V. MOUTHIEU NJANDEU M. A, *L'intérêt social e droit des sociétés*, L'Harmattan-Paris, coll. Etudes africaines, 2009. p. 203.

<sup>229</sup> Art. 5 de l'AUSCGIE « *La société commerciale peut être également créée, ..., par une seule personne, dénommée « associé unique », par un acte écrit* ». Reconnue initialement par l'acte uniforme de 1997, la société commerciale unipersonnelle sous la forme d'une SARL (art. 309) ou d'une SA (art. 385), elle peut désormais prendre également la forme d'une SASU (art. 853-2).

<sup>230</sup> V. M. A. MOUTHIEU NJANDEU, op. cit., p. 204.

<sup>231</sup> Traite et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2016, p. 383.

<sup>232</sup> V. art. 277 et 328 de l'AUSCGIE.

société dans un intérêt autre que celui de la société<sup>233</sup>. Les associés sont tenus au respect de l'intérêt social, ce qui conduit à sanctionner les abus de majorité ou de minorités<sup>234</sup>. L'intérêt social fonde l'intervention du juge dans la vie sociale par la désignation d'un expert de gestion<sup>235</sup> ou d'un administrateur provisoire. L'intérêt social est l'intérêt des associés, mais aussi l'intérêt de l'entreprise.

Selon un arrêt de la CCJA, constitue une société fictive au service de son fondateur, qui forme avec celle-ci une seule et même entité juridique, une société dont les statuts et les procès-verbaux relèvent entre autres, que le siège social et l'adresse personnelle du fondateur gérant se confondent de même que leur patrimoine<sup>236</sup>.

Dès lors, une analyse de la fonction voire l'utilité de la notion *d'affection societatis* permettra de mieux la cerner.

## **II. L'utilité de l'*affectio societatis* en droit des sociétés**

L'*affectio societatis* comme l'intention de conclure et collaborer à l'effectivité du contrat de société joue un rôle important. Ce rôle est fonction des sociétés pluripersonnelles (**B**) et des sociétés unipersonnelles (**A**).

### **A. L'utilité de l'*affectio societatis* dans les sociétés unipersonnelles.**

La société commerciale peut être également créée par une seule personne dénommée « *associé unique* », par un acte écrit. Initialement cantonnée dans les sociétés à responsabilité limitées et celles anonymes, la société commerciale unipersonnelle est désormais reconnue dans les sociétés par actions simplifiées<sup>237</sup>.

Lorsque la société est unipersonnelle, l'intention de s'associer est appréhendée comme l'intention de créer une société. L'associé unique doit avoir la volonté de faire vivre la société, de se comporter comme un associé. Cette volonté doit être celle de respecter l'objet social dans la gestion quotidienne de la société et celle de veiller à éviter toute confusion entre les biens qui composent le patrimoine social et ses biens personnels<sup>238</sup>.

---

<sup>233</sup> V. art. 891 de l'AUDSCGIE

<sup>234</sup> V. art. 130 et 131 de l'AUSCGIE

<sup>235</sup> V. art. 159 et 160 de l'AUSCGIE

<sup>236</sup> V. CCJA, arrêt n° 018/2005 du 31 mars 2005, GD-CCJA, p.171, obs M. A MOUTHIEU ; Ohadata J-05-370.

<sup>237</sup> V. art. 5, 309, 385 et 853-2 de l'AUSCGIE.

<sup>238</sup> V. M. A. MOUTHIEU NJANDEU, op. cit., p. 204

L'*affectio societatis* conserve toute sa fonction<sup>239</sup> dans les sociétés unipersonnelles. Force est de reconnaître que l'on ne peut pas faire état de sociétés créées de fait dans les sociétés de capitaux unipersonnelles comme la société à responsabilité limitée, la société par action ou la société par actions simplifiée. L'objectif recherché par l'associé dans ces sociétés est de mettre à l'abri son patrimoine afin de l'isoler des risques liés à l'exploitation et des aléas de l'activité sociale.

Lorsque l'associé unique poursuit des buts autres que celui de créer une société, comme le fait de bénéficier d'un statut fiscal ou social, il n'a pas l'intention de s'associer. La fonction négative<sup>240</sup> de l'*affectio societatis* permet de disqualifier cette société. Cette disqualification permettrait aux créanciers de cette société d'avoir comme gage l'ensemble du patrimoine de l'associé unique qui avait d'autres ambitions que celle de faire vivre la société.

C'est dire que l'*affectio societatis* joue un rôle dans les sociétés unipersonnelles. L'associé unique doit avoir l'intention de créer une société. Cette volonté se concrétise par le respect l'objet social et le respect de la distinction entre le patrimoine de la société et son propre patrimoine. Qu'en est-il des sociétés pluripersonnelles ?

### ***B. L'utilité de l'affectio societatis dans les sociétés pluripersonnelles***

La fonction de l'*affectio societatis* est double dans les sociétés pluripersonnelles. Elle peut revêtir un caractère positif ou négatif.

La fonction positive de l'*affectio societatis* réside dans la requalification de certains contrats ou certaines situations<sup>241</sup> en contrat de société ou non. Nous illustrerons nos propos à travers le contrat de travail<sup>242</sup> et le contrat de prêt<sup>243</sup>.

En ce qui concerne le contrat de travail, lorsque la rémunération consiste en une participation aux bénéfices, le Professeur GUYON pense que ces contrats sont voisins<sup>244</sup>. A défaut d'un rapport de subordination, l'*affectio societatis* permettra de différencier le contrat

---

<sup>239</sup> V. op. cit., p. 9 et ss

<sup>240</sup> V. M. A MOUTHIEU NJANDEU, op. cit., p. 9 et ss

<sup>241</sup> V. M. A MOUTHIEU NJANDEU, op. cit., p. 208.

<sup>242</sup> V. art. L. 2 al. 2 portant de Loi n°97-17 du 1er décembre 1997 Code du travail « Est considéré comme travailleur au sens de la présente loi, quels que soient son sexe et sa nationalité, toute personne qui s'est engagée à mettre son activité professionnelle, moyennant rémunération, sous la direction et l'autorité d'une autre personne, physique ou morale, publique ou privée. Pour la détermination de la qualité de travailleur, il ne sera tenu compte ni du statut juridique de l'employeur, ni de celui de l'employé. »

<sup>243</sup> V. art. 525 du COCC « Le prêt est le contrat par lequel une des parties, le prêteur, remet à une autre, l'emprunteur, une chose dont ce dernier pourra user, à charge de la restituer, en nature ou par équivalent. »

<sup>244</sup> V. GUYON, *Affectio societatis*, J. CL. Sociétés, Traité, Fasc. 20-10.

de société au contrat de travail. S'agissant du contrat de prêt, lorsque la rémunération du prêteur est en fonction des intérêts qui varient au prorata du résultat obtenu par l'emprunteur, cet auteur<sup>245</sup> se demande si l'on ne peut pas qualifier ce contrat de contrat de société. La raison procède de la logique : l'un apporte sa force de travail et l'autre son capital. Selon lui, l'existence de *l'affectio societatis* permet de requalifier ce contrat de prêt en un contrat de société. En l'espèce, il ne s'agira que d'une société créée de fait<sup>246</sup>.

Quant à la fonction négative, elle consiste à l'exclusion des sociétés fictives<sup>247</sup>. Nombreuses sont les sociétés qui sont constituées pour d'autres fins que celles de l'article 4 de l'AUSCGIE. Les raisons en sont nombreuses : fiscalité, limitation de risque, statut social etc. Nous nous posons la question de savoir quelle est la sanction du défaut d'*affectio societatis* ? Ce défaut est-il un cas de nullité de la société ?

En droit des sociétés Ohada, la nullité doit émaner d'une disposition expresse de l'AUSCGIE ou des textes régissant la nullité des contrats en général et du contrat de société en particulier<sup>248</sup>. *L'affectio societatis* étant fondé sur l'article 4 de l'Acte uniforme, son absence peut constituer un cas de nullité. L'on peut demander la dissolution pour juste motif en cas de disparition de *l'affectio societatis*. Il en est ainsi de la mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société.

Somme toute, *l'affectio societatis* est une condition de validité de la société. Il fonde l'intérêt commun des associés et permet la consolidation de la relation entre associés. C'est justement de cette notion qu'émerge la qualification ou la disqualification de certaines situations en contrat de société. A la lumière de ce qui précède, la préservation de l'intérêt commun des associés est d'ordre public et s'impose même aux associés en cas de divergences d'approche entre eux, quant aux orientations de la société.

---

<sup>245</sup> SERLOOTEN P., art. précité, 1015, in M. A. MOUTHIEU NJANDEU, op. cit., p. 209 et ss.

<sup>246</sup> V. nos développements sur la constitution de la société.

<sup>247</sup> Une société fictive ou société de façade ou société écran n'est qu'un fantôme de société, une société inexistante. Les juges du fond l'apprécient lorsqu'ils constatent l'absence de *l'affectio societatis*. L'hésitation entre la sanction de l'inexistence et la nullité, l'enjeu était considérable en ce sens que la déclaration d'inexistence est rétroactive et de ce point de vue, échappe à tout délai de prescription et de toute régularisation.

<sup>248</sup> V. art. 242 de l'AUSCGIE. En sus la société est plus qu'un contrat. Elle donne naissance à une personne et de ce point de vue son annulation équivaut à la condamnation à mort d'une personne par le juge. Les conséquences sont désastreuses pour le corps social au plan économique surtout si la société est viable sur plan économique. C'est la raison pour laquelle, le législateur ait réduit autant que possible les cas d'annulation des sociétés et préfère procéder à la régulation de la société.

## **Paragraphe II : L'intérêt social, instrument de préservation de l'intérêt commun en cas de divergences d'intérêts entre associés**

La notion d'abus de droit est couramment utilisée en droit des sociétés pour sanctionner l'abus de majorité (**I**) et l'abus de minorité et d'égalité (**II**). Nous les repasserons successivement au regard de l'impératif de conservation de l'intérêt commun des associés.

### **I. L'abus de majorité en droit Ohada**

La rupture d'égalité témoigne d'une rupture de l'intérêt commun des associés. Sa caractérisation (**A**) précédera l'étude de la rupture d'égalité (**B**) dans l'abus de majorité.

#### **A. La caractérisation de l'abus de majorité**

L'abus de majorité est la transposition en droit des sociétés de la théorie civiliste de l'abus de droit<sup>249</sup>. Il y a abus de majorité lorsque les associés majoritaires ont voté une décision dans leur seul intérêt, contrairement aux intérêts des associés minoritaires, sans que cette décision ne puisse être justifiée par l'intérêt de la société<sup>250</sup>.

L'abus est caractérisé dès que la décision ne s'explique que par un intérêt égoïste contraire à l'intérêt de la société et aboutit à sacrifier les intérêts légitimes des minoritaires. Selon la formule utilisée par la Cour de cassation française, il y a abus de majorité lorsque la résolution litigieuse a été prise contrairement à l'intérêt général et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de ceux de la minorité<sup>251</sup>. L'abus de majorité implique la réunion de deux éléments : le non-respect de l'intérêt social et la rupture d'égalité entre les associés.

L'abus de majorité requiert la démonstration de la part déterminante des associés majoritaires dans l'adoption des décisions qui favorisent leurs intérêts tout en défavorisant ceux des minoritaires sans que ces décisions ne répondent aux besoins de la société. Selon certains auteurs, l'établissement de l'abus de nature à vicier l'acte social relève de l'aléa<sup>252</sup>.

---

<sup>249</sup> Il est presque unanimement admis que tout exercice d'un droit n'est pas a priori licite, qu'il y a au contraire des modalités d'exercice qui, sans être à proprement parler illégales, méritent la qualification d'abusives. Il est vrai, on a prétendu démontrer que le concept d'abus de droit est contradictoire, « le droit cessant où l'abus commence », en sorte que l'acte dit abusif ne pourrait jamais être qu'un acte illégal. Mais l'objection ne tient pas compte du caractère distinctif de l'abus de droit par rapport à l'acte illégal

<sup>250</sup> Art. 130 al. 2 de l'AUSCGIE

<sup>251</sup> Cass. com., 18 avril 1961, JCP 1961, n° 12164, note DB in M. A. MOUTHIEU NJANDEU, op. cit., p. 226.

<sup>252</sup> V. L. MOSSIER, « *L'abus toléré : à la recherche d'une autorégulation* », Gaz. Pal. 19 déc. 2009, n° 353, p. 13 in OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2016 p. 425.

La sanction de l'abus de majorité est la nullité des délibérations constitutives d'abus. La responsabilité des associés ayant voté la décision constitutive de l'abus de majorité peut être engagée par les associés minoritaires pour la réparation des préjudices en résultant. Le contentieux de la mise en réserve ou de la distribution des bénéfices en est une illustration parfaite.

Ainsi, un jugement du TR de Niamey a pu constater que « *dès lors qu'un rapport expertise a confirmé l'état des comptes des associés et relevé que la société a un important besoin de financement en capital justifiant la mise en réserve de tout ou partie des résultats ultérieurs, jusqu'au rétablissement de l'équilibre, le fait de donner quitus au gérant de ses comptes, d'épurer les comptes des associés ou de ne pas distribuer les dividendes et d'affecter les bénéfices aux réserves, sans établir des fautes de gestion en l'encontre des dirigeants sociaux ou d'établir la fausseté des comptes des associés, ou surtout de prouver que l'intérêt social a été méconnu, ou que les résolutions prises ont été inspirées par le souci de favoriser un groupe au détriment de l'autre, ne suffit pas à considérer lesdites résolutions comme entachées d'abus de majorité* »<sup>253</sup>

Par contre, la Cour de cassation<sup>254</sup> française a décidé que la mise en réserve systématique des bénéfices d'exploitation d'une société pendant plusieurs années, sans que cela n'ait eu une quelconque incidence sur la politique d'investissement de l'entreprise, tandis que les associés majoritaires votaient l'octroi de primes et d'une rémunération très importants au profit du gérant doit être considérée comme n'ayant répondu ni à l'objet ni à l'intérêt de la société mais comme ayant favorisé les associés majoritaires au détriment des minoritaires. L'abus de majorité ainsi commis affecte lui-même la régularité des délibérations de l'Assemblée qui doivent donc être annulées.

La rupture d'égalité caractérise l'abus de majorité. Une analyse de la place de la rupture d'égalité dans l'appréciation de l'abus de majorité s'impose.

---

<sup>253</sup> TR Niamey, jugement civil n°96 du 26 mars 2003 : Ohadata J-04-78 in OHADA, in Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2016 p. 426.

<sup>254</sup> V. Cass. com. fr, 1<sup>er</sup> juil. 2003, pourvoir n° 99-19328 : *Bull Joly Sociétés 2003, n°11, p. 1137* note A. CONSTANTIN aussi V. Cass. com. fr., 18 avril 1961 : D. 1961, jur. p. 661. in OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2016 p. 426.

## ***B. La place de la rupture d'égalité dans l'abus de majorité***

L'abus de majorité requiert la combinaison de deux éléments : le non-respect de l'intérêt social et la rupture d'égalité entre associés. Cette dernière condition constitue-t-elle la majeure ou le résiduel dans la qualification de l'abus de majorité ?

Rappelons que le principe utilisé lors des délibérations est le principe de la majorité. La rupture d'égalité ne peut être cantonnée au respect de l'intérêt commun des associés. Une délibération peut être contraire à l'intérêt des minoritaires sans pour autant caractériser la rupture d'égalité.

En donnant à la rupture d'égalité un contenu formel, elle reçoit une dimension autre : celle de la garantie du caractère exceptionnel de l'abus de majorité<sup>255</sup>. La prohibition de toute rupture d'égalité entre associés vient ainsi borner la liberté d'action du juge<sup>256</sup>. Ce dernier n'intervient pour sanctionner la violation de l'intérêt social qu'à la condition qu'un des associés ait été lésé par les associés majoritaires et ce, à leur seul profit.

Dans l'état d'abus de majorité mis en place afin de réguler les abus de pouvoir dans la gestion des sociétés, l'intérêt social au sens large est l'objet de la protection. La rupture d'égalité en constitue la condition préalable à l'intervention du juge. Elle est la condition essentielle, celle qui gouverne toute action<sup>257</sup>. Donc la rupture d'égalité devient le critère essentiel de l'abus de majorité.

La violation de l'intérêt social seul ne suffit pas car il pourrait conduire à sanctionner une gestion. Ainsi, l'abus de majorité permet qu'une décision soit acquise dans des conditions qui risquent de fausser l'égalité au profit de quelques actionnaires des règles établies pour la protection de tous [les actionnaires]<sup>258</sup>. La Cour d'Appel de Paris a fait primer la loi de la majorité au motif que ne pouvait être constitutive d'un abus de majorité une délibération qui touchait de la même manière tous les actionnaires<sup>259</sup>.

---

<sup>255</sup> V. M. A. MOUTHIEU NJANDEU, op. cit., p. 227

<sup>256</sup> Car à défaut d'un contenu formel, le juge se voit investir du devoir de protection de l'intérêt social, ce qui pourrait l'inciter à procéder à une analyse de la gestion de la société.

<sup>257</sup> M. A. MOUTHIEU NJANDEU, op. cit., p. 227 : C'est parce que les majoritaires abusent de leur pouvoir dans leur intérêt personnel au détriment des minoritaires que le juge intervient pour rétablir l'équilibre et protéger l'intérêt social ;

<sup>258</sup> Cass. com., 20 janv. 1970. JCP 1970, II, n° 16541, note B. OPPETIT, RTD com. 1970, p. 738, note R. HOUIN, R. SAINT-ALARY et Cl. CHAMPAUD, rev. sociétés 1970, p. 292, note J. G.

<sup>259</sup> CA. Paris, 27 janv. 1995, Bull. Joly 1995, p.334 note B. STEMMER, Petites Annonces, 14 août 1995, n° 97, p. 7, note D. DESURVIRE : En l'espèce, il s'agit d'une délibération ayant supprimé un droit d'occupation cyclique à

Par ailleurs, la rupture d'égalité représente l'élément générateur de la protection visant au maintien du respect des droits des minoritaires. Pour autant, l'action qui leur est ouverte n'a pas pour objet exclusif la protection de l'intérêt des minorités. Elle conduit à la protection de l'intérêt social au sens large du terme. Pour ainsi dire que le critère de l'intérêt social est bien nécessaire<sup>260</sup>. Qu'en est-il de l'abus de minorité.

## **II. L'abus de minorité ou d'égalité en droit Ohada**

Sa caractérisation (A) précédera l'étude de la rupture d'égalité (B) dans l'appréciation de l'abus de minorité ou d'égalité.

### **A. La caractérisation de l'abus de minorité ou d'égalité**

Au sens de l'article 131 de l'AUSCGIE les associés minoritaires ou égalitaires peuvent engager leur responsabilité en cas d'abus de minorité ou abus d'égalité. En effet, il y a abus de minorité ou d'égalité lorsqu'en exerçant leur vote les associés minoritaires ou égalitaires s'opposent à ce que des décisions soient prises, alors qu'elles sont nécessitées par l'intérêt de la société et qu'elles peuvent justifier d'un intérêt légitime.

Il apparaît que l'abus de minorité suppose un comportement négatif, une omission, selon une typologie héritée d'une doctrine autorisée<sup>261</sup>. Ce comportement consiste, au sein d'une Assemblée d'associés entendue au sens le plus large, à empêcher que la majorité requise pour telle ou telle décision collective particulière soit obtenue. Ici, le minoritaire qui y prend part refuse d'approuver une délibération dont la validité suppose une majorité déterminée par les statuts ou, plus radicalement encore, par la loi<sup>262</sup>.

En guise d'illustration, dans une Assemblée devant décider d'une opération de transformation indispensable à la survie de la société, un associé s'abstient sans raison apparente et valable de voter. Alors que la transformation visant à mettre sur pied une société

---

tous les actionnaires d'une société d'attribution d'immeuble. Il avait donc une égalité de tous les associés devant le préjudice.

<sup>260</sup> V. M. A. MOUTHIEU NJANDEU, op. cit., 2009, p. 229.

<sup>261</sup> M. CABRILLAC, « De quelques handicaps dans la construction de la théorie de l'abus de minorité », *Mélanges offerts à A. Colomer*, Paris, Litec, 1993, p. 111, n° 6 ; P. LE CANNU, « L'abus de minorité », *Bull. Joly sociétés*, 1986, p. 429 et ss in S. S. K. TAMEGHE, « Interrogations sur l'abus de minorité dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », HDR, Chargé de cours à l'Université de Yaoundé II, Associé à l'Université catholique d'Afrique centrale disponible sur [sylvain\\_kuate@yahoo.fr](mailto:sylvain_kuate@yahoo.fr), p. 2, consulté le 12 juin 2018 à 00 h 23mn.

<sup>262</sup> S. S. K. TAMEGHE, « Interrogations sur l'abus de minorité dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », HDR, Chargé de cours à l'Université de Yaoundé II, Associé à l'Université catholique d'Afrique centrale disponible sur [sylvain\\_kuate@yahoo.fr](mailto:sylvain_kuate@yahoo.fr), p. 2, consulté le 12 juin 2018 à 00 h 23mn

au sein de laquelle la responsabilité des associés devient illimitée, l'opération est décidée à l'unanimité des associés, toute clause contraire étant réputée non écrite<sup>263</sup>. Une autre illustration, l'article 197 de l'AUSCGIE subordonne les opérations de fusion, de scission ou d'apports partiels actifs, lorsqu'elles ont pour effet d'augmenter les engagements des associés de l'une ou de plusieurs sociétés impliquées, qu'elle ne peut être décidée qu'à l'unanimité desdits associés ou actionnaires<sup>264</sup>. Le refus sans raison sérieuse ou à l'effet de mettre en avant ses intérêts personnels, est constitutif d'abus de minorité. Ainsi, une Cour d'Appel<sup>265</sup> fait constater que « *les situations où la prise d'une décision exige une majorité qualifiée, le risque de tyrannie de l'associé disposant d'une minorité de blocage émerge* ».

La juridiction compétente peut désigner un mandataire ad hoc aux fins de représenter à une prochaine assemblée les associés minoritaires ou égalitaires dont le comportement est jugé abusif et de voter en leur nom et place des décisions conformes à l'intérêt social y compris celui des différents associés, dont les associés minoritaires qui avaient pourtant bloqué l'assemblée.

Les abus de minorité se répartissent en deux catégories distinctes. Il y a, d'une part, les abus de minorité positifs, et d'autre part, les abus de minorité négatifs. Nos développements portent sur ces derniers. Quant aux premiers, ils peuvent se manifester par l'utilisation de tous les moyens de contrôle et d'informations permettant de gêner les dirigeants, de même que des manœuvres ayant pour objet de faire prendre des décisions non conformes à la volonté des majoritaires, ce que l'on pourrait appeler le vote surprise<sup>266</sup>. Une appréciation de la rupture d'égalité dans l'abus de minorité s'impose.

### ***B. La place de la rupture d'égalité dans l'abus de minorité ou d'égalité***

Si dans l'abus de majorité, la rupture d'égalité est essentielle et qu'elle tend à se recentrer sur l'intérêt social, c'est ce pouvoir que tiennent les majoritaires qui leur permet de prendre des décisions au détriment des minoritaires.

Parallèlement, l'abus de minorité est caractérisé par l'opposition des minoritaires à la prise de décision lors des Assemblées générales. L'abus de minorité n'a pas d'acte positif, en ce sens qu'aucune décision ne peut être votée voire prise. Cette opposition tend à maintenir la

---

<sup>263</sup> V. art. 181 al. 3 de l'AUSCGIE

<sup>264</sup> V. art. 197 de l'AUSCGIE

<sup>265</sup> CA, Centre-Yanoudé, arrêt n° 75/civ/04-05 du 17 nov. 2004 in OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2016 p. 427.

<sup>266</sup> M. CABRILLAC, art. précité, Paris, Litec, 1993, p. 110-111.

société dans une situation de *statu quo*. De ce point de vue classique, l'on ne peut pas parler de rupture d'égalité quand bien même que ce blocage empêche une prise de décision car les associés étant maintenus dans une situation initiale.

Ce blocage est tout de même susceptible de constituer une rupture d'égalité. Sans procurer aucun avantage aux minoritaires, l'abus de minorité ne peut avoir pour corollaire que de porter atteinte gravement aux associés majoritaires dans les cas de figures énumérées ci-après. Ces blocages privent les associés de la chance de bénéficier d'un avantage : celle de perdre tout leur investissement ou une partie.

La rupture d'égalité ne saurait être niée d'autant plus que cette abstention ne saurait leur être reprochée si aucune majorité qualifiée pour la prise d'une décision n'était demandée. Cela dénote de la difficulté d'appréhension de cette abstention dans la qualification de l'abus de minorité. D'ailleurs, la Cour de cassation a estimé que l'abstention systématiquement de toute participation aux délibérations sociales ne permet pas pour autant de prouver les véritables sens de ses intentions<sup>267</sup>.

La rupture d'égalité doit être caractérisée par l'absence de justification et le caractère nuisible de cette abstention. C'est la raison pour laquelle, la jurisprudence a recentré cette rupture d'égalité dans la qualification de l'abus de minorité pour la définir comme étant la caractérisation du strict intérêt égoïste des minoritaires<sup>268</sup>. Mais, l'attitude égoïste des associés minoritaires n'est pas facile à définir. La rupture d'égalité ne peut qu'être seconde par rapport à la qualification de l'abus de minorité.

Si l'intérêt fonde la protection des associés, il est aussi un moyen mis à la disposition des associés afin de contrôler la gestion de la société.

## **Section II : L'intérêt social, un moyen d'actions pour les associés**

Fortement ancrée dans le cadre des principes de la gouvernance d'entreprise<sup>269</sup> introduite depuis l'Acte uniforme originel, celui révisé a apporté des modifications à la procédure d'alerte (**paragraphe I**) et à celle d'expertise de gestion (**paragraphe II**) afin de renforcer le droit d'information et de contrôle des actionnaires sur la gestion sociale. De ce fait, chaque fois que les associés qui sont les véritables maîtres de l'affaire, sentent que la

<sup>267</sup> V. M. A. MOUTHIEU NJANDEU, op. cit., p. 231.

<sup>268</sup> CA Paris, 26 juin 1990, Fromagerie Bel, JCP 1990, éd., E, II, n° 15915, note M. GERMAIN, Rev. sociétés 1990, p. 613, note M. BOISARD, Bull Joly 1990., p. 755 note P. Le CANNU, RTD com. 1990. p. 594, note Y. REINHARD.

<sup>269</sup> V. P. A. S. BADJI, « *Ohada et bonne gouvernance d'entreprise* », Revue de l'ERSUMA, no 2, mars 2013, p. 209 et s.

gestion de la société est problématique, la possibilité leur est offerte d'interpeller les dirigeants sociaux par le biais de ces deux procédures.

**Paragraphe I : La procédure d'alerte, moyen d'information au profit des associés**

Malgré la volonté manifeste du législateur Ohada de faire de la société celle des associés en atteste la consécration de la procédure d'alerte, il reste que cette dernière est assujettie à des conditions d'ouverture (I) et nourrit des points d'ombres (II).

**I. Les conditions d'ouverture de la procédure d'alerte**

Ces conditions seront analysées au regard des organes compétents pour déclencher l'alerte. Il s'agit des associés (A) et du commissaire aux comptes (B).

**A. L'alerte déclenchée par les associés**

Dans les sociétés autres que les sociétés par actions, tout associé non gérant peut, deux (2) fois par exercice, poser par écrit des questions au gérant sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation<sup>270</sup>. Aussi, dans le cas des sociétés anonymes, ces questions sont adressées aux dirigeants sociaux<sup>271</sup>. Désormais, dans les sociétés par actions simplifiées, la procédure d'alerte demeure valable<sup>272</sup>.

Aucune condition de pourcentage relative à la détention de titres sociaux n'est exigée pour demander l'ouverture d'une procédure d'alerte. En effet, un actionnaire inquiet de la gestion de la société peut demander la nomination d'un administrateur provisoire. Cette action ne saurait être soumise au déclenchement préalable de la procédure d'alerte<sup>273</sup>. La procédure débute en cas de constatation des faits de nature à compromettre la poursuite de l'exploitation par le biais d'une demande d'explication adressée aux dirigeants sociaux. Ces derniers sont tenus de répondre par écrit en mentionnant les mesures prises afin de rétablir cette situation préoccupante constatée. Si les réponses servies sont satisfaisantes voire convaincantes, la procédure prend un terme. Le créancier de l'alerte peut-il la reprendre plus tard lorsqu'en dépit des constatations ayant motivé son appréciation, la situation de l'exploitation de l'entreprise est toujours compromise ?

---

<sup>270</sup> Art. 157 al. 1<sup>er</sup> de l'AUSACGIE.

<sup>271</sup> V. art. 158 de l'AUSCGIE

<sup>272</sup> V ; art. 158-1 de l'AUSCGIE.

<sup>273</sup> CA Cotonou, arrêt n° 178/99 du 30 Sept. 1999, Ohadata J-06-144, Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope 2016 p. 436.

A cette question, l'affirmative s'impose<sup>274</sup>. Selon cet auteur<sup>275</sup>, le droit de reprise de la procédure d'alerte suppose que la continuité de l'exploitation demeure compromise. Il s'agit de la situation dans laquelle, malgré les mesures initiées par les dirigeants, les effets escomptés tardent à se produire du fait des difficultés qui persistent. C'est l'hypothèse d'une équipe dirigeante qui se fixe pour objectif de redresser l'état de trésorerie de l'entreprise au bout d'un certain temps sans véritablement y parvenir, alors que la situation économique continue à se détériorer. Au lieu de déclencher une nouvelle procédure qui peut s'avérer inutile en ce qu'elle risque d'aboutir au constat déjà connu, le texte révisé opte pour la reprise du cours de la précédente au point où le demandeur avait mis un terme.

Par ailleurs, la situation préoccupante de l'entreprise milite en faveur d'un délai bref. Les dirigeants sociaux se doivent d'être réceptifs au regard de cette situation préoccupante. C'est la raison pour laquelle le législateur donne l'obligation aux dirigeants sociaux de répondre par écrit aux créanciers de cette demande dans les quinze jours suivant la réception de cette demande.

La consécration d'un délai aussi court participe non seulement de la volonté de renforcer l'efficacité de ce précieux instrument, mais également de rattraper le retard accusé par rapport au législateur français qui a toujours accordé quinze jours aux dirigeants sociaux pour apporter des éclaircissements aux préoccupations des initiateurs de l'alerte<sup>276</sup>. La portée de cette réforme est relative quand on la compare avec certaines dispositions antérieures. En cas d'inaction du dirigeant ou à défaut de réponse dans les délais, une invite est faite au Conseil d'administration à délibérer<sup>277</sup> sur les constatations faites.

La procédure d'alerte peut être déclenchée par le commissaire aux comptes. Et contrairement à ce dernier, les associés ne peuvent pas saisir la juridiction compétente pour enclencher une quelconque action judiciaire<sup>278</sup>.

---

<sup>274</sup> Au regard de l'art. 156 de l'AUSCGIE.

<sup>275</sup> D. TAKAFO-KENFACK, « *La réforme de l'alerte et de l'expertise de gestion dans le nouveau droit Ohada des sociétés commerciales : une entreprise inachevée !* », Chargé de cours à l'Université de Bamenda (Cameroun), Unif. L. Rev., 2018, 1-18, [takafodidier@yahoo.fr](mailto:takafodidier@yahoo.fr).

<sup>276</sup> Ibid

<sup>277</sup> V. l'ancien AUSCGIE art. 155 al. 2.

<sup>278</sup> Il aurait été bénéfique si les associés avaient eu le pouvoir de saisir le tribunal et que ce dernier parvînt à imposer des mesures de conformité à la suite de l'omission d'agir du commissaire aux comptes. Malgré ces manquements, le système d'alerte institué par l'AUDSC-GIE reste innovant à bien des égards.

### **B. L'alerte déclenchée par le commissaire aux comptes**

Dans son pré-carré, le commissaire aux comptes est gardant de la véracité des comptes de la société et procède aux dénonciations des faits délictuels au moment de la certification des comptes ou de la vérification des documents comptables. En ce qui concerne les sociétés autres que les sociétés anonymes, le commissaire aux comptes, s'il existe, « *demande, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, des explications au gérant qui est tenu de répondre* » à propos de « *tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation qu'il a relevée lors de l'examen des documents qui lui sont communiqués ou dont il a connaissance à l'occasion de l'exercice de sa mission* »<sup>279</sup>. Les destinataires de cette demande dans le cas des sociétés par actions sont le Président du Conseil d'administration, le Président-directeur général ou l'Administrateur général selon le cas<sup>280</sup>.

Dans tous les cas, ils répondent par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception dans les quinze (15) jours qui suivent la réception de la demande d'explication »<sup>281</sup>. Après la réception de la réponse<sup>282</sup> ou à défaut de réponse sous quinze (15) jours, le commissaire aux comptes informe la juridiction compétente de ses démarches<sup>283</sup>. La nouveauté apportée par la dernière révision de l'AUSCGIE est sans doute la transmission de l'information à la juridiction compétente<sup>284</sup>. Selon cet auteur<sup>285</sup>, elle aligne clairement le droit Ohada au droit français sur cet aspect.

En cas d'inobservation des dispositions prévues à l'article 151 ou si, en dépit des décisions prises, la continuité de l'exploitation demeure compromise, le commissaire aux comptes établit un rapport spécial dont une copie est communiquée à la juridiction

---

<sup>279</sup> V. art. 150 de l'AUSCGIE.

<sup>280</sup> V. art. 153 de l'AUSCGIE.

<sup>281</sup> V. art. 151 et 154 de l'AUSCGIE.

<sup>282</sup> Dans sa réponse, le gérant ou, selon le cas, le président du conseil d'administration, le président directeur général, l'administrateur général ou le président pour les sociétés anonymes ou par actions, « *donne une analyse de la situation et précise, le cas échéant, les mesures envisagées* ».

<sup>283</sup> Ibid

<sup>284</sup> Art. 151 de l'AUSCGIE : le commissaire aux comptes informe la juridiction compétente de ses démarches. Il s'agit de permettre au Président de cette juridiction de jouer un rôle dans la prévention des difficultés des entreprises. L'art. 9 de l'acte uniforme sur la Procédure collective annonce que les juridictions compétentes peuvent d'ailleurs se saisir d'office sur le fondement des informations fournies par le représentant du Ministère public, les commissaires aux comptes des personnes de droit privé lorsque celles-ci en comportent, les associés ou membres de ces personnes morales, ou les institutions représentatives du personnel, qui lui indique les faits de nature à motiver cette saisine : V. commentaire de cet art. Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope 2016 p. 433.

<sup>285</sup> A. M. MANIRABONA, « *Un renforcement du mécanisme de l'alerte pour lutter efficacement contre la criminalité économique dans l'espèce Ohada* », Bull. de droit écon., Uni. Laval, 2017(1).

compétente. Il peut demander au gérant, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, que ce rapport spécial soit communiqué aux associés ou qu'il soit présenté à la prochaine assemblée générale. Lorsque l'urgence le requiert, le commissaire aux comptes peut convoquer lui-même une assemblée générale pour présenter les conclusions de son rapport<sup>286</sup>. Que regorge le terme « urgence » ? On peut juste souhaiter, entre autres, que si l'implication personnelle dans la criminalité par le gérant ou d'autres dirigeants de l'entreprise est avérée, cela devrait être considérée comme un cas urgent nécessitant que le commissaire convoque lui-même une Assemblée générale pour présenter les conclusions de son rapport<sup>287</sup>.

Par ailleurs, le commissaire aux comptes peut demander au gérant de procéder à la communication du rapport spécial aux associés dans les huit (8) jours qui suivent la réception de la demande. À l'issue de l'Assemblée générale, si le commissaire aux comptes constate que les décisions prises ne permettent pas d'assurer la continuité de l'exploitation, il informe de ses démarches la juridiction compétente et lui en communique les résultats<sup>288</sup>.

Somme toute, l'inobservation des articles 153, 154 et 155 l'invite à établir un rapport spécial qui est présenté à la prochaine Assemblée générale ou, en cas d'urgence, à une Assemblée générale des actionnaires qu'il convoque lui-même pour soumettre ses conclusions, après avoir vainement requis sa convocation des organes sociaux, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception<sup>289</sup>. Notons s'il en ressort insatisfait, il informe la juridiction compétente. La procédure peut reprendre le cours, durant six mois, au point où il l'avait estimée mettre un terme<sup>290</sup>.

Nonobstant de la volonté du législateur de rassurer les investisseurs à travers cette procédure d'alerte, « *le flou demeure sur de nombreux points qui attendent encore des réformes* »<sup>291</sup>.

## **II. Les points d'ombre de la procédure d'alerte**

En en croire l'auteur<sup>292</sup> précité, des interrogations sur la procédure d'alerte (**A**) militent en faveur d'une réforme supplémentaire (**B**) de ce point d'information des associés.

---

<sup>286</sup> V. art. 152 de l'AUSCGIE.

<sup>287</sup>A. M. MANIRABONA, « *Un renforcement du mécanisme de l'alerte pour lutter efficacement contre la criminalité économique dans l'espèce Ohada* », Bull. de droit écon., Uni. Laval, 2017(1).

<sup>288</sup> V. art. 152 al. 3 et 4 de l'AUSCGIE.

<sup>289</sup> V. art. 156 de l'AUSCGIE.

<sup>290</sup> V. art. 157 et s. de l'AUSCGIE.

<sup>291</sup>A. M. MANIRABONA, op. cit.

### **A. Les interrogations relatives à la procédure d'alerte.**

Qu'est-ce qu'une obligation sans sanction ? Presque rien, un fantôme de droit. Celui-ci hante néanmoins à ce point les juristes que beaucoup s'effraient à la seule perspective d'une sanction jugée inefficace<sup>293</sup>. Ces mots démontrent l'importance des sanctions en droit.

D'une part, le fait qu'aucune sanction n'ait été prévue est une lacune grave qui vide la réforme de l'alerte de sa substance. En s'abstenant de répondre aux titulaires du droit d'alerte, c'est-à-dire le commissaire aux comptes et/ou les associés, les dirigeants sociaux mettent en péril les intérêts de la société et devraient en répondre si un préjudice en résultait. Il devrait en être de même lorsqu'ils décident volontairement de répondre, en fournissant de fausses informations. Ce faisant, ils n'échappent pas toujours au contrôle. Si sur la base des informations reçues, le commissaire aux comptes met prématurément fin à la procédure, le nouveau texte lui donne le pouvoir de la reprendre si les problèmes persistent : c'est le pouvoir de ressusciter exceptionnellement l'alerte dans les sociétés par actions<sup>294</sup>.

D'autre part, le souci du législateur est de rationaliser la procédure de contrôle en fonction de l'état des difficultés de l'entreprise. Cependant, le pouvoir de reprendre la procédure d'alerte est reconnu uniquement au commissaire aux comptes dans les sociétés par actions. Doit-on conclure que les sociétés de personnes sont exclues parce que moins importantes ou que les difficultés qu'elles rencontrent sont peu préoccupantes ? Sont également exclus, pour des raisons encore obscures, les associés qui sont les titulaires secondaires du droit d'alerte. Ce faisant, la réforme de l'alerte a résolu un problème en créant d'autres<sup>295</sup>.

C'est dire qu'il est donné aussi bien au commissaire aux comptes qu'aux associés la possibilité d'enclencher la procédure d'alerte. Mais sur la possibilité de saisine de la juridiction, seul le commissaire aux comptes est investi de cette faculté. Force est de reconnaître que la présence d'un commissaire aux comptes n'est pas généralisée. Il en est ainsi de certaines sociétés de personnes qui ne satisfont pas aux conditions requises pour la présence d'un commissaire aux comptes. Pourtant, investir les associés de cette faculté concourt à élargir les moyens de contrôle dont disposent les associés.

---

<sup>292</sup> A. M. MANIRABONA, « *Un renforcement du mécanisme de l'alerte pour lutter efficacement contre la criminalité économique dans l'espèce Ohada* », Bull. de droit écon., Uni. Laval, 2017(1).

<sup>293</sup> N. DISSAUX, « *Les nouvelles sanctions en matière contractuelle* », AJ Contrat 2017, p.10.

<sup>294</sup> A. M. MANIRABONA, *pré. cit.*

<sup>295</sup> *Ibid.*

In fine, les articles 157 et 158 de l'AUSCGIE donnent la possibilité, deux fois par exercices, à tout associé de poser par écrit des questions aux dirigeants sociaux. Une lecture combinée permet de conclure à une faculté au regard de l'emploi « peut ». De ce point de vue, ils ne sont pas obligés de mettre en œuvre la procédure d'alerte.

C'est la raison pour laquelle un auteur<sup>296</sup> a pu affirmer que « *Dans bien des cas, une réforme n'est que le remplacement d'inconvénients anciens, que tout le monde connaît, par des inconvénients nouveaux, qu'on ne soupçonne pas encore, et dont la pratique révèle ensuite la nature et l'étendue* ».

Ainsi, le législateur peut toujours pousser le bouchon plus loin afin de garantir le contrôle de la gestion sociale par les associés, gage d'attractivité pour les investisseurs.

### **B. Les points « à prendre en charge »**

De notre point de vue, la limitation en nombres dans les sociétés de personnes de la possibilité donnée aux associés de déclencher l'alerte est une manière de confiner ces derniers dans un carcan fermé qui ne milite pas en faveur de la démocratisation au sein de la société. De même, le déclenchement de la procédure d'alerte par les associés doit être érigé en une obligation dont l'entrave doit être assortie de sanctions.

De même, comme l'abus de biens ou de crédits sociaux, le défaut de réponse à la demande de l'alerte formulée par un associé et/ou un commissaire aux comptes doit faire l'objet de sanctions dès lors que de ce refus, des dommages surviennent pour la société et/ou pour les associés.

Par ailleurs, un certain débat<sup>297</sup> entoure, à tort ou à raison, la fonction de commissaire aux comptes. Il est donc important d'envisager l'inclusion d'un nouveau mécanisme de gouvernance accordant la possibilité aux employés de l'entreprise d'être des « whistleblowers

---

<sup>296</sup> Planiol, M., in Albert Sorel (e ´d.), Le Code civil, 1804-1904 : Livre du centenaire, Paris, A. Rousseau, 1904, T. 2, p. 955 in D. Y. WANE, « *La réforme du droit Ohada des sociétés commerciales : modernisation du droit applicable ou conformisme législatif ?* » par la Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique, Publié en janvier 2016, consulté le 12 jan. 2018, disponible sur <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/la-reforme-du-droit-ohada-des.html>.

<sup>297</sup> Le commissaire aux comptes actuellement au centre de l'alerte n'est pas impliqué dans la vie quotidienne de l'entreprise. Il n'intervient habituellement qu'à la fin de l'exercice sauf quelques exceptions. Ensuite, son indépendance n'est pas garantie dans la mesure où sa candidature est proposée à l'Assemblée générale ordinaire des actionnaires par les dirigeants de l'entreprise. Par ailleurs, étant donné qu'il est nommé et payé par l'entreprise, le commissaire aux comptes peut être complaisant et ce, malgré l'existence de sanctions en cas de faute.

»<sup>298</sup> ou lanceurs d'alerte éthique dans l'espace Ohada<sup>299</sup>. L'autorité compétente de recevoir cet alerte doit avoir l'indépendance, la capacité, le pouvoir et la responsabilité d'enquêter et résoudre l'objet de la dénonciation avec efficacité.

Dans cette perspective, certaines lois proposent plusieurs voies par lesquelles il est possible d'effectuer une dénonciation, tant à l'interne, qu'à l'externe. Dans le cas contraire, le représentant du personnel devra établir un rapport qu'il communiquera au commissaire aux comptes, au conseil d'administration ou à l'Assemblée des actionnaires. Rien n'empêche sa présence à cette séance, qui est l'occasion de faire la lumière sur la santé préoccupante de l'entreprise<sup>300</sup>. Quid de la demande d'expertise de gestion ?

## **Paragraphe II : La demande d'expertise de gestion, moyen de contrôle au profit des associés**

Inspirée du législateur français<sup>301</sup>, l'expertise de gestion est la possibilité offerte aux associés, même minoritaires, qui représentent une fraction raisonnable du capital social, de faire ouvrir une enquête sur une ou plusieurs opérations de gestion<sup>302</sup>. Nous examinerons successivement les conditions d'ouverture (I) ainsi que la procédure de l'expertise de gestion (II) en droit Ohada.

### **I. Les conditions d'ouverture de la demande l'expertise de gestion**

L'ouverture de la demande d'expertise de gestion est subordonnée d'une part, à la détention d'un pourcentage du capital social (B) et d'autre part, au domaine de la demande (A) d'expertise.

---

<sup>298</sup> Le « whistleblowing » est considéré comme un « système permettant aux salariés d'alerter leurs dirigeants ou un comité spécialement constitué, sans risque d'être personnellement inquiétés, des irrégularités ou des mauvais comportements professionnels qu'ils constatent dans l'entreprise et dont ils estiment qu'ils font courir à l'entreprise un risque sérieux sur le plan financier, juridique, technique, sanitaire, sécuritaire ou quant à sa réputation ». Il est contractuel « lorsque l'employé adhère par la signature de son contrat de travail au code de conduite ou à la charte éthique de la société qui prévoit cette obligation ». Il est légal lorsqu'un texte législatif « prévoit l'obligation de dénoncer certaines situations à une autorité désignée à cet effet ». Dans l'un ou l'autre cas, la procédure à suivre ainsi que l'autorité à qui la dénonciation doit être faite sont normalement bien indiquées : v. A. M. MANIRABONA, « *Un renforcement du mécanisme de l'alerte pour lutter efficacement contre la criminalité économique dans l'espèce Ohada* », Bull. de droit écon., Uni. Laval, 2017(1) ; P. S. A. BADJI, « *Les orientations du législateur OHADA dans l'AUSCGIE, révisé* », rev. ersurma n°06, janv. 2016 p. 9.

<sup>299</sup> M. MANIRABONA, « *Un renforcement du mécanisme de l'alerte pour lutter efficacement contre la criminalité économique dans l'espèce Ohada* », Bull. de droit écon., Uni. Laval, 2017(1).

<sup>300</sup>D. TAKAFO-KENFACK, « *La réforme de l'alerte et de l'expertise de gestion dans le nouveau droit Ohada des sociétés commerciales : une entreprise inachevée !* », Chargé de cours à l'Univ. de Bamenda (Cameroun), Unif. L. Rev., 2018, 1-18, [takafodidier@yahoo.fr](mailto:takafodidier@yahoo.fr).

<sup>301</sup> La loi n° 66-567 du 20 juillet 1966 sur les sociétés commerciales dont l'art. 226 dispose qu'« *un ou plusieurs actionnaires représentant au moins le dixième du capital social peuvent demander en justice la nomination d'un expert chargé de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion* ».

<sup>302</sup> Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope 2016 p. 436.

### **A. Le domaine de la demande d'expertise de gestion**

Il a été jugé qu'« *en solliciter une expertise de gestion tendant de manière générale à auditer les comptes et à vérifier la sincérité des états financiers de synthèse de ces sociétés pour l'exercice 2007 sans identifier précisément la décision de gestion critiquée ni même rapporter les éléments pouvant présumer de l'irrégularité de ladite décision alors que l'opération d'expertise de gestion ne peut porter que sur une ou plusieurs opérations de gestions faites par le dirigeant de la société,*» le requérant dont la demande ne détermine aucune opération de gestion précise est mal fondée dans sa demande<sup>303</sup>.

Cette décision pose clairement le domaine de l'expertise de gestion. De principe, l'expertise de gestion peut concerner tout aspect de la gestion de quelque organe dont émane l'opération, à l'exception des opérations de la compétence de l'Assemblée générale et celles résultant de ses décisions. Le demandeur d'expertise ne doit pas se borner à énumérer en termes généraux et imprécis de l'intérêt d'une telle mesure. Il lui faut donner les faits précis sur lesquels il exige que la lumière soit faite. Toutefois, les décisions ayant été soumises à l'Assemblée pour simple approbation étaient tout à fait susceptibles d'une expertise de gestion à la demande de l'associé minoritaire<sup>304</sup>.

De surcroît, en cas de litige entre associés, il devait être procédé à la nomination d'un ou de plusieurs experts chargés de présenter un rapport de gestion concernant une ou plusieurs opérations de gestion<sup>305</sup>. Quant à la demande allant au-delà de l'opération de gestion, il a été retenu que « *le nombre d'opérations assignées aux experts, la nature vague de certaines d'entre elles et la période qu'elle doit couvrir laissent sans objet toutes les Assemblées générales réalisées dans cette période, ainsi que l'utilité du commissaire aux comptes, ...*<sup>306</sup> ». Ainsi, l'opération de gestion n'est pas destinée à entraver la compétence des autres organes de la société comme l'Assemblée générale ordinaire ou extraordinaire, de même que le domaine de compétence du commissaire aux comptes. Cette conception purement organique est retenue par la jurisprudence française<sup>307</sup>. En effet, en l'absence de définition « *de la notion d'acte de gestion* » de la part du législateur, elle en a fait un critère purement organique, c'est-

---

<sup>303</sup> CCJA, arrêt n° 056/2013 du 13 juin 2013 Traité et actes uniformes commentés et annotés, juriscope 2016 p. 436 et 437

<sup>304</sup> L'associé n'avait été informé des dites opérations qu'à l'occasion de cette même Assemblée : CCJA, arrêt n°042/2013 du 16 mai 2013 Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope 2016

<sup>305</sup> CA Abidjan, ch. civ. et com., arrêt du 25 fév. 2000, n° 258 : Ohadata J-02-132 Traité et actes uniformes commentés et annotés,

<sup>306</sup> CCJA, arrêt n°027/2013 du 18 avr. 2013 Traité et actes uniformes commentés et annotés, juriscope 2016

<sup>307</sup> V. Cass. com. 15 juil. 1987, Bull. Civ. IV, n° 193, JCP; éd. E, 1987. I. 16792 ; Cass. Com. 29 nov. 1983, Rév, soc. 1984.317, note Y. CHARTIER; CA Paris, 27 nov. 1991; D 1992, IR 71 etc.

à-dire, tous les actes décidés par les organes de gestion. Le corollaire est que tous les actes émanant des autres organes de gestion ne figurent pas parmi les actes de gestion.

S'il va sans dire que pour être recevable la demande d'expertise de gestion doit porter sur des opérations clairement définies, des interrogations demeurent sur cette notion d'opérations de gestion. Ainsi, un auteur<sup>308</sup> a pu remarquer que « *l'assiette de la notion d'acte de gestion n'a pratiquement pas de borne. Elle se présente comme un véritable fourre-tout où l'on verse la quasi-totalité des points d'ombre relevés dans le fonctionnement de la société* ». Loin de ces questionnements, la majorité des auteurs<sup>309</sup> cantonne le concept dans une vision restrictive en le limitant aux actes des dirigeants sociaux et en excluant les autres organes de la société commerciale.

En sus de cette exigence relative à l'objet, voire le domaine de la demande d'expertise de gestion, une autre exigence est posée par le législateur Ohada. Il s'agit de la détention d'une fraction en pourcentage du capital de la société. D'ailleurs, ces deux conditions demeurent cumulatives.

### ***B. L'exigence préalable de la détention d'un pourcentage du capital***

L'article 159 est sans équivoque sur cette condition et disposant que « *un ou plusieurs associés représentant au moins le dixième du capital* » peuvent demander l'expertise de gestion.

Notons qu'il n'en a pas été ainsi. Sous l'emprise de l'ancien Acte uniforme, cette possibilité était l'apanage des associés détenant le cinquième du capital social, c'est-à-dire, une détention de vingt pour cent (20%) du capital de la société. En raison de la difficulté à réunir un nombre aussi important d'associés, les auteurs de la réforme ont opté pour un allègement des conditions d'ouverture en ramenant celle relative à la détention à un dixième du capital soit dix pour cent (10%). En France, cette condition de détention est à la fois cinq pour cent (5%) dans les sociétés anonymes et dans les sociétés par actions simplifiées<sup>310</sup>.

En effet, la nouveauté est la possibilité donnée à tous les associés de se renseigner sur la nature, la portée et les conséquences d'opérations de gestion suspectes de leur porter

---

<sup>308</sup> A. FOKO, « *L'essor de l'expertise de gestion dans l'espèce Ohada* » op. cit., p.189 in D. TAKAFO-KENFACK, « *La réforme de l'alerte et de l'expertise de gestion dans le nouveau droit Ohada des sociétés commerciales : une entreprise inachevée !* », Chargé de cours à l'Univ. de Bamenda (Cameroun), Unif. L. Rev., 2018, 1-18, [takafodidier@yahoo.fr](mailto:takafodidier@yahoo.fr).

<sup>309</sup> V. A. FENEON, « *La mésentente entre associés de la société anonyme Ohada* », Penant, juillet-septembre 2004, n° 848, p. 269

<sup>310</sup> V. art. L. 225-231, al. 1<sup>er</sup> du Code de Commerce

préjudice et de nuire à l'intérêt de la société<sup>311</sup>. Selon le Professeur BADJI<sup>312</sup>, un renforcement de la transparence dans la gouvernance des sociétés commerciales et une meilleure protection des actionnaires minoritaires qui disposent désormais en théorie des moyens permettant de faire entendre leurs cris de détresse, sont les deux finalités poursuivies par cet assouplissement.

Ainsi, un associé ayant des parts représentant plus du minimum exigé<sup>313</sup> peut valablement demander l'expertise de gestion et de même que plusieurs associés ayant, en cumul, le pourcentage requis<sup>314</sup>. Il semble banal de dire que si le pourcentage requis n'est pas atteint, la demande d'expertise de gestion ne peut prospérer<sup>315</sup>. La demande d'expertise de gestion demeure une compétence exclusive des associés de la société aux conditions ci-haut mentionnées. Toute autre initiative ne saurait prospérer. En droit Français, par contre, le champ des initiateurs de la demande d'expertise de gestion est élargi au Ministère public, au comité d'entreprise et, dans les sociétés où les actions sont admises sur un marché réglementé, aux autorités de ce marché<sup>316</sup>.

Quand bien même que les conditions d'ouverture aient été revues à la baisse, les associés peuvent toujours avoir des difficultés à réunir la fraction du capital exigée pour le déclenchement de l'expertise en cas de désaccord sur une question donnée. Pendant ce temps, la situation qui se détériore aurait pu être évitée si le délégué du personnel et les autorités judiciaires avaient le pouvoir d'agir, c'est-à-dire de demander la désignation de l'expert au même titre que les apporteurs de capitaux. La reconnaissance de leur droit d'action peut contribuer à l'avancement de la procédure en limitant les aléas qui occultent la demande d'expertise initiée par les associés<sup>317</sup>. Ainsi, le législateur doit aller plus loin en incriminant

---

<sup>311</sup> V. D. TAKAFO-KENFACK, « *La réforme de l'alerte et de l'expertise de gestion dans le nouveau droit Ohada des sociétés commerciales : une entreprise inachevée !* », Chargé de cours à l'Univ. de Bamenda (Cameroun), Unif. L. Rev., 2018, 1–18, [takafodidier@yahoo.fr](mailto:takafodidier@yahoo.fr).

<sup>312</sup> P. S. A. BADJI, « Les orientations du législateur Ohada dans l'AUSCGIE révisé », Revue de l'ERSUMA, no 6, janvier 2016, p. 15.

<sup>313</sup> CA Abidjan, arrêt n° 376 du 02 mars 2004 : Ohadata n° J-04-489, Traite et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2016 p. 437

<sup>314</sup> TRHC Dakar, ordonnance de référé n° 1671 du 23 déc.2002: Ohadata n°J-03-186, Traite et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2016 p. 437

<sup>315</sup> CA Abidjan, ch. civ. et com., 5<sup>e</sup> ch. A, arrêt n°10 du 2 janv. 2001: Ohadata J-02-113, Traite et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2016, p. 437

<sup>316</sup> V. art. 64-2 de la loi L. 225-231 du Code du commerce.

<sup>317</sup> D. TAKAFO-KENFACK, « *La réforme de l'alerte et de l'expertise de gestion dans le nouveau droit Ohada des sociétés commerciales : une entreprise inachevée !* », Chargé de cours à l'Univ. de Bamenda (Cameroun), Unif. L. Rev., 2018, 1–18, [takafodidier@yahoo.fr](mailto:takafodidier@yahoo.fr).

l'entrave à l'expertise<sup>318</sup>. Le demandeur n'est pas à l'abri d'une condamnation au cas où sa demande serait abusive. Ainsi, peut constituer une légèreté blâmable le fait de mettre en œuvre l'expertise de gestion alors que les conditions de recevabilité expressément prévues par la loi ne sont pas réunies. Il en est de même lorsque la demande procède d'une simple allégation dénuée de tous fondements. De telles actions abusives et préjudiciables à la société peuvent justifier la condamnation du demandeur aux versements des dommages et intérêts<sup>319</sup>. De votre avis, cette vision de législateur français doit inspirer son homologue de l'Ohada afin que l'expertise de gestion ne soit utilisée de façon abusive et bloquer ainsi le fonctionnement de la société. Les conditions préalables à l'expertise de gestion étant posées, il reste à analyser la procédure requise à cet effet.

## II. La procédure de l'expertise de gestion

La demande d'expertise de gestion est adressée « à la juridiction compétente du siège social, statuant à bref délai » à l'effet de « la désignation d'un ou de plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestions »<sup>320</sup>. La compétence juridictionnelle (A) ainsi que les missions de l'expert (B) seront examinées.

### A. La compétence juridictionnelle

Avant la réforme la demande d'expertise de gestion était destinée au président de la juridiction compétente de siège social<sup>321</sup>. L'on ne pouvait présager d'une avancée de la procédure en ce sens qu'aucun délai n'était assigné au président de la juridiction afin de statuer sur la demande<sup>322</sup>.

---

<sup>318</sup>De tels écarts de conduite étant condamnables, l'on saisit pourquoi le législateur français sanctionne depuis 1966, punit des peines d'amende et d'emprisonnement ou de l'une des deux peines, les dirigeants sociaux, qui font sciemment obstacle aux vérifications des experts en refusant de communiquer les pièces utiles à leurs missions. Il est donc regrettable que le législateur Ohada, résolument inscrit dans la modernité, n'ait pas jusqu'à l'heure actuelle incriminé de tels agissements. Le regret est d'autant plus profond quand on sait que le nouvel acte uniforme renforce la protection des opérations commerciales et des associés en incriminant de nouveaux actes ou omissions des dirigeants sociaux. Il s'agit d'un manquement auquel le législateur africain doit nécessairement remédier.

<sup>319</sup> Cass. com. 12 janv. 1976, D. 1977.141, note Y. CHARTIER, Rev. soc. 1976.330, note P. MERLE.

<sup>320</sup> V. art. 159 de l'AUSCGIE.

<sup>321</sup> L'art. 159 était ainsi libellé « 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 ».

<sup>322</sup>Dans un contexte où il importe d'agir sans laisser passer trop de temps, on saisit l'intérêt qu'avait le législateur Ohada de réviser certains aspects de la procédure d'expertise de gestion afin de faciliter l'avancement de ladite procédure. L'AUSCGIE révisé a supprimé la mention selon laquelle la demande devait être adressée au président de la juridiction compétente pour la réserver à la juridiction du siège social de la société qui doit statuer dans un bref délai.

En donnant compétence à la juridiction statuant à bref délai, le législateur Ohada revêt l'expertise de gestion d'un caractère de procédure d'urgence. Il est en ce sens logique que le juge des référés se soit déclaré compétent dans une espèce où le retard dans la décision à intervenir risquait de mettre en péril les intérêts d'un ou de plusieurs associés. Les juges ont retenu que si l'expertise de gestion n'est pas en elle-même une procédure d'urgence, il y avait néanmoins urgence. Toutefois, c'est à tort que le juge des référés a statué *ultra petita* en désignant sans justification deux experts au lieu d'un<sup>323</sup>.

Au Sénégal, les fonctions de juge des référés sont exercées, dans le cas d'espèce<sup>324</sup>, par le président du tribunal de commerce et le président de la Chambre commerciale d'Appel de la cour d'Appel<sup>325</sup>. Par conséquent, « *le juge des référés<sup>326</sup> ne peut être saisi pour décider d'une mesure d'expertise de gestion qu'en cas d'urgence* »<sup>327</sup> et un arrêt récent de la CCJA a nettement affirmé la compétence du juge des référés à ordonner une expertise de gestion<sup>328</sup>. En tout état de cause, le juge des référés doit, pour sa part, s'assurer entre autres conditions que la demande se rattache à un litige né et actuel, ou tout au moins, possible et sérieux<sup>329</sup>.

En droit français, la loi NRE est venue préciser que, dans les sociétés par actions, la demande doit être présentée « en référé » et non plus « en forme des référés »<sup>330</sup>. En ce qui

---

<sup>323</sup> CA Cotonou, arrêt n° 256/2000 du 17 Août 2000 : Ohadata J-06-101, Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2016 p. 437

<sup>324</sup>De l'exposé des motifs de la loi n°2017-27 du 28 juin 2017 portant création des tribunaux de commerce au Sénégal, l'on peut lire « *ces réformes visent le désengorgement des juridictions ainsi que la réduction des délais et des coûts pour faciliter l'exécution plus efficace des contrats. Entrent également dans la compétence des tribunaux de commerce, les litiges concernant les sociétés commerciales notamment les litiges concernant les incidents relatifs à la cession des paiements, le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises* ». L'art. 49 de l'AUPSRVE dispose que « *la juridiction compétente pour statuer sur tout litige ou toute demande relative à une mesure d'exécution forcée ou à une saisie conservatoire est le président de la juridiction statuant en matière d'urgence ou le magistrat délégué par lui* » on peut penser que le référé relève des attributions propres du Président du Tribunal de Grande Instance, mais en l'espèce, on ne saurait faire application d'une disposition générale en l'existence d'une disposition spéciale.

<sup>325</sup> Art. 32 de la loi n°2017-27 du 28 juin 2017 portant création des tribunaux de commerce au Sénégal.

<sup>326</sup> Le référé est une procédure utilisée dans les affaires urgentes, dans celles qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse et qui justifie l'existence d'un différend, ou alors pour prévenir un dommage imminent [c'est le cas de la demande d'expertise de gestion qui ambitionne la cessation d'urgence des difficultés rencontrées par la société] ou bien pour faire cesser un trouble manifestement contraire à la loi.

<sup>327</sup> TRHC Dakar, ordonnance de référé n°901 du 9 Août 1999, Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2016 p. 438

<sup>328</sup> CCJA, 1<sup>ère</sup> ch., arrêt n°256/2013 du 13 juin 2013, Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2016 p. 438.

<sup>329</sup> CA Cotonou, op. cit.

<sup>330</sup> C'est l'art. L. 225-321 de la loi NRE qui apporte la précision alors que le décret du 23 mars 1967 en son art. 195 n'a pas fait l'objet de changement en se conformant aux art. 872 et 873 de du Nouveau Code de procédure civile qui requièrent devant la président du tribunal de commerce l'urgence et le manque de contestation sérieuse. La loi l'emportant sur le décret, il va sans dire que l'expert doit être désigné en référé dans les conditions requises et notamment l'urgence.

concerne les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions, les dirigeants sociaux sont convoqués à l'audience<sup>331</sup>

Selon un auteur<sup>332</sup>, l'emploi par l'article 160 de l'acte uniforme de l'expression « *s'il est fait droit à la demande* » témoigne de la sévérité de l'examen de la recevabilité de la demande et de la difficulté qu'ont les associés de voir leur action prospérer. Ces barrières pourraient être levées si la demande de désignation provenait de l'initiative des autorités judiciaires, à l'instar du ministère public. La demande émanant du ministère public, qui n'a aucun intérêt à nuire aux dirigeants, peut amener le juge à donner une suite favorable dans la majorité des cas, contribuant ainsi au renforcement de la protection des divers intérêts en présence. Autant dire que la multiplication des personnes habilitées à demander l'ouverture des procédures de contrôle n'est pas moins importante, au même titre que la clarification des critères de déclenchement. La redynamisation des moyens de contrôle de la gestion des affaires sociales permet aux associés d'avoir en vue leurs investissements. Le juge doit s'en référer dans la désignation de l'expert et ne pas perdre de vue que l'objectif est la protection des associés à travers la pérennité de la société.

### ***B. Les missions de l'expert désigné***

S'il est fait droit à la demande, la juridiction compétente détermine l'étendue de la mission et les pouvoirs des experts. La mission des experts doit être entendue de façon stricte et circonscrite rigoureusement dans le cadre des opérations en question. En guise d'illustrations, sont des opérations de gestion les transferts de fonds relatifs aux opérations de rachat des actions d'une société par une autre société, de même que les mouvements de fonds entre les deux sociétés. Il saurait être question, aux fins d'expertise de gestion, une décision de justice qui autoriserait l'expertise de toute la gestion d'un dirigeant<sup>333</sup>.

Le juge demeure libre de donner suite ou non à la demande. En droit français, s'il juge satisfaisant l'audition du dirigeant social et/ou le non fondé de la prétention du demandeur, la demande est rejetée. Dans le cas contraire, la nomination des experts est réalisée. C'est dire qu'il est juge de l'opportunité et cela est bien perceptible en droit Ohada au regard de l'emploi des termes « *s'il est fait droit* ». S'il est vrai que la loi sénégalaise sur les tribunaux de

---

<sup>331</sup> V. art. 44-4 pour les SARL et 195 pour les sociétés par actions du décret du 23 mars 1967.

<sup>332</sup> D. TAKAFO-KENFACK, « *La réforme de l'alerte et de l'expertise de gestion dans le nouveau droit Ohada des sociétés commerciales : une entreprise inachevée !* », Chargé de cours à l'Univ. de Bamenda (Cameroun), Unif. L. Rev., 2018, 1-18, [takafodidier@yahoo.fr](mailto:takafodidier@yahoo.fr).

<sup>333</sup> V. commentaire de l'art. 160 de l'AUSCGIE, Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2016, p. 438.

commerce est muette sur la question de l'audition préalable des dirigeants sociaux avant de donner droit ou non à la demande d'expertise de gestion, elle fait de la tentative de conciliation une obligation<sup>334</sup>. Celle-ci est, de notre avis, une parfaite occasion de pouvoir entendre les dirigeants sociaux et d'apprécier la suite à donner à la procédure.

S'il est vrai qu'il est question de contrôler certaines opérations, ce contrôle doit refléter un équilibre subtil, en ce sens que l'action de l'expert doit être suffisamment étendue pour garantir l'effectivité de la mesure d'information. Elle doit être simultanément limitée afin de troubler au minimum le fonctionnement de la société et de ne pas attenter aux caractères confidentiels de certaines opérations. De ce fait, l'ordonnance de désignation doit mentionner l'opération sur laquelle l'expert doit mener sa mission d'investigation. Elle apprécie les opérations ciblées tant du point de vue de leur régularité que de leur opportunité. Il s'agit d'une mission fondamentalement contradictoire<sup>335</sup>. Ce travail s'avère difficile eu égard l'appréciation isolée des opérations alors que la gestion est un ensemble d'actes liés les uns aux autres, contribuant à la réalisation de la politique générale de la société.

En effet, l'emploi de l'expression « *d'opération de gestion* » en lieu et place de celle « *d'acte de gestion* » marque peut-être la faveur pour un examen d'une série d'actes dans leur ensemble et dans leur succession et non pas simplement dans leur individualité hors de leur contexte<sup>336</sup>.

Par ailleurs, le rôle de l'expert s'avère originale en ce sens que sa mission ne saurait être confondue du contrôleur de gestion ou d'observateur de gestion. Ces derniers sont chargés d'assister aux Assemblées et aux conseils avec un droit de regard sur tout ou partie et des actes et des documents sociaux à l'effet de préserver l'intérêt du demandeur. La mission de l'expert diffère de l'administration provisoire qui confère un pouvoir de gestion et de direction qui s'étend largement sur de simples opérations de gestion. Sa mission ne doit être confondue avec celle du commissaire aux comptes qui se limite au contrôle de la comptabilité et du fonctionnement régulier de la société. L'expert ne peut pas le concurrencer sur le terrain de la vérification de la régularité et de la sincérité des comptes. Il ne peut procéder qu'à des contrôles complémentaires encore que le contrôle ne vise que l'opération de gestion sur

---

<sup>334</sup> Art. 5 de la loi n° 2017-27 du 28 juin 2017 portant création des tribunaux de commerce.

<sup>335</sup> L. BOY, *Réflexions sur le sort de l'expertise de minorité*, D. 1980, chrono. 79, n°54

<sup>336</sup> Cass. com. 21 oct. 1974, Rev. soc. 1975.113 note B. Bouloc ; Y. GUYON, *Expertise de gestion*, J-Cl. soc, fisc. 135-10, avec le concours de G. DURANT-LEPINE, spéc. n° 46.

laquelle porte la demande<sup>337</sup> cette mission n'est que temporaire et prend un terme avec la production d'un rapport. Ainsi, les honoraires des experts sont à la charge de la société. Quant au rapport, il est adressé au demandeur et aux organes de gestion, de direction ou administration ainsi qu'au commissaire aux comptes. En sus, ceux énumérés, en droit français, le rapport est aussi reçu par le comité d'entreprise. Ce rapport est à titre informatif, il ne saurait ni provoquer la nullité de l'acte et encore moins mettre en jeu la responsabilité des dirigeants sociaux. La sanction des dirigeants appelle l'ouverture d'une procédure nouvelle différente de l'expertise.

L'intérêt social fonde la création de la société et constitue la fin poursuivie lors de son fonctionnement. La raison procède d'une analyse simple. La mise en commun des apports et la contribution aux résultats sous-tendent l'idée selon laquelle la société est créée dans l'intérêt commun des associés. De ce fait, l'intérêt social sert de levier aux associés. Mais la société est lieu de rencontre de plusieurs intérêts catégoriels et parfois égoïstes. Si les associés apportent les moyens indispensables à la réalisation de l'activité, il n'en demeure pas moins que la direction et la main d'œuvre émanent d'autres catégories. Même l'Etat y trouve son compte, en ce sens qu'il a obligation de favoriser la création et la pérennité des emplois.

Dès lors, l'intérêt social ne saurait se limiter aux seuls intérêts de ceux qui ont constitué la société. Cette dernière devient une entité économique lieu d'expression d'une plurielle d'intérêts. Son intérêt reste et demeure le seul baromètre qui permet d'évaluer les autres intérêts en présence au sein de cette cellule économique.

---

<sup>337</sup> Cass. com. 25 mars 1974, op. cit.

## TITRE II : L'INTERET SOCIAL, L'INTERET DE L'ENTREPRISE

« *La société est une personne morale indépendante et autonome. C'est la conséquence même de la personnalité morale. Les dirigeants doivent-ils exercer leur pouvoir en respectant cette base fondamentale de l'organisation de la société [...]. A cet égard, la notion d'intérêt social revêt une très grande importance. C'est l'intérêt propre d'une entité autonome et indépendante. C'est dans le sens de cet intérêt social que les dirigeants doivent exercer leurs pouvoirs* ». <sup>338</sup> C'est dans cette vision institutionnelle <sup>339</sup> de la société que l'intérêt social se doit d'être analysé (**chapitre I**).

C'est aussi sur le fondement de cette approche institutionnelle de la société, que le législateur africain semble veiller à la prospérité et à la continuité de l'exploitation au sein de l'entreprise <sup>340</sup>. Et dans un monde de plus en plus concurrentiel, le capital humain n'est pas à négliger <sup>341</sup>. La réconciliation entre le capital et le travail doit apparaître au sein de *la famille entreprise*, par une implication concrète des salariés dans la vie de la société. Ainsi, l'intérêt social fonde l'intervention des travailleurs dans la vie de l'entreprise <sup>342</sup> (**chapitre II**).

Cette participation des salariés dans la vie de la société en droit Ohada regorge une certaine hésitation qui milite en faveur d'une redéfinition de ce partenariat entre le capital et le travail. Cela est d'autant plus vrai que les tendances nouvelles dans le monde sociétal accroissent de plus en plus le droit des salariés au sein de l'entreprise. Dès lors, il urge pour le législateur de voir comment intégrer ces approches nouvelles en droit Ohada.

---

<sup>338</sup> J. PAILLUSSEAU, *L'efficacité des entreprises et la légitimité du pouvoir*, Petites affiches, 9 juin 1996, n° 74, p. 157 et ss.

<sup>339</sup> Selon HAURIOU « *une institution est une organisation sociale, c'est-à-dire une organisation faite d'une collectivité d'individus. En même temps, cette organisation doit avoir elle-même une individualité forte pour être reconnue et nommée. Par ce double fait qu'elle intéresse une collectivité et qu'elle a une existence propre due à son organisation, elle dépasse l'individu humain. Elle subsiste malgré les mutations qui peuvent se reproduire dans son intérêt personnel. Cela lui donne une réalité sociale, l'institution est la véritable réalité sociale.* » V. M. HAURIOU, *L'institution*, chap. II, in « *Les principes du droit public* », Sirey 1910, p. 123 et ss. Spéc. p. 129 cité par M. C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, Paris 1998, n°753, p. 315. La société est une réalité séparable des individus qui la composent. La conséquence est le déplacement du contenu de l'intérêt social des contractants au profit de l'intérêt propre à une entité.

<sup>340</sup>B. Y. MEUKE, « *De l'intérêt social dans l'AUSCGIE de l'OHADA* », AHODATA D-06-24, p. 5.

<sup>341</sup>P. S. A. BADJI, « *Les orientations du législateur OHADA dans l'AUSCGIE révisé* », op. cit. p. 9

<sup>342</sup> J. PAILLUSSEAU, « *L'efficacité de l'entreprise et la légitimité du pouvoir* », Petites Affiches 19 juin 1996, n°74.23.

## **CHAPITRE I : L'INTERET SOCIAL, UNE APPROCHE INSTITUTIONNELLE EN DROIT DES SOCIETES OHADA**

La société est une réalité séparable des individus qui la composent. La conséquence est le déplacement du contenu de l'intérêt social des contractants au profit de l'intérêt propre à une entité, celui de la personne morale (**section I**).

Selon une autre idée forte de cette institutionnalisation de la société, la notion d'entité est liée à l'entreprise en ce sens que l'entreprise est considérée comme « *une technique juridique d'organisation de la société* »<sup>343</sup>. Dépassant le cadre étroit et strictement juridique de la société pour une analyse économique du droit, l'intérêt social serait, en définitive, l'intérêt d'une entité économique (**section II**).

### **Section I : L'intérêt social, l'intérêt de la personne morale**

L'intérêt social est la traduction littérale de l'intérêt de la société, de la personne morale. Il requiert des éclaircissements sur la notion de la personnalité morale en droit des sociétés (**paragraphe I**) avant l'examen de l'intérêt proprement dit de la personne morale (**paragraphe II**).

#### **Paragraphe I : La notion de la personne morale en droit des sociétés**

Si l'existence de la personnalité morale (**I**) ne fait l'ombre d'aucun doute en droit des sociétés, il n'en demeure pas moins que, la personnalité morale soit sujette à un certain nombre d'attribution qui milite en faveur de questionnements (**II**).

##### **I. L'existence de la personnalité morale**

Les controverses doctrinales (**A**) ont parsemé la problématique de la personne morale. Mais, l'acquisition (**B**) de celle-ci requiert un certain formalisme en droit Ohada.

##### **A. Les théories sur l'existence de la personnalité morale**

L'idée selon laquelle un groupement doté de la personnalité morale s'incarne en une individualité distincte de celle de ses membres est présente depuis l'émergence en droit positif du « phénomène » de la personnalité morale<sup>344</sup>. La question de la personnalité morale voire

---

<sup>343</sup> J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Paris, Sirey 1967.

<sup>344</sup> Pour une analyse sociologique concise du « phénomène » des personnes morales V. G. CORNU, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, 10<sup>e</sup> éd. Domat Montchrestien, 2001, n°731 in J. V. PAGNUCCO, « L'obligation à la dette de l'associé indéfiniment responsable, » RTD com. 2012, p. 55.

juridique<sup>345</sup> a fait l'objet de vives controverses entre les partisans de la théorie de la fiction et ceux de la théorie de la réalité.

Selon les tenants de la théorie de la fiction, la personnalité véritable suppose une existence corporelle, biologique qui ne se trouve que chez l'homme et une capacité de vouloir et d'agir liée au cerveau, aux nerfs, aux muscles, bref aux sens<sup>346</sup>.

En revanche, il appartient à la loi de modifier ce principe et d'étendre la personnalité juridique à des sujets créés par simple fiction pour servir de support à un patrimoine. Comme l'incapable<sup>347</sup>, il fallait que la personne morale soit représentée pour vouloir et agir<sup>348</sup>.

A ce titre, l'attribution de la personnalité juridique, à certaines entités autres que les personnes humaines, ne saurait procéder qu'un artifice utilisé par le législateur, destiné à faire bénéficier à certains groupements, soigneusement sélectionnés, de certains attributs juridiques nécessaires à leurs activités. Cet auteur<sup>349</sup> de conclure que « *la reconnaissance des personnes morales n'aurait alors qu'une dimension purement utilitaire, comptable avec l'idée selon laquelle, l'éminente dignité de l'être humain justifie qu'on lui réserve la qualité de sujet de droit* ».

Par contre, selon les partisans de la théorie de la réalité, la personne morale, loin d'être une pure construction, renvoie à une réalité aussi tangible que les personnes physiques. Fondée sur le postulat d'inspiration sociologique<sup>350</sup>, selon lequel l'essence de la personne réside dans sa conscience et son prolongement qu'est la volonté. Ainsi, parce que la personne

---

<sup>345</sup> La terminologie « *personne morale* » est la plus usitée, quoique le législateur OHADA lui a préféré celle de « *personnalité juridique* », voir l'article 98 de l'AUSCGIE. Nous utiliserons indistinctement les deux notions dans le cadre de notre travail.

<sup>346</sup> V. A. CISSE, cours de droit des Personnes et de la Famille, Université Gaston Berger de Saint Louis, 2004-2005, inédit.

<sup>347</sup> V. art. 273 de C.F du Sénégalais « *Sont frappées d'une incapacité d'exercice les personnes auxquelles la loi enlève l'aptitude à participer au commerce juridique pour les protéger contre leur inexpérience ou la défaillance de leurs facultés intellectuelles* ».

<sup>348</sup> C'est comme s'il appartient à la loi, de faire violence à la réalité des choses. Et c'est pour cette raison que l'on trouve cette thèse défendue par l'école exégétique du 19<sup>e</sup> siècle (positivisme - volontarisme) qui professait le culte de la loi (fétichisme juridique). De cette thèse, il découle d'un côté qu'il n'y a pas de personne morale sans texte et de l'autre côté, les fictions sont d'interprétation stricte c'est-à-dire qu'on ne saurait étendre les effets de la personne morale au-delà de ce que les textes ont prévu, V. A. CISSE, cours de droit des Personnes et de la Famille, Université Gaston Berger de Saint Louis, 2004-2005.

<sup>349</sup> J. V PAGNUCCO, art. précité, p. 55.

<sup>350</sup> La personne morale est une réalité vivante. C'est un corps, un organisme (théorie organique). Pour d'autres, de substrat de la personnalité, c'est la volonté ; elle est individuelle chez la personne physique et collective chez la personne morale (ou de la volonté collective). Critique : confusion personne morale et groupe social (indivision, famille). Enfin, certains ont vu dans la personne morale une institution (Hauriou). Toutes les institutions ne sont pas des personnes morales mais la personne morale constitue l'institution la plus élaborée. V. commentaire d'A. CISSE, Cours précité, 2004-2005

morale est de naissance spontanée et accède à l'autonomie dès lors qu'émergent d'un groupement une conscience collective et une volonté propre, il s'agit d'un phénomène qui s'impose aux pouvoirs publics, lesquels ne peuvent qu'en constater l'existence et en tirer les conséquences juridiques<sup>351</sup>.

La prééminence de la théorie de la réalité en droit Français ne fait l'ombre d'aucun doute. En effet, l'arrêt *Comité d'Etablissement de Saint Chamond* décide que « la personnalité civile n'est pas une création de la loi, mais appartient en principe à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite d'être, juridiquement reconnu et protégé »<sup>352</sup>. Le législateur OHADA semble emprunter la même voie en reconnaissant la personnalité juridique à la société dès son immatriculation.

### **B. L'acquisition de la personnalité morale en droit Ohada**

Toute société jouit de la personnalité juridique à compter de son immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier<sup>353</sup>. A l'exception de la société en participation, toute société doit être immatriculée<sup>354</sup> dans ce registre. De ce point de vue, il ressort que c'est le législateur qui attribue la personnalité juridique aux sociétés dès lors que les conditions requises sont réunies.

Ce constat peut conduire à deux conclusions<sup>355</sup>. Primo, l'attribution de la personnalité morale par législateur serait la conséquence de l'accomplissement de formalités. Dans ce sens, la loi confère la personnalité juridique à tout groupement qui les accomplirait. Secundo, l'on considère que l'intervention du législateur est la dernière phase de la création de la personne morale. En effet, il ne peut créer une entité vivante en l'absence de tout support matériel.

A notre avis, c'est la seconde hypothèse qui doit être retenue. Avant son immatriculation, la société existe quoique cette existence soit inopposable aux tiers et que ceux-ci puissent s'en prévaloir<sup>356</sup>. Qui plus est, entre la date de la constitution de la société et celle de son immatriculation, les rapports entre les associés sont régis par le contrat de société

---

<sup>351</sup> J. V PAGNUCCO, art. précité, p. 55.

<sup>352</sup> Civ. 2è 28 janv. 1954, D. 1954 217, note G. LEVASSEUR ; JCP 1954, II, 7978, concl. Lemoine, in V. J. V PAGNUCCO, art. Précité cit. RTD com. 2012, p. 55.

<sup>353</sup> Art. 98 de l'AUSCGIE

<sup>354</sup> Art. 97 de l'AUSCGIE

<sup>355</sup> M. A. MOUTHIEU NJANDEU, op. cit., p. 65.

<sup>356</sup> V. art. 101 de l'AUSCGIE

et par les règles générales du droit applicable aux contrats et aux obligations<sup>357</sup>. Les associés peuvent même convenir que la société ne sera pas immatriculée et n'aura pas la personnalité juridique<sup>358</sup>. Ce qui dénote que la personnalité juridique n'est pas un élément nécessaire.

Ce faisant, la capacité d'ester en justice doit être constatée dès qu'il est démontré que l'immatriculation de la société a été accomplie avant l'acte d'assignation<sup>359</sup>. En revanche, lorsque la société ne rapporte pas la preuve de son immatriculation au RCCM, on en conclut qu'elle n'a pas la personnalité juridique et ne peut, par conséquent, ester en justice<sup>360</sup>. D'ailleurs, la cinquième chambre de la Cour d'appel d'Abidjan a relevé qu'en raison du caractère impératif de la loi, l'immatriculation en régularisation est une question préjudicielle à la poursuite de l'action en justice<sup>361</sup>.

La transformation régulière d'une société en une société d'une autre forme n'entraîne pas la création d'une personnalité juridique nouvelle. Il en est de même de la prorogation de sa durée ou de toute autre modification statutaire<sup>362</sup>.

Si la personnalité juridique de la société emporte la reconnaissance de l'autonomie juridique de cette dernière, cette existence ne manque pas de soulever certaines questions.

## **II. Les questionnements sur l'existence de la personnalité**

La consécration de la théorie de la réalité a pour corollaire la différenciation de la société des personnes qui la composent. Malgré le symbole, l'absence d'altérité entre la personne morale et son constituant mérite analyse (**B**). Mais, l'état de la personnalité morale de la société doit être revu (**A**).

### ***A. L'état de la personne morale***

Individualiser la personne humaine, c'est l'identifier en la situant par rapport à quelque chose ou en la classant dans une catégorie. Pour cela, il nous faut des critères d'identification,

---

<sup>357</sup> V. art. 105 de l'AUSCGIE

<sup>358</sup> V. art. 114 de l'AUSCGIE

<sup>359</sup> TGI Bobo Dioulasso, jugement n° 74 4 avril 2004 : Oadata J-05-234 in *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2016 p. 413.

<sup>360</sup> TGI Mounjo, ordonnance n° 04/CC du 27 janv. 2006 : Ohadata J-07-140 in *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2016 p. 413.

<sup>361</sup> V. Ohadata J-08-04

<sup>362</sup> V. art. 99 de l'AUSCGIE, mais aussi CA Lomé, arrêt n° 43/09 du 17 mars 2009, Ohadata J-10-169 et TPI Douala-Ndokoti, ordonnance n°231 du 12 mai 2005, Ohadata J-07-189 in *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2016 p. 413.

des signes juridiques pour distinguer l'être humain de son semblable<sup>363</sup>. En est-il ainsi pour la personne morale ?

Comme la personne physique, la personne morale est pourvue d'un état. La dénomination sociale est l'appellation de toute forme de société commerciale et cette dénomination est protégée contre l'usurpation<sup>364</sup>. Le domicile de la société est son siège social. Celui-ci est fixé au lieu du principal établissement de la société ou de son centre de direction administrative et financière. Son transfert, impliquant changement des statuts, doit être fait dans les conditions requises pour toute modification statutaire<sup>365</sup>. Quant à la nationalité, le législateur Ohada n'ayant pas fixé les règles, nous nous référons au silence des textes à la jurisprudence française<sup>366</sup> qui utilise le critère principal du siège social tel qu'inscrit dans les statuts.

La société dispose d'un patrimoine. Ce patrimoine représente la somme des apports faits à la société par les associés. Il échappe à ces derniers qui ne sont pas copropriétaires des biens et des sommes qu'ils ont apportés à la société<sup>367</sup>. Par contre, ils sont titulaires de droits sociaux en contrepartie des apports faits. Ce patrimoine constitue le droit de gage des créanciers de la société<sup>368</sup>. Quid de la capacité juridique.

Aucune disposition particulière ne la prévoyant pas, les principes généraux gouvernant la capacité permettent de distinguer la capacité de jouissance<sup>369</sup>, c'est-à-dire le fait d'être titulaire d'un droit pécuniaire ou extra-pécuniaire, sauf si un texte ne dispose autrement et de la capacité d'exercice qui s'apparente à la capacité de mener personnellement la vie juridique<sup>370</sup>.

La responsabilité civile de la société serait engagée dès lors que la faute émane de son représentant, ou que le dommage est causé par son préposé ou par une chose qu'elle avait

---

<sup>363</sup>V. A. CISSE, Cours précité, 2004-2005

<sup>364</sup> V. art. 14 à 18 de l'AUSCGIE.

<sup>365</sup> V. art. 23 à 27 de l'AUSCGIE.

<sup>366</sup> Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 10 mars 1976, Rev. Société 1997, p. 305

<sup>367</sup> V. art. 41 et ss de l'AUSCGIE.

<sup>368</sup> Ce principe est valable pour les sociétés à risque limitée. Dans les sociétés à risque illimités, les créanciers peuvent se retourner contre les associés sont indéfiniment et solidairement responsable des dettes sociales. Et inversement, les créanciers personnels des associés ne peuvent saisir les biens appartenant à la société.

<sup>369</sup> La société est certes titulaire de patrimoine, mais cette pleine capacité d'ester en justice connaît des atténuations, en ce sens que, se sont les personnes physiques qui représentent la société dans ses rapports avec les tiers.

<sup>370</sup> V. M. A. MOUTHIEU NJANDEU, op. cit., p. 68.

sous sa garde. La victime obtiendra la réparation du dommage, sous le fondement de la responsabilité civile contractuelle et/ou extracontractuelle<sup>371</sup>.

C'est sur la responsabilité pénale de la personne morale en droit Ohada que se pose le débat. Le législateur est resté silencieux sur la question. En en croire cet auteur<sup>372</sup>, la capacité de nuisance des personnes morales et leurs puissances financières militent en faveur de la reconnaissance de la responsabilité pénale des personnes morales à l'instar de la France<sup>373</sup>.

L'état de la personne morale présente de fortes similitudes à celui des personnes physiques. Mais force est de reconnaître qu'il en est pas un. La personne morale en droit des sociétés regorge des particularités.

Malgré la consécration de la théorie de la réalité en droit Ohada, la question de l'altérité entre cette personne morale et son constituant mérite examen.

#### ***B. L'absence d'altérité entre la personne morale et les membres du groupe constituant***

L'arrêt *Comité d'Etablissement de Saint-Chamond*<sup>374</sup> énonce le principe que la personnalité juridique pour être valable, suppose l'existence d'un groupement porteur d'intérêts licites, dignes d'être juridiquement protégés et pourvus d'une possibilité d'expression collective.

De cet arrêt, la personnalité juridique n'est pas une réalité absolument distincte du groupement dont elle est le support. Par conséquent, il y a l'absence d'altérité entre la personne morale et les membres du groupement qui en sont le support. L'obligation à la dette de l'associé indéfiniment responsable en est une illustration parfaite.

En guise d'illustration, les associés de la SNC et les associés commandités de la SCS sont tenus indéfiniment et solidairement responsables du passif social, même après dissolution et liquidation de la société. Aussi sont-ils solidaires de tous les engagements de la société et aucune stipulation contraire n'est admise<sup>375</sup>.

---

<sup>371</sup> V. le droit commun de la responsabilité, art. 118 et ss du COCC du Sénégal.

<sup>372</sup> V. M. A. MOUTHIEU ép. NJANDEU, op. cit., p. 68.

<sup>373</sup> Le législateur Français a reconnu le principe de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau Code pénal entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 1994 dont l'article 121-2 prévoit la responsabilité pénale des personnes morales autre que l'Etat. Les peines prévues sont l'amende, la confiscation, la fermeture d'établissement, l'interdiction d'activités etc..

<sup>374</sup> Civ. 2<sup>e</sup> 28 janv. 1954, D. 1954 217, note G. LEVASSEUR ; JCP 1954, II, 7978, concl. Lemoine, in V. J. V PAGNUCCO, art. Préd cité RTD com. 2012, p. 55.

<sup>375</sup> V. les art. 270 et 293 de l'AUSCGIE.

L'associé indéfiniment et solidairement responsable est tenu à la fois de l'obligation aux dettes et de l'obligation de contribuer aux pertes de la société<sup>376</sup>. Contrairement aux associés des sociétés de capitaux et des associés commanditaires de la SCS qui ne sont tenus qu'à concurrence de leurs apports à contribuer aux pertes de la société. En effet, c'est à la dissolution de la société que ces derniers satisferont leurs obligations de contribuer aux pertes de la société, conformément à l'article 4 de l'AUSCGIE. En sus de cette obligation, les associés solidaires peuvent être appelés à s'acquitter des dettes sociales à tout moment de la vie sociale<sup>377</sup>.

Ainsi, reconnaît un auteur<sup>378</sup>, en raison de la nécessaire préexistence d'un intérêt licite défendu par un groupement afin que le groupement puisse accéder à la personnalité juridique, la personnalité morale ne saurait être considérée comme étant la source des règles gouvernant la personne morale. Ces dernières [les règles] ne peuvent être recherchées que dans le pacte liant les membres du groupement. Techniquement privée de vertus symboliques qu'on lui prête, la personne morale ne saurait être considérée comme réellement distincte du groupement qui en est le support<sup>379</sup>.

De ce fait, conclut-il, « *lorsque l'associé d'une société à risque illimitée est obligé aux dettes de la société, il ne s'engage pas à s'acquitter la dette d'une tierce personne pour le cas où cette dernière n'y satisferait pas elle-même* », mais sa propre dette au regard du pacte liant à la personnalité morale.

En tout état de cause, ces écrits doctrinaux n'enlèvent en rien l'existence réelle d'intérêts propres à cette personne morale qu'est la société.

---

<sup>376</sup> La contribution aux pertes sociale se manifeste le plus souvent lors de la dissolution de la société alors que la contribution aux dettes sociales apparaît lors de la vie sociale, ces pertes n'ont la plupart du temps d'autre réalité qu'une écriture comptable et sans conséquence sur la situation personnelle de l'associé en principe.

<sup>377</sup> C'est la raison pour laquelle certains pouvoirs sont exercés par la collectivité des associés quoique leur présence physique ne soit exigée car pouvant donner leurs avis par voie de consultation écrite dans certains cas. Au regard de cette qualité de coobligés, les associés non gérants ont en toutes circonstances un droit général d'avis, de conseil, de surveillance et de contrôle des affaires de la société. La participation à l'assemblée générale et l'exercice du droit à l'information sont respectivement mentionnés aux articles 288 et 289 pour ces types de société.

<sup>378</sup> V. J. V. PAGNUCCO, art. précité, *RTD com.* 2012, p. 55.

<sup>379</sup> Or, le groupement en question n'a vocation qu'à exprimer et organiser la défense d'un intérêt commun défini et arrêté par l'ensemble de ses membres au sein de son acte constitutif. En conséquence, il est impossible de considérer qu'il existe entre une personne morale et plus spécialement une société, et ses membres et plus spécialement, des associés une véritable altérité. D'ailleurs, l'arrêt *Comité d'Etablissement de Saint-Chamond*, la personnalité juridique pour être valable, suppose l'existence d'un groupement porteur d'intérêts licites, dignes d'être juridiquement protégés et pourvus d'une possibilité d'expression collective. De cet arrêt, la personnalité n'est pas une réalité absolument distincte du groupement dont elle est le support.

## Paragraphe II : L'intérêt de la personne morale en droit Ohada

L'existence d'intérêts (I) propres à la personne morale ne fait l'ombre d'aucun doute et emporte des conséquences (II) certaines.

### I. L'existence d'intérêts propres à la personne morale

L'autonomie de l'intérêt (A) de la personne gagne en proportion à tel enseigne qu'elle tente de ravir la vedette à l'objet social (B).

#### A. L'autonomie de l'intérêt de la personne morale

« L'intérêt social ne se confond pas obligatoirement avec la somme des intérêts des associés. »<sup>380</sup> Sur la question de l'abus de biens sociaux, cet auteur affirme que « l'intérêt à prendre en considération est celui de la société et non celui des actionnaires, même de la majorité ou de la totalité de ceux-ci. Cette distinction traduit une notion fondamentale du droit des sociétés : le principe selon lequel la société est une personne morale indépendante de la masse des personnes physiques qui la compose »<sup>381</sup>. Ces propos prouvent à suffisance l'existence d'intérêts propres à la personne morale, c'est-à-dire l'intérêt de la société.

La société est liée à l'idée de durée. Ainsi, son intérêt tient à sa pérennité et à sa continuité<sup>382</sup>. On peut même y ajouter l'idée de prospérité qui ressort de la lecture de l'article 4 de l'AUSCGIE. Seulement, à la différence de la conception contractuelle de l'intérêt social, cette prospérité se conjugue à la pérennité. Il ne s'agit pas d'un profit à court terme, mais d'une politique de long terme, conjuguant la distribution des dividendes et la constitution de réserves afin de renforcer les capitaux propres de la société<sup>383</sup>.

C'est dans le sens de la continuité et de la pérennité dans la prospérité de la société qu'il faut analyser certaines innovations de l'Acte uniforme sur le droit des sociétés commerciales et des GIE. La généralisation de la présence du commissaire aux comptes en est un exemple. En plus des sociétés de capitaux où ils étaient indispensables, les sociétés de

---

<sup>380</sup> J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Paris, Sirey, 1970, p. 196.

<sup>381</sup> J.-M. VERDIER, *L'abus de mandat social*, in *Le droit spécial des sociétés anonymes*, D. 1995, p. 195 in M. A. MOUTHIEU ép. NJANDEU, article précité, p. 70.

<sup>382</sup> Cette analyse est confirmée par les travaux parlementaires de la loi NRE. Rapport Besson, p. 230 in G GOFFAUX-CALLEBAUT, *La définition de l'intérêt social, Retour sur la notion après les évolutions législatives récentes*, RTD com, 2004, p. 35.

<sup>383</sup> G GOFFAUX-CALLEBAUT, « *La définition de l'intérêt social, Retour sur la notion après les évolutions législatives récentes* », RTD com, 2004, p. 35.

personne voient l'obligation faite à elles par l'AUSCGIE révisé d'avoir des commissaires aux comptes<sup>384</sup> sous certaines conditions.

La procédure d'alerte est l'une des grandes innovations de l'AUSCGIE révisé. Le législateur Ohada met à la charge des commissaires aux comptes un devoir supplémentaire d'alerte des dirigeants. Cette alerte doit être déclenchée dès lors qu'ils prennent conscience d'un risque sérieux de cessation d'exploitation. Elle peut être déclenchée par les associés<sup>385</sup>.

L'intérêt de la société commande par endroit que la distribution des dividendes soit limitée au profit de la constitution de réserves, en sus des réserves obligatoires, alors que l'intérêt des actionnaires serait de partager la plus grande partie des bénéfices. L'intérêt de la personne morale explique en outre la constitution de réserves facultatives reconnues par la loi et que les statuts peuvent prévoir<sup>386</sup>.

Selon cet auteur<sup>387</sup>, la désignation d'un administrateur provisoire, l'amélioration du fonctionnement du conseil d'administration par la création des comités et des administrateurs indépendants, la revalorisation du rôle de l'administrateur avec le droit individuel à l'information... sont des gages de la pérennisation de la poursuite de la société.

La prééminence de l'intérêt de la société sur les autres intérêts catégoriels en présence est certaine. La Cour de cassation décida qu'un acte jugé contraire à l'intérêt social était néanmoins valable dès lors que les associés avaient donné leur consentement à l'unanimité. Seule la fraude pouvait remettre en cause cette validité<sup>388</sup>. Certains auteurs ont interprété cet arrêt en ce sens que la méconnaissance de l'intérêt social n'est pas normalement sanctionnée<sup>389</sup>, d'où la pertinence de s'interroger sur leur différence.

---

<sup>384</sup>V. I. SECK, *La gestion des conflits d'intérêts en droit des sociétés commerciales OHADA*, Thèse, UCAD, 2017, p. 35 ; v. art. 289-1 pour les SNC et art. 293-1 qui se rapporte l'art. relatif aux SNC. Pour ce qui est des conditions énumérées, il faut : 1) le totale du bilan supérieur à deux cent cinquante million (250.000.000 fcfa) ; 2) chiffre d'affaires annuel de cinq cents million (500.000.000 f cfa) ; 3) effectif permanent supérieur à 50 personnes.

<sup>385</sup>V. P. S. A. BADJI, « *Ohada et bonne gouvernance des entreprises* », in *Recueil d'études sur l'Ohada et les normes juridiques africaines*, PUAM 2013, p. 233.; aussi les art. 150 et ss de l'AUSCGIE.

<sup>386</sup>V. art. 143 et ss de l'AUSCGIE

<sup>387</sup>V. P. S. A. BADJI, « *Les orientations du législateur OHADA dans l'AUSCGIE révisé* », rev. ersurma n°06, janv. 2016 p. 9.

<sup>388</sup>L. AYNES, com. sous Civ. 1, 19 mai 1987, D., 1987, som. 445

<sup>389</sup>F. LEJEUNE, Cautionnement des S.C.I. : le faux critère de l'intérêt social. Droit et patrimoine, 1996, doct. 56. Contra, J.-L. GUILLOT, note sous Com., 26 janv. 1993 ; Banque 1993, n° 537, 92 in Maître D. ANTINE, Avocat au Barreau de Nice et Enseignant, *Droit des sociétés : Objet social et intérêt social*, disponible sur <http://www.davidantoine-avocat.fr> consulté 31 mars 2018 à 01h 25mn.

## ***B. La différence de l'intérêt social et de l'objet social***

La conception classique peut s'exprimer par l'intangibilité quasi-absolue de l'objet social dans ses rapports avec l'intérêt social. Lorsque l'acte d'un dirigeant est conforme à l'objet social, il ne devrait pas être inquiété par une éventuelle conformité à l'intérêt social<sup>390</sup>. Il n'y a que les cas extrêmes, telle qu'une contrariété avec l'ordre public et les bonnes mœurs, pour que le juge puisse interférer. De la même façon, lorsque l'acte n'a pas été prévu par l'objet social, il ne devrait pas être validé par la société qui le souscrit, sauf décision contraire des associés, alors même qu'il serait conforme à l'intérêt social. On en trouve la confirmation dans un arrêt de la troisième chambre civile du 1er décembre 1993<sup>391</sup>.

C'est en ce sens et celui de l'article 121 de l'AUSCGIE<sup>392</sup> que le tribunal hors classe de Dakar et de la Cour d'Appel d'Abidjan<sup>393</sup> ont rendu leur décision.

Il peut être présumé que l'acte voulu à l'unanimité a permis la satisfaction de l'intérêt social. Mais, il ne peut s'agir que d'une simple présomption. Elle doit être écartée chaque fois que la volonté unanime n'a pas rempli son office, c'est à dire qu'elle n'a pas respecté la « justice » dans la société. D'ailleurs, protéger le consentement unanime des associés n'est que le moyen de faire respecter cette « justice ». Quelques exemples montrent que l'unanimité n'exclut pas la recherche de l'intérêt social. Ainsi l'unanimité ne permet pas de légitimer un abus de bien social, lequel a pour finalité de protéger l'intérêt social<sup>394</sup>. En privilégiant l'unanimité, on risque aussi de refuser aux sociétés l'existence d'une réelle personnalité juridique<sup>395</sup> ou d'organiser une confusion de patrimoines entre la société et ses associés.

---

<sup>390</sup> G. VIDALENC, Société en nom collectif et sociétés civiles. Cession de parts. Garanties sur actifs sociaux (à propos de Cass. com., 26 janvier 1993), J.C.P., N, 1995 – doct. – 375 – n° 40 in Maître D. ANTINE, Avocat au Barreau de Nice et Enseignant, art. précité.

<sup>391</sup> *Banque Courtois c/ SCI pour La Location*, cit. par G. VIDALENC, art. préc. – 375 ; v. aussi, Civ. 1, 19 mai 1987 ; D., 1987 – 445 – obs. L. AYNES in Maître D. ANTINE, Avocat au Barreau de Nice et Enseignant, art. précité.

<sup>392</sup> *A l'égard des tiers, les organes de gestion, de direction et d'administration ont, dans les limites fixées par le présent acte uniforme pour chaque type de société, tout pouvoir pour engager la société, sans avoir à justifier d'un mandat social. Toute limitation de leurs pouvoirs légaux par les statuts est inopposable aux tiers de bonne foi.*

<sup>393</sup> Toute limitation des pouvoirs légaux par les statuts est inopposable aux tiers de bonne foi ces derniers sont dispensés de vérifier les pouvoirs du représentant de la société ; TRHC de Dakar, jugement du n° 1832 du 7 déc. 1999, Ohadata J-04-25 et CA Abidjan, ch. civ. et com., arrêt n° 427 du 20 mai 2005, Ohadata J-09-352.

<sup>394</sup> D. RANDOUX, note préc. ; Crim., 12 déc. 1994 ; Bull. Joly, 1995 – 427 in Maître D. ANTINE, Avocat au Barreau de Nice et Enseignant, art. précité.

<sup>395</sup> D. RANDOUX, note sous Cass. civ. 3, 22 mai 1975, J.C.P., 1976 – II – 18346 in Maître D. ANTINE, Avocat au Barreau de Nice et Enseignant, art. précité.

Pourtant, les rapports entre l'objet social et l'intérêt social prennent de plus en plus d'ampleur au point que la doctrine envisage la possibilité d'un « déclin » de l'objet social<sup>396</sup>.

Par réaction à la longue domination de l'objet social la tentation est grande de lui substituer, « par une ellipse simplificatrice », le critère de l'intérêt social. On trouve déjà chez certains les prémices d'une telle évolution lorsque, pour décrire la jurisprudence récente ils utilisent le terme de « rupture » ou évoquent la « prééminence absolue de l'intérêt social sur la volonté des associés »<sup>397</sup>. Du rapport Vienot on peut lire que « *Le comité considère que l'action des administrateurs doit être inspirée par le seul souci de l'intérêt de la société concernée* »<sup>398</sup>.

En réalité, il n'est pas possible d'adhérer à cette thèse car elle ignore de façon excessive l'objet social qui se trouve irréductiblement à la base de la société. L'objet social est un critère de création des sociétés<sup>399</sup>. Il produit des effets juridiques. Le caractère anormal d'un acte ou son caractère nécessaire pour la société doit s'apprécier objectivement par référence à l'intérêt social.

On pourrait tenter de fonder la relation entre l'objet social et l'intérêt social sur le principe d'égalité<sup>400</sup>. En effet, l'intérêt social recoupe trop d'intérêts divergents et de nature différente pour que l'on puisse parler d'égalité. En outre, la doctrine envisage la possibilité d'un « déclin » de ce principe en droit des sociétés. Il est donc préférable de se tourner vers la recherche d'un équilibre dans l'économie générale des relations entre l'objet social et l'intérêt social<sup>401</sup>.

La recherche d'un équilibre est une constante en droit des sociétés. « L'équilibre », que quelques auteurs invitent à ne pas confondre avec l'égalité, signifie que chaque catégorie doit recevoir l'équivalent de ce qu'elle donne et ne doit pas subir des inconvénients

---

<sup>396</sup> RIPERT et ROBLOT, Traité de droit commercial, par M. GERMAIN, L.G.D.J., t. 1, 1996 – n° 704.

<sup>397</sup> J.L. GUILLOT, note sous Com., 26 janv. 1993, Banque, Mai 1993 – n° 537 – 92 in Maître D. ANTINE, Avocat au Barreau de Nice et Enseignant, art. précité.

<sup>398</sup> Sur le rapport, voir J. PAILLUSSEAU, La modernisation du droit des sociétés commerciales, D., 1996 – 287

<sup>399</sup> V. art. 13 et 19 de l'AUSCGIE.

<sup>400</sup> Il s'agit, selon Jacques Mestre, d'un principe à efficacité contentieuse, art. préc. – 406 in Maître D. ANTINE, Avocat au Barreau de Nice et Enseignant, art. précité.

<sup>401</sup> Dans le prolongement de l'art. 121, le dirigeant social engage valablement la société à l'égard des tiers par tous les actes, qu'ils soient compatibles ou non avec l'objet social : art. 122 de l'AUSCGIE. Cependant, dans les sociétés à responsabilité illimitée, les dirigeants sociaux ne peuvent engager la société que dans les actes entrant dans l'objet social : art. 277 de l'AUSCGIE

disproportionnés au regard des avantages de l'autre dans l'économie générale de leur relation. C'est la proportionnalité qui le caractérise<sup>402</sup>.

En tout état de cause, l'objet social cohabite avec l'intérêt social. Le dépassement du premier est apprécié à la conformité de l'acte au deuxième. L'existence d'un intérêt propre à la personne morale produit des conséquences.

## **II. Les conséquences de l'existence d'un intérêt propre à la personne morale.**

La prééminence de l'intérêt de la société sur les intérêts catégoriels (A) en présence au sein de la société est certaine et confirmée par la jurisprudence (B).

### **A. La prééminence de l'intérêt de la personne morale sur les intérêts catégoriels**

La prééminence de l'intérêt social de la personne morale sur les autres intérêts catégoriels en présence au sein de la société emporte plusieurs conséquences.

D'une part, il est vrai que l'associé a le droit propre de faire partie de la société, de concourir par son vote à l'administration de la société, de négocier ses titres sociaux, sortir librement de la société et de partager les bénéfices. Mais pour certains auteurs, la distinction entre l'intérêt social et l'intérêt des associés a, non seulement pour corollaire de faire de l'intérêt social celui de la personne morale, mais également de l'intérêt social un élément constitutif de la personnalité morale<sup>403</sup>. D'ailleurs, c'est autour de la notion d'« *intérêt distinct* » que la doctrine moderne a construit la personnalité juridique<sup>404</sup>.

En l'absence de détermination contractuelle des pouvoirs des dirigeants, la limite légale et infranchissable reste et demeure l'intérêt social. Il s'agit d'un impératif de conduite ou simplement de la boussole qui indique la marche à suivre, une des facettes de l'éthique qui préside à la marche des sociétés<sup>405</sup>.

D'autre part, la prééminence de l'intérêt social de la personne morale sur les autres intérêts catégoriels apparaît à travers le respect du patrimoine social. Ce dernier est le gage des créanciers de la société. L'autonomisation du patrimoine social, vecteur de nombreux avantages pour l'entrepreneur, doit en même temps être une garantie pour les tiers.

---

<sup>402</sup> D. ANTINE, Avocat au Barreau de Nice et Enseignant, art. précité.

<sup>403</sup> V. M. A. MOUTHIEU NJANDEU, op. cit., p. 71.

<sup>404</sup> V. supra nos développements sur l'existence de la personnalité morale en titre I, chap. I, para. I.

<sup>405</sup> V. art. 277 de l'AUSCGIE et les commentaires dans l'OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2016 p. 478.

En effet, la société n'appartient pas à l'associé, quand bien même qu'il disposerait de la majorité ou de la totalité du capital social. Sur ce fondement, il ne peut disposer des biens de la société comme ses propres biens. L'intérêt social pourra être analysé comme étant la frontière de droit de propriété<sup>406</sup>.

Cette frontière du droit de propriété, qu'est la conformité de la gestion du patrimoine de la société à l'intérêt social, vaut pour les dirigeants sociaux quand bien même qu'ils seraient propriétaires de la majorité voire de la totalité du capital social<sup>407</sup>. L'incrimination de l'abus de biens sociaux en est un exemple concret.

Le législateur Ohada dispose qu' « *encourent une sanction pénale le gérant de la société à responsabilité limitée, les administrateurs, le président directeur général, le directeur général adjoint, le président de la société par action simplifiée, l'administrateur général ou l'administrateur général adjoint qui, de mauvaise foi, font des biens ou des crédits de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles, matérielles ou morales, ou pour favoriser une autre personne morale dans laquelle ils sont intéressés, directement ou indirectement* »<sup>408</sup>.

Le droit Ohada ne vise pas expressément l'abus de pouvoirs. Mais on peut aussi comprendre que l'exercice des pouvoirs fasse partie des biens et du crédit de la société. Les biens de la société doivent s'entendre de la manière la plus extensive englobant tous les éléments mobiliers et immobiliers du patrimoine social : fonds sociaux, mobiliers, matériels, marchandises, créances, immeubles. Le crédit désigne la réputation de la société et plus particulièrement sa surface financière. Celle-ci sera par exemple exposée lorsque le dirigeant engage la signature sociale par l'acceptation d'effets de complaisance<sup>409</sup>.

Ces considérations relatives à la prééminence de l'intérêt supérieur de la société sont confortées par des décisions jurisprudentielles.

---

<sup>406</sup> V. M. A. MOUTHIEU NJANDEU, op. cit., p. 73.

<sup>407</sup> J.-M. FEDIDA, *L'abus de biens sociaux, présentation générale*, Gaz. Pal., 13 août 1996, p. 910, in M. A. MOUTHIEU NJANDEU, op. cit., p. 73.

<sup>408</sup> V. art. 891 de l'AUSCGIE.

<sup>409</sup> V. commentaire de l'art. 891 de l'AUSCGIE in OHADA, *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2016 p. 478.

### ***B. L'analyse jurisprudentielle de l'autonomie de la personne morale.***

La jurisprudence consacre aussi la prééminence de l'intérêt social. Il suffit de citer un attendu de la célèbre affaire FRUEHAUF<sup>410</sup> pour s'en persuader. Cette jurisprudence affirme que « *le juge des référés doit s'inspirer des intérêts sociaux par référence aux intérêts personnels de certains associés, fussent-ils majoritaires* ».

En croire à Monique Aimé MOUTHIEU<sup>411</sup>, la jurisprudence s'est toujours montrée hostile à la confusion de fait entre le patrimoine de la société et celui des associés. Cette confusion était préjudiciable à l'intérêt social. Elle affirme que les hypothèses de confusion sont plus fréquentes dans les petites sociétés, les sociétés familiales ou de façades où l'on est souvent en présence d'un seul associé qui en fait, détient la presque totalité des titres sociaux et se conduit comme maître de l'affaire.

A titre illustratif, la Cour de cassation française<sup>412</sup>, en sa chambre criminelle a affirmé la culpabilité d'un dirigeant d'une société familiale. En l'espèce, les parts sociales étaient réparties entre le père, gérant, et son fils, exploitant un hôtel-restaurant et une part importante des recettes ayant été détournées à des fins personnelles. La Cour déclare qu'il importe peu que la société soit « *composée exclusivement de la famille du prévenu dès lors que la personne morale est une entité distincte de ses membres* ».

Cette décision rappelle que la personne morale est un être juridiquement protégé. Elle n'est pas uniquement une épicerie familiale dans laquelle le chef de famille dispose de droit de vie et de mort. Il ne doit pas la gérer au gré de ses humeurs, de ses sentiments voire de ses intérêts égoïstes.

L'entreprise, dont la société est le cadre juridique, doit adopter une certaine stratégie à la fois économique et financière pour assurer sa survie et sa pérennité, c'est en tout cas la position de la Cour d'Appel de Dakar dans un arrêt en date du 31 mars 2000<sup>413</sup>.

En l'espèce, une société confrontée à des difficultés économiques avait adressé à l'Inspecteur du travail et de la sécurité sociale, une requête pour demander l'autorisation de

---

<sup>410</sup> CA Paris, 22 mai 1965, JCP 1965, II, n° 14274 bis, concl. Avoc. Gén. NEPVEU., D. 1968, chron., p. 45, R. COTIN.

<sup>411</sup> M. A. MOUTHIEU NJANDEU, op. cit., p. 71.

<sup>412</sup> Cass. crim, 26 mai 1994, Bull. crim. n° 206 ; Bull. Joly 1994, p. 1295, p. 771, note B. BOULOC in M. A. MOUTHIEU NJANDEU, *L'intérêt social en droit des sociétés*, l'Harmattan-Paris, coll. Etudes africaines, 2009, p. 73.

<sup>413</sup> Cour d'Appel de Dakar, arrêt n°211 du 31 mars 2000, inédit in R. D. GNAHOUI, *L'intérêt de l'entreprise et des droits des salariés*, Ohadata D-04-31, p. 10 et ss.

licencier 110 salariés. Ce dernier fut droit partiellement à la demande de l'employeur en autorisant le licenciement de 39 salariés. La société et les travailleurs dont le licenciement venait d'être autorisé introduisirent un recours hiérarchique devant le Ministre du travail. Celui-ci confirma la décision de l'inspecteur du travail en ce qui concerne l'autorisation de licenciement de 39 salariés, mais l'infirmant, en ce que refusait d'autoriser le licenciement des 71 autres salariés. S'appuyant sur cette décision, la société procéda au licenciement des salariés pour compte du 23 novembre 1993. Entre temps, le conseil d'Etat avait été saisi par les travailleurs, en Recours pour Excès de Pouvoir. Cette haute juridiction<sup>414</sup> annula en 1995, la décision du ministre relativement à l'autorisation de licenciement des 71 autres salariés.

Fort de cette décision, les salariés demandèrent leur réintégration et le paiement de leur salaire depuis le jour de leur licenciement, ce que refusa l'employeur. Devant la Cour de renvoi, les travailleurs ont demandé le paiement de la somme de 608.409.971 FCFA. L'employeur considérait que ces dommages et intérêts étaient excessifs et annonciateurs des difficultés susceptibles de compromettre l'équilibre de l'entreprise qui s'est restructurée depuis le départ des salariés.

De l'avis de la Cour de renvoi, « *les impératifs de survie et de pérennité de l'entreprise doivent être pris en compte dans l'arbitrage des conflits sociaux, lorsque la satisfaction des prétentions dirigées contre celle-ci risquent d'entraîner des conséquences manifestement excessives, telle que la perte de l'outil de travail pour l'employeur et les travailleurs* ».

Cette décision montre que l'intérêt social transcende l'intérêt de la personne morale pour aller vers la sauvegarde d'une entité économique, l'entreprise, lieu de rencontre d'une série d'intérêts catégoriels.

## **Section II : L'intérêt social, l'intérêt d'une entité économique**

L'appréhension de l'intérêt social comme la somme des intérêts catégoriels s'articule autour de la notion d'entreprise (**Paragraphe I**). Elle a ses intérêts propres que nous tenterons de cerner (**Paragraphe II**).

---

<sup>414</sup> Arrêt n° 00112 du 28 juin 1995 inédit in R. D. GNAHOUI, *L'intérêt de l'entreprise et des droits des salariés*, Ohadata D-04-31, p. 10 et ss.

## **Paragraphe I : La notion d'entreprise en droit**

La notion d'entreprise a été appréhendée à travers la cellule, voire l'organisme économique (II). Mais pour y parvenir, des méthodes d'approches (I) ont été empruntées.

### **I. Les méthodes d'approches de la notion d'entreprise**

La désignation de la notion d'entreprise est faite à travers une approche technique (A) et une approche organisationnelle (B).

#### **A. L'approche technique de la notion d'entreprise**

Le postulat de l'approche technique de la notion d'entreprise part du droit pour y positionner l'entreprise. L'objectif de cette approche consiste à rechercher et à déterminer la nature juridique de l'entreprise afin de la classer dans une catégorie juridique préexistante. De cette classification, l'on détermine le régime juridique applicable à l'entreprise.

Sur ce fondement, deux conceptions ont été faites. Si la première fait de l'entreprise un objet de droit, la seconde classe l'entreprise dans la catégorie des sujets de droit.

La première thèse fait de l'entreprise un bien que l'on exploite. De ce fait, le propriétaire peut être une personne physique, c'est le cas de l'entrepreneur, régi par le droit commercial général. Le propriétaire peut être une personne morale, à l'instar de la société commerciale qui peut être le fait d'une personne ou de plusieurs personnes<sup>415</sup>.

Un auteur<sup>416</sup> fait remarquer que « *dans le cas de l'entreprise individuelle, une confusion entre l'entreprise et l'exploitant [...] est possible. En revanche, dans l'hypothèse de la personne morale, on dit couramment que ce sont les actionnaires qui sont les propriétaires de l'entreprise* ». Cette analyse fait de l'entreprise un ensemble d'actifs et exclut de ce point de vue les travailleurs précise-t-il. Or, le salarié ne peut être exclu de l'entreprise. Ce fait dénote toute la faiblesse de cette conception de l'entreprise d'où l'intérêt d'analyser la seconde conception.

A la base de cette deuxième conception, l'entreprise est considérée comme étant une communauté de travail, où dirigeants et travailleurs sont liés par une solidarité. Dans ce sens, l'entreprise se présente comme une société organisée en vue d'une fin<sup>417</sup>. L'entreprise serait une forme d'organisation sociale où la présence d'un groupe humain est subordonnée à la fois

---

<sup>415</sup> V. les art. 4 et 5 de l'AUSCGIE.

<sup>416</sup> R. D. GNAHOUI, « *L'intérêt de l'entreprise et des droits des salariés* », Ohadata D-04-31, p. 10 et ss.

<sup>417</sup> P. DURAND, Introduction à un rapport sur « la notion d'entreprise » présentée aux journées de l'association II. Capitaine de 1947, Dalloz.

à l'existence d'un droit interne et d'une autorité chargée de le faire respecter : la tendance serait de faire de l'entreprise une personne morale<sup>418</sup>.

Ainsi, l'entreprise serait indépendante de l'entrepreneur ou de la société qui lui apporte des fonds et serait sujet de droit naissant<sup>419</sup>. Cette doctrine marque une opposition entre société et entreprise. A quoi servirait la société, si l'entreprise devient une personne morale dotée de la personnalité juridique ?

Selon cet auteur<sup>420</sup>, cela est totalement irréaliste. Ce serait réduire l'intérêt de l'entreprise à celui des actionnaires. Ainsi, conclut-il, de toute façon, le législateur n'a pas personnifié l'entreprise et il ne voit pas pourquoi il le ferait, et à quoi cela pourrait bien servir.

Non plus, cette conception ne donne de satisfaction et appelle de ce point de vue à appréhender l'entreprise dans sa conception économique. C'est ce que martèle l'approche organisationnelle de la notion d'entreprise.

### ***B. L'approche organisationnelle de la notion d'entreprise***

Dans l'approche organisationnelle, l'entreprise est considérée comme étant une entité économique et sociale organisée par le droit. Cette approche s'appuie sur la réalité socio-économique de l'entreprise pour l'analyser et voir comment le droit se l'approprie sur le plan juridique.

D'une part, l'entreprise est une entité économique et sociale qui présente huit (08) caractéristiques majeures. L'entreprise est une activité économique qui s'active dans des activités de production, de transformation, de prestation de service etc. Pour ce faire, elle mobilise un ensemble de moyens humains, de production, de biens affectés à la réalisation de cette activité.

En sus, il faut un centre de décision et de pouvoir au sein de l'entreprise, une communauté humaine organisée, un actionnariat, un centre d'intérêt et enfin, un objet d'organisation juridique<sup>421</sup>.

---

<sup>418</sup> V. R. D. GNAHOUI, « *L'intérêt de l'entreprise et des droits des salariés* », Ohadata D-04-31, p. 10 et ss.

<sup>419</sup> Cette thèse est défendue par M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, Paris, 1956

<sup>420</sup> J. PAILLUSSEAU, *Entreprise, société, actionnaires, quels rapports ?* D. 1999 ch. p. 97.

<sup>421</sup> V. R. D. GNAHOUI, « *L'intérêt de l'entreprise et des droits des salariés* », Ohadata D-04-31, p. 10 et ss.

D'autre part, l'entreprise est une entité économique et sociale organisée par le droit. De ce point de vue, on se réfère aux différents textes qui ressortent du droit du travail, du droit des sociétés, du droit des procédures collectives etc.

Ainsi, ces différents textes rendent compte de l'organisation de la structure de l'entreprise, de son fonctionnement, des relations qui unissent les personnes qui la composent et des relations qu'elle entretient avec les tiers. Cependant, c'est principalement en droit des sociétés que l'entreprise trouve une partie importante des règles qui organisent sa structure et sa vie.

Aussi reconnaît-on que « *la société est une technique d'organisation juridique de l'entreprise* », une technique qui est mise au service de l'entreprise. Un auteur<sup>422</sup>, écrit à ce propos que l'entreprise et la société sont deux choses fondamentalement distinctes. La première est une organisation économique et humaine. Elle n'est pas une notion juridique, mais une notion économique et sociale (...). La seconde est une notion juridique permettant de faire accéder l'entreprise à la vie juridique et de l'organiser.

## **II. L'entreprise, une cellule économique à préserver**

L'intérêt social assimilé à l'intérêt de l'entreprise n'a été retenu en jurisprudence française que dans l'affaire *Fruehauf*<sup>423</sup> (**A**) dont les conséquences (**B**) ont été déterminantes dans la conception de l'entreprise, comme étant un organisme économique.

### **A. La consécration de l'intérêt de l'entité économique : la jurisprudence *Fruehauf***

Au regard de la pluralité d'intérêts que recouvre l'intérêt de l'entreprise, il va sans dire que sa prise en compte requiert que certains intérêts soient sacrifiés<sup>424</sup>. Cette approche influença la jurisprudence dans le fait de la détermination de la nomination ou non d'un administrateur provisoire<sup>425</sup>.

Ce cas d'espèce dans la jurisprudence française se résume comme suit. La société *Fruehauf-France*, contrôlée par un groupe financier américain avait passé, en décembre 1964, un important marché pour la construction de semi-remorques avec la société des Automobiles

---

<sup>422</sup> J. PAILLUSSEAU, *Les fondements du droit moderne des sociétés*, JCP éd. G 1984, I. 3148

<sup>423</sup> V. CA Paris, 22 mai 1965, JCP 1965, II, n° 14274 bis, concl. Avoc. Gén. NEPVEU, D. 1968. Chron. P. 45. R. CONTIN

<sup>424</sup> Il sera ainsi lorsque la souveraineté de la décision sera remise en cause en cas d'abus de droit 'est-à-dire que la politique financière de la majorité tendait à causer un préjudice à la minorité et non pas à améliorer la politique sociale au sein de l'entreprise ; Cass. com., 22 avril 1976, D. 1977, p. 1977, p. 4 note J. Cl. BOUSQUET

<sup>425</sup> V. CA Paris, 22 mai 1965, JCP 1965, II, n° 14274 bis, concl. Avoc. Gén. NEPVEU, D. 1968. Chron. P. 45. R. CONTIN

Berliet. Ce matériel était destiné à l'équipement de camions vendus par la société des Automobile Berliet à la République populaire de Chine.

Lorsque les contrôleurs de la société Fruehauf-France ont appris la destination de ce matériel, ils donnèrent l'ordre au Conseil d'administration de « *Fruehauf-France* », d'annuler l'exécution de ce marché, jugé contraire à l'intérêt national des Etats Unis.

Devant les conséquences sociales et financières graves qui pouvaient résulter de la résiliation de ce contrat, les trois administrateurs de la société Fruehauf-France démissionnèrent de leurs fonctions. Ils furent immédiatement remplacés. Ces administrateurs demandèrent et obtinrent en référé, la nomination d'un administrateur provisoire « *chargé de gérer activement et passivement la société, et notamment d'exécuter les commandes en cours* ».

La CA de Paris<sup>426</sup> a estimé que la nomination d'un administrateur provisoire était nécessaire, compte tenu des conséquences catastrophiques qu'aurait entraînées la résiliation du contrat Berliet. Elle a déclaré que de telles incidences « *seraient de nature à ruiner l'équilibre financier et le crédit morale de la société Fruehauf-France et à provoquer la disparition et le licenciement de plus de six cent ouvriers* ».

Cette décision fondée essentiellement sur le rôle économique et social de Fruehauf-France, va dans le même sens que les conclusions de l'Avocat Général NEPVEU qui justifiait, en espèce, la nomination d'un administrateur provisoire par la référence à la notion de « *protection de l'organisme Fruehauf-France* »<sup>427</sup>.

Ce qui est pris en considération dans cette décision c'est l'intérêt de l'entreprise, entendu comme un organisme économique, point de convergence entre les multiples intérêts. Le juge des référés est donc tenu de s'inspirer des intérêts sociaux et non personnels des associés, fussent-ils majoritaires<sup>428</sup>.

Il nous reste à analyser les conséquences qui peuvent en être tirées de cet arrêt.

---

<sup>426</sup> V. CA Paris, 22 mai 1965, précité

<sup>427</sup> L'Avocat Général écrivait dans ses conclusions que « *ce qui justifie notre intervention, c'est la défense, la protection de l'organisme Fruehauf-France, fonctionnant en France où il tient une place importante dans production, avec ses six cent cinquante employés menacés de chômage, avec le soutien notamment des banques françaises importantes, notamment de la banque de France* ».

<sup>428</sup> Pour les faits de l'affaire Fruehauf-France, consultez les écrits de M. A. MOUTHIEU ép. NJANDEU, article précité, p. 77

## ***B. Les conséquences de la décision de l'affaire Fruehauf-France***

En se référant à MOUTHIEU, le refus de confondre les intérêts sociaux à ceux des associés est plus que clair, rejetant ainsi le postulat selon lequel, la recherche de l'intérêt social s'assimile à la recherche de l'intérêt des associés. Nonobstant, les apporteurs de capitaux dont les intérêts font l'objet d'une protection légale, cet arrêt a pris en considération plusieurs autres intérêts en jeu.

Il en est ainsi, des intérêts des six cents employés de l'entreprise qui sont sous le coup d'un licenciement par le refus d'exécuter le contrat Berliet, des intérêts des sous-traitants qui auraient aussi été touchés par l'inexécution du contrat, des intérêts des créanciers de la société et, particulièrement les banques, qui, par les crédits consentis à la société, avaient permis le financement des opérations, des intérêts de l'Etat. Compte tenu de la place prépondérante de la société Fruehauf-France dans l'économie française, le sabordement de cette entreprise dans les conditions ci-haut invoquées, aurait fait l'objet d'un conflit auquel les pouvoirs publics auraient été mêlés. Ainsi, conclut-elle, « *l'entreprise est donc devenue une fonction économique qui, en raison du rôle qu'elle joue, notamment sur l'emploi, a pour premier impératif sa pérennité* ».

Cette décision de la CA de Paris n'a pas manqué de critiques. De l'avis d'un auteur, « *cette décision hors commun s'explique par son contexte politique : il ne faut pas en surestimer la portée* ». Aussi, cette décision fait-elle de l'intérêt de l'entreprise la résultante de divers autres intérêts. Cette assimilation de l'intérêt de l'entreprise à la somme des intérêts catégoriels n'est pas exempte de critique. Au plan pratique, comment les dirigeants sociaux peuvent-ils mettre en œuvre une somme d'intérêts souvent divergents ? Selon ce courant, il est préférable de reconnaître à l'entreprise un intérêt propre, autonome, distinct de la plurielle d'intérêts qui la composent. C'est d'ailleurs notre opinion.

Cet avis semble être partagé par la Cour d'Appel de Dakar. En effet, l'arrêt retient que « *les impératifs de survie et de pérennité de l'entreprise doivent être pris en compte dans l'arbitrage des conflits sociaux, lorsque la satisfaction des prétentions dirigées contre celle-ci risquent d'entraîner des conséquences manifestement excessives, telle que la perte de l'outil de travail pour l'employeur et les travailleurs* ».

Il en est ainsi du patronat français qui adhère entièrement à cette vision. En effet, le rapport VIENOT définit l'intérêt social comme étant l'« *intérêt supérieur de la personne morale elle-même, c'est-à-dire l'entreprise considérée comme un agent économique*

*autonome, poursuivant des fins propres, distinctes, notamment de celles de ses actionnaires, de ses salariés, de ses créanciers dont le fisc, de ses fournisseurs et de ses clients, mais qui correspond à leur intérêt général commun qui est d'assurer la continuité et la prospérité de l'entreprise* ». Dès lors, il nous reste à élucider les contours de l'intérêt de l'entreprise.

## **Paragraphe II : Les contours de l'intérêt de l'entreprise**

L'analyse des contours de l'intérêt de l'entreprise commande qu'elle soit définie à partir de la fonction de l'entreprise (I) avant d'envisager les mesures de sa protection (II).

### **I. La définition de l'intérêt de l'entreprise au regard de sa fonction**

Avant la détermination de l'intérêt de l'entreprise (B), la théorie de l'un des défenseurs de la thèse de l'entreprise, PAILLUSSEAU, sera revisitée (A).

#### **A. La thèse de la théorie de l'entreprise**

Le Professeur PAILLUSSEAU fait remarquer, que jadis, la notion d'intérêt de l'entreprise était confondue à celle de la majorité. Qu'à la suite d'une évolution très remarquable de la notion d'intérêt social, il est devenu l'intérêt de l'entreprise sociale. Pour illustrer ses propos, il se fonde sur l'arrêt Fruehauf et le problème de l'auto financement dans les sociétés anonymes.

Selon sa thèse<sup>429</sup>, l'intérêt social ne peut être confondu avec aucun des intérêts en présence au sein de l'entreprise, ni des dirigeants, ni des actionnaires, ni des salariés, ni des créanciers etc. De la même façon, il n'est pas la combinaison, encore moins la somme de ces intérêts catégoriels.

En effet, l'entreprise sociale a un intérêt qui lui est propre et transcende tous les autres intérêts en présence. Et aussi, c'est par rapport à la nature même et à la fonction de l'entreprise que cet intérêt doit être recherché.

Comme l'entreprise a pour fonction essentielle la production, la distribution des biens et des services, voire la création de nouvelles richesses, l'on peut admettre que la fonction fondamentale de l'entreprise est d'assurer la créativité économique. A la suite de l'atteinte de cet objectif, il faut dégager le surplus qui permettra à la créativité de devenir cumulative.

En conséquence, tout acte qui va à l'encontre de cette fonction est contraire à son intérêt. L'intérêt de l'entreprise réside fondamentalement dans la vie et la croissance de

---

<sup>429</sup> G. SOUSI, thèse précitée, n° 275, p. 266 in M. A. MOUTHIEU NJANDEU, op. cit., p. 83.

l'organisme économique. Assurer la pérennité de l'agent économique qu'est l'entreprise, c'est respecter l'intérêt social.

La production et la distribution des biens ou services se font dans l'intérêt des hommes qui vivent par l'entreprise et grâce à elle. La continuité de la production ne constitue pas l'intérêt de l'entreprise, mais bien au contraire, l'intérêt des propriétaires de l'entreprise, ou même celui des hommes qui sont dans l'entreprise et qui, fait de leur travail, profitent de la prospérité de l'entreprise tout en y contribuant. Dès lors, ce prétendu « *intérêt supérieur de l'entreprise* » se résume à l'intérêt de son ou ses propriétaires<sup>430</sup>.

Si ces données du capitalisme font de l'entreprise la propriété du détenteur du capital<sup>431</sup>, il ne faut pas perdre de vue l'idée selon laquelle, l'entreprise devient dès sa création, une entité qui échappe à son propriétaire car devenant un sujet de droit.

C'est ainsi que le législateur intervient à la vie de cet être qui va faire son entrée dans le monde économique. A ce titre, l'entreprise poursuit un but d'intérêt général qui diffère des intérêts égoïstes de son propriétaire. Ces deux intérêts au lieu de se confondre sont opposés.

De notre avis, la préservation de l'intérêt de l'entreprise par le législateur permet d'épauler l'Etat dans une de ses fonctions essentielles, c'est-à-dire la création et la préservation des emplois. Dans la fonction économique de l'entreprise sociale, l'intérêt social n'est rien d'autre que la poursuite de la créativité économique. En foi de quoi, tous les actes posés en violation de ce principe seraient contraire à l'intérêt social.

La question est de savoir à qui incombe la détermination de cet intérêt de l'entreprise ?

### ***B. La détermination de l'intérêt de l'entreprise***

Au regard des intérêts divergents en présence au sein de l'entreprise, un auteur<sup>432</sup> fait remarquer que « *dès lors que l'on parle d'intérêt [social], celui-ci risque d'éclater s'il n'assure pas ni compromis efficace entre les véritables intérêts égoïstes ou altruistes en cause : ceux des associés, individuellement considérés, des co-contractants, des concurrents, comme des pouvoirs publics qui poursuivent cet impalpable « intérêt général », fondement de*

---

<sup>430</sup>G. SOUSI, thèse précitée, n° 275, p. 266 in M. A. MOUTHIEU NJANDEU, op. cit., p. 83.

<sup>431</sup> G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, op. cit. pp. 273 et ss.

<sup>432</sup> Y. CHAPUS, *Droit des sociétés*, PUF, Thémis. coll. Droit fondamental 1993, n° 717.

*bien des interventions légales* ». Ainsi conclut un auteur<sup>433</sup>, le dirigeant semble être le seul en mesure de déterminer l'intérêt social.

La diversité des dirigeants nous invite à voir lequel est enclin à bien mener cette charge. En effet, dans une SA classique<sup>434</sup>, trois organes sont susceptibles de l'exercer, il s'agit du Conseil d'administration, de son président ou du directeur général.

Mais compte tenu du fait que « *le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre* »<sup>435</sup>, il revient à cet organisme le rôle de préciser l'intérêt de l'entreprise. Quant au président directeur général ou le directeur général, il est investi des pouvoirs les plus étendus qu'il exerce dans la limite de l'objet social<sup>436</sup>.

Le président directeur général exerce en même temps les fonctions de président du Conseil d'administration et celles de directeur général. Ce cumul fait de lui le président d'un organe qui est chargé de le contrôler. Si cette situation est mal gérée, elle peut être préjudiciable pour l'entreprise, en ce sens que l'on ne peut être juge et partie à la fois<sup>437</sup>. Dans la SA sans Conseil d'administration, il appartiendra à l'administrateur général de définir l'intérêt de l'entreprise.

Dans les sociétés de personnes, l'article 277 de l'AUSCGIE indique que « *dans les rapports entre associés et en l'absence de la détermination de ses pouvoirs par les statuts, le dirigeant peut faire tous les actes de gestion dans l'intérêt de la société* ». Cette disposition reste de mise pour les SARL<sup>438</sup>, sauf que l'article 329 l'AUSCGIE précise que dans les rapports avec tiers, le dirigeant est investi des pouvoirs les plus étendus pour gérer en toute

---

<sup>433</sup> S'agissant d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise, les dirigeants vont apprécier tous les intérêts catégoriels au sein et autour de l'entreprise, ce qui les permet de dégager l'intérêt social. Cette tâche ne relève que d'eux, car ni les actionnaires, ni les administrateurs non dirigeants ne disposent des moyens et l'information nécessaire à cette fin : D. SCHMIDT, *De l'intérêt social*, opt. cit., n° 11 p. 362.

<sup>434</sup> Celle qui fonctionne avec un conseil d'administration. L'art. 414 de l'AUSCGIE précise que la SA peut fonctionner avec un administrateur général, c'est le cas lorsque le nombre d'actionnaires est inférieur ou égale à trois (art. 494 de l'AUSCGIE).

<sup>435</sup> Art. 435 de l'AUSCGIE, le CA exerce une double mission qui lui confère d'importants pouvoirs dont toute limitation par les statuts et les délibérations de l'AG serait inopposable au tiers de bonne foi. Parmi ses fonctions, il y a celle d'orientation et de d'évocation lui permettant de déterminer les orientations de la société et de veiller à leur mise en œuvre.

<sup>436</sup> V. art. 465 al. 3 et 482 al. 2 de l'AUSCGIE.

<sup>437</sup> V. A. F. NGOMO, *Pour une redéfinition des pouvoirs des organes intervenant dans la gestion des SA*, Réflexions à partir du projet de Code des sociétés de l'UDEAC dans la perspective d'harmonisation du droit des affaires dans la zone franc in OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2016 p. 551.

<sup>438</sup> art. 328 de l'ASCGIE. Il précise que dans le cas de la pluralité de dirigeants, ceux-ci détiennent séparément les pouvoirs et le droit pour chacun des associés de s'opposer à toute opération avant qu'elle ne soit conclue.

circonstance au nom de la société, sous réserve des pouvoirs que le présent acte uniforme attribue expressément aux associés.

Par conséquent, les dirigeants sociaux sont chargés, selon la forme sociétale en question, de définir, non seulement l'intérêt de l'entreprise, mais aussi particulièrement d'œuvrer à sa mise œuvre et à sa vérification.

Mais, certains auteurs voient à travers cette conception un moyen de confiscation des pouvoirs au sein de l'entreprise au profit des dirigeants sociaux. De l'avis de cet auteur<sup>439</sup>, il n'appartient pas aux dirigeants sociaux de déterminer l'intérêt social. Ils leur incombent juste de le respecter en ce sens que l'intérêt social est un « *standard* »<sup>440</sup> qui s'impose aux uns comme aux autres<sup>441</sup>.

Pour parer à cette éventualité, le législateur Ohada a mis en place un dispositif de protection de l'intérêt de l'entreprise par l'entremise du contrôle de la gestion des dirigeants sociaux.

## **II. L'intérêt social, fondement de la restriction des pouvoirs des dirigeants sociaux**

Seront tour à tour envisagées les sanctions dirigées contre les auteurs de la violation de l'intérêt social (A) et les actes passés au mépris de ce dernier (B).

### **A. Les sanctions des auteurs de la violation de l'intérêt social**

Il s'agit de l'action en responsabilité civile dirigée contre les dirigeants sociaux, communément appelée action sociale et la révocation de ces derniers.

En ce qui concerne l'action sociale, elle est régie par les dispositions des articles 165 à 172 de l'AUSCGIE. En effet, l'action sociale est l'action en réparation du dommage subi par la société du fait de la faute commise par le ou les dirigeants sociaux dans l'exercice de leur fonction. Ainsi, chaque dirigeant est responsable individuellement envers la société des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions<sup>442</sup>.

---

<sup>439</sup> J-P BERTREL, art. précité, p. 46.

<sup>440</sup> Un « *standard* » est une notion à contenu variable qui, par son indétermination, met à nu une crise interne du système juridique, en ce sens v. M. COZIAN et FI. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 17<sup>ème</sup> éd. N° 343, p. 165.

<sup>441</sup> En guise d'illustration, il se pose la question de savoir comment un dirigeant, seul maître de l'appréciation de l'intérêt social, peut-il à mesure d'apprécier une décision consécutive d'avoir de biens sociaux ?

<sup>442</sup> V. art. 165 et 166 de l'AUSCGIE.

Cette action est intentée par les dirigeants sociaux dans les conditions prévues pour chaque forme de société. Cependant, un ou plusieurs associés peuvent intenter l'action sociale après une mise en demeure des organes compétents non suivie d'effet dans les trente jours<sup>443</sup>.

Cette action ne s'oppose pas à ce qu'un associé exerce contre la société en réparation du préjudice qu'il subit personnellement. Par ailleurs, toute limitation de l'exercice de l'action sociale par les statuts ou par l'Assemblée générale est nulle.

Pour ce qui est de la révocation des dirigeants sociaux, il faut faire la différenciation entre la révocation pour juste motif et la révocation *ut nutum*.

Par rapport à la révocation pour juste motif dans les SNC, elle ne peut se faire qu'à l'unanimité des autres associés gérants. En l'espèce, elle entraîne la dissolution de la société à moins que sa continuation ne soit prévue par les statuts ou que les autres associés ne la décident à l'unanimité<sup>444</sup>.

Par contre, dans les SARL, la révocation du dirigeant social est décidée par les associés représentant plus de la moitié des parts sociales. Le gérant est révocable par la juridiction compétente dans le ressort de laquelle est situé le siège social à la demande de tout associé pour juste motif<sup>445</sup>. Si la révocation est décidée sans juste motif, elle peut donner lieu à dommages et intérêts.

La révocation *ut nutum* est relative aux sociétés de capitaux, dont les dirigeants le sont en principe. En guise d'illustration, l'article 469 l'AUSCGIE précise que « *le président-directeur général peut être révoqué à tout moment par le conseil d'administration* »<sup>446</sup>. Ce pouvoir discrétionnaire conféré par la loi est atténué par la jurisprudence qui sanctionne l'abus de droit du droit de révocation ouvrant ainsi un droit à l'indemnisation des dirigeants révoqués<sup>447</sup>. Il nous reste à aborder les sanctions des actes passés au mépris de l'intérêt social.

---

<sup>443</sup> V. art. 166 al. 2 et 167 1<sup>er</sup> de l'AUSCIE : la première est dite l'action sociale ou « *ut universi* » et la seconde, action individuelle ou « *ut singuli* » et sur cette distinction v. l'arrêt n°015/2005 du 24 fév. 2005, *GD-CCJA*, p. 159. ; M-A NJANDEU née MOUTHIEU, *Ohadata* J-05-360 ;

<sup>444</sup> V. art. 279 de l'AUSCGIE.

<sup>445</sup> V. 326 de l'AUSCGIE.

<sup>446</sup> art. 475 pour les directeurs généraux adjoints, 484 pour le conseil d'administration, 492 pour les directeurs généraux, 509 pour les administrateurs généraux de l'AUSCGIE font référence à cette révocation.

<sup>447</sup> V. Cass. com. 23 janv. 1978. *Rév. sociétés*, 1978, p. 737 ; Cass. com. 6 mai 1974, *JCP* 1974, II. n° 17859, note J.-J. BUROT, *Rév. Sociétés* 1974, p.524.

## ***B. Les sanctions des actes passés au mépris de l'intérêt social***

Les sanctions des actes passés en violation de l'intérêt social sont diverses. La société ne peut qu'évoluer dans le sens du schéma tracé par la loi et le règlement. Souvent c'est la nullité de l'acte qui en est la sanction à côté de l'inopposabilité.

A propos de la nullité, le législateur Ohada pose le principe selon lequel il n'y a de nullité de société sans texte<sup>448</sup>. Mais précisons que le législateur s'est voulu très restrictif en se réservant lui-même le droit de proclamer la nullité des actes, des décisions ou des délibérations<sup>449</sup>. Ainsi, le législateur a laissé au juge une grande marge de manœuvre dans l'appréciation de ces actes. En effet, il revient au juge le droit de décider si la décision querellée est essentielle ou non<sup>450</sup>.

L'action en nullité est ouverte non seulement aux associés mais également à la société elle-même par le biais de la personne de son représentant. Les organes de la société ou tout actionnaire agissant à titre individuel peuvent exercer l'action en nullité. Celle-ci peut être ouverte par un vote spécial de l'AGO intervenant sur rapport spécial du commissaire aux comptes exposant les circonstances en raison desquelles la procédure d'autorisation n'a pas été suivie<sup>451</sup>. La nullité s'applique aussi à l'endroit des conventions interdites passées par les dirigeants sociaux.

A propos de l'inopposabilité de l'acte passé en mépris de l'intérêt de l'entreprise, il s'agit d'envisager les actes passés en dépassement de l'objet social et ceux passés en violation d'une clause statutaire limitant les pouvoirs du dirigeant social. Le premier ayant fait l'objet d'un développement antérieur<sup>452</sup>, seul le second cas retiendra notre attention.

Effet, les statuts peuvent expressément prévoir que le dirigeant devra obtenir préalablement l'autorisation de l'Assemblée des associés avant de passer certains actes jugés dangereux pour l'entreprise : vente d'un immeuble, souscription d'un emprunt etc. dans ce cas contraire que se passera-t-il ?

---

<sup>448</sup> V. art. 242 de l'AUSCGIE. Si les cas de nullité étaient très minces dans le défunt acte uniforme, ce n'est pas dans le nouvel acte : v. art. 278, 282 à 285, 288 à 296 de l'AUSCGIE sont des cas de nullité de société. Par ailleurs, le législateur a substitué la nullité privé (la clause réputée non écrite) à la nullité judiciaire : v. art. 326, 331, 336, 340, 430, 454, 500 de l'AUSCGIE.

<sup>449</sup> V. art. 243 et 244 de l'AUSCGIE.

<sup>450</sup> Arrêt de la CCJA n° 034/2008/PC du 03 juil. 2008 : *GD-CCJA*, p. 121 note de R. N. TEMGWA ; Ohadata J-09-73 in OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2016 p. 465.

<sup>451</sup> V. art. 446 et 447 de l'AUSCGIE.

<sup>452</sup> V. nos développements sur la différence entre l'intérêt social et l'objet social, Titre I, Chap. I, para. I, I., B.

La société ne peut pas se prévoir d'une telle clause pour remettre en cause l'acte. La condition de la bonne foi posée par l'opposabilité de l'acte en dépassement de l'objet social ne peut prospérer. La société peut engager la responsabilité civile du dirigeant social ayant effectué cet acte si ce dernier lui cause préjudice. Par contre, le tiers peut opposer à la société la clause limitative de pouvoir pour consentir l'acte<sup>453</sup>.

L'intérêt social est traduction littérale de l'intérêt de la société. Cette dernière est une personne morale dotée de la personnalité juridique. L'intérêt social devient d'intérêt de la personne morale et ne saurait être confondu à l'intérêt des associés. Mais, l'analyse économique appelle à dépasser cette restriction au profit d'une analyse large englobant les intérêts en présence au sein de l'entreprise. En définitive, nous convenons avec le Professeur Paillusseau que l'intérêt social n'est rien d'autre que l'intérêt de l'entreprise et qu'il tendrait à assurer la prospérité et la continuité de celle-ci<sup>454</sup>. C'est pour cette la raison que l'intérêt social fonde l'intervention des salariés dans la vie de l'entreprise.

---

<sup>453</sup> Sur cette question, v. les développements de M. A. MOUTHIEU ép. NJANDEU, article précité, p. 308 et ss.

<sup>454</sup>J. PAILLUSSEAU, « La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise », Paris Sirey, 1967. Du même auteur : « Les fondements du droit moderne des sociétés », *J.C.P.*, éd. E., 1993, n°14193, p.165, *spéc.* p.178, n°91 et s. ; « Le big bang du droit des affaires à la fin du XXe siècle », *J.C.P.*, éd. E., 1988, n°15101, p.58, *spéc.* p.64 et s., n°69 et s.

## CHAPITRE II : L'INTERET SOCIAL, UN FONDEMENT DE L'INTERVENTION DES TRAVAILLEURS DANS LA VIE DE LA SOCIETE

Avec l'AUSCGIE révisé, le droit des sociétés Ohada est devenu un droit plus flexible, de même, les frontières entre plusieurs catégories juridiques s'estompent peu à peu<sup>455</sup>. Au sein de l'entreprise cohabitent les associés, les dirigeants sociaux, les salariés. Le législateur Ohada opte pour une démarche inclusive par l'amoindrissement de la distinction entre le capital et le travail. Contrairement à ce que pensait un auteur<sup>456</sup>, il s'agit bien à la réalisation de l'intérêt de l'entreprise.

Malgré cette volonté affirmée (**Section I**) de faire du salarié un membre de la « famille entreprise »<sup>457</sup>, celle-ci demeure cependant limitée (**Section II**).

### Section I : Une intervention affirmée en droit Ohada

L'actionnariat salarié intervenu en France<sup>458</sup> a fait du salarié un épargnant<sup>459</sup>. Au regard de ses avantages<sup>460</sup>, la révision de l'AUSCGIE a servi de prétexte au législateur Ohada afin de préciser davantage les contours de ce dernier. Il permet aux travailleurs de participer,

---

<sup>455</sup> V. P. S. A. BADJI, « *Les orientations du législateur OHADA dans l'AUSCGIE révisé* », rev. ersurma n°06, janv. 2016 p. 9.

<sup>456</sup>M.-A. FRISON-ROCHE, « *Le législateur des procédures collectives et ses échecs* », Paris, Éditions Frison-Roche, 2000, p. 115 n° 22. « à réalité économique et sociale complexe, droit complexe », c'est ainsi que selon cet auteur, on est en train de passer d'un droit des sociétés tendant vers la réalisation de l'intérêt social à un droit tiraillé par le souci de satisfaire l'intérêt commun, l'intérêt de la société, l'intérêt des salariés ainsi l'intérêt du marché financier.

<sup>457</sup> V. P. S. A. BADJI, « *Les orientations du législateur OHADA dans l'AUSCGIE révisé* », rev. ersurma n°06, janv. 2016 p. 9.

<sup>458</sup> En France, en 1981, G. Lyon-Caen écrivait : « l'actionnariat salarié se développe entièrement en marge du régime juridique du salaire lequel est d'abord un revenu [...] Le salarié n'est plus traité comme un prestataire de travail mais comme un épargnant. La qualification de salaire n'est plus à sa place. » Marie-Cécile ESCANDE-VARNIOL, « Salaire (Définition-Formes) », (2014) Répertoire de droit du travail, n°408 in P. S. A. BADJI, « *L'évolution des règles du droit des sociétés à la faveur de la révision de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales* », Bull. de droit écon., Uni. Laval.

<sup>459</sup> L'actionnariat salarié peut aussi protéger la société des appétits extérieurs. En cas d'O.P.A ou d'O.P.E inamicale, on doit compter sur ses salariés. L'exemple de l'échec de l'O.P.E de la Banque Nationale de Paris (BNP) sur la Société Générale confirme l'importance que peuvent revêtir les salariés actionnaires dans un tel contexte : premiers actionnaires de leur entreprise avec près de 8 % de son capital social, les salariés de la Société Générale se sont massivement opposés à l'offre de la BNP et ont eu gain de cause. Cela tend à prouver que les salariés actionnaires peuvent jouer un rôle central dans l'indépendance de leur entreprise face à des stratégies prédatrices. Cette fonction de l'actionnariat salarié est beaucoup plus apparente dans d'autres pays où cette forme de détention du capital est elle-même plus répandue. Ainsi, aux Etats-Unis ou en Grande Bretagne, ou dans une moindre mesure en Allemagne, les salariés pèsent beaucoup plus sur le devenir de leurs entreprises et peuvent notamment réagir à toute offre de rachat.

<sup>460</sup> L'intérêt de cet actionnariat salarié est triple. Outre qu'il favorise une certaine paix sociale, il favorise l'augmentation des revenus des salariés tout en stimulant la compétitivité de l'entreprise. Il garantit encore une stabilité de direction appréciable. Faisons observer que le salarié n'avait jamais été exclu de la gestion de la société et ce, en vertu de plusieurs raisons, dont au moins deux : d'abord la place des salariés dans les conseils d'administration, ensuite la possibilité pour un dirigeant de cumuler son mandat avec un contrat de travail : v. art. 417 de l'ancien AUSCGIE

non seulement à la vie sociale (**Paragraphe I**) mais aussi par de la détention d'une fraction du capital de la société (**Paragraphe II**).

### **Paragraphe I : La recherche de l'intérêt de l'entreprise par la participation du salarié à la vie sociale**

Sauf clause contraire des statuts, un salarié de la société peut être nommé administrateur si son contrat de travail correspond à un emploi effectif. De même, un administrateur peut conclure un contrat de travail avec la société si la même condition est respectée. Dans ce cas, le contrat est soumis de l'article 438 de l'AUSCGIE<sup>461</sup>.

Cette possibilité de cumuler un mandat d'administrateur et de contrat de travail est assujettie à des conditions (**I**) dont les conséquences (**II**) ne doivent nullement être préjudiciables à l'entreprise.

#### **I. Les conditions exigées pour le cumul de mandat**

Pour qu'un salarié puisse bénéficier de ce privilège, la loi exige principalement l'accomplissement d'une condition explicite : l'activité professionnelle, objet du contrat de travail, doit être effective (**A**). Aussi, ne doit-on pas oublier que l'effectivité du cumul est subordonnée à une autorisation et une approbation préalable (**B**).

##### **A. L'effectivité du contrat de travail**

À défaut de précision par le législateur l'Ohada de ce qu'il faut entendre par « emploi effectif », nous nous référons à la doctrine ou à la jurisprudence pour cerner les contours de cette notion. Nous savons bien qu'un emploi est effectif par sa différence avec le mandat<sup>462</sup>, sa spécificité est le fait que le dirigeant reçoive de la société des ordres à exécuter<sup>463</sup>.

Est considéré comme travailleur, toute personne qui s'est engagée à mettre son activité professionnelle, moyennant rémunération, sous la direction et l'autorité d'une autre personne, physique ou morale. La détermination de la qualité de travailleur ne tient compte ni du statut juridique de l'employeur, ni celui de l'employé<sup>464</sup>.

---

<sup>461</sup> Art. 426 de l'AUSCGIE.

<sup>462</sup> Au terme de l'art. 457 du COCC « *Le mandat est un contrat par lequel le mandant donne au mandataire le pouvoir de faire en ses lieu et place un ou plusieurs actes juridiques. Le mandat est gratuit ou salarié* »

<sup>463</sup> P. S. A. BADJI, « *L'évolution des règles du droit des sociétés à la faveur de la révision de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales* », Bull. de droit écon., Uni. Laval.

<sup>464</sup> V. art. L. 2 de la loi n° 97-17 portant Code du travail du Sénégal.

A cet égard, la qualité de travailleur est sous-tendue par deux conditions : la subordination du travailleur à l'autorité d'une personne, qui se trouve être son chef hiérarchique, et l'obtention d'une rémunération consécutive à cette activité professionnelle.

L'existence d'un lien de subordination suppose que le travailleur est soumis à l'autorité d'un employeur qui détient sur lui un pouvoir de donner des ordres et des directives, mais également, d'en contrôler l'exécution et d'en sanctionner tous manquements constatés<sup>465</sup>. L'analyse du caractère subordonné ou non des fonctions relatives au contrat de travail va se faire sur plusieurs fondements aux nombres desquels, il y a l'existence d'une autorité distincte de l'organe de la société qui donne des directives au mandataire social, la soumission à des instructions précises, la mise en œuvre à l'encontre de l'intéressé du droit disciplinaire<sup>466</sup>.

Cette effectivité du contrat de travail emporte la distinction entre les deux fonctions. Le salaire est la contrepartie de l'activité fournie. Quant à la fonction de mandataire, le législateur OHADA prévoit des indemnités comme rémunérations<sup>467</sup> du mandataire social et toute décision contraire est réputée nulle.

En l'espèce, la Cour de cassation française a censuré l'arrêt d'appel qui, pour estimer que le gérant d'une société était lié à cette dernière par un contrat de travail, avait relevé qu'il était nommé directeur techno-commercial et qu'il recevait une double rémunération en sa qualité de gérant et de salarié « *sans rechercher s'il exerçait des fonctions techniques distinctes de son mandat social* »<sup>468</sup>.

Le caractère fictif du contrat de travail pourra alors être déduit, par exemple, de la clause fixant un salaire « *identique aux indemnités accordées aux mandataires exerçant les*

---

<sup>465</sup> Cass. Soc., 20 juin 2007 (Espace Gym) E. K. ALAKI, *La participation du salarié au fonctionnement de la société anonyme en droit OHADA*, uni. Lomé, DESS, dr. aff., disponible sur <https://www.memoireonline.com> consulté le 23 nov. 2018 à 00 h 03.

<sup>466</sup> Cass. Soc., 29 janvier 1992 : relève notamment que postérieurement à sa révocation de ses fonctions de Directeur Général et d'administrateur de la société, un dirigeant avait reçu un avertissement pour « absences injustifiées » ; Cass. Soc., 17 sept 2008 (Odorup) : cet arrêt rappelle que, concernant un mandataire social, la production d'un écrit ne suffit pas à créer une apparence de contrat de travail. Il appartient donc à l'intéressé de rapporter la preuve du lien de subordination ayant existé parallèlement à son mandat social ; Cass. Soc., 2 décembre 2008 (Manpower) : le gérant de la filiale française prétendait être titulaire de contrats de travail avec la société mère américaine : la Cour rejette l'argumentation, notamment au motif qu'il ne rapportait pas la preuve d'un lien de subordination avec la société mère (absence de consignes et directives)

<sup>467</sup> V. les art. 430 et 431 énumèrent les indemnités de fonction alors que l'art. 432 traitent des indemnités exceptionnelles.

<sup>468</sup> Cass. Soc., 1er décembre 1993 in E. K. ALAKI, *La participation du salarié au fonctionnement de la société anonyme en droit OHADA*, uni. Lomé, DESS, dr. aff., disponible sur <https://www.memoireonline.com> consulté le 23 nov. 2018 à 00 h 03.

*fonctions de directeur général adjoint* » comme l'a décidé une Cour d'Appel<sup>469</sup>. La confusion de rémunération recèle la confusion de fonctions. Bien que la double rémunération relevée à l'avant- garde des décisions jurisprudentielles ne soit pas le critère décisif<sup>470</sup>, l'existence d'un salaire et son paiement est un indice sérieux dans l'établissement de fonctions distinctes pour un salarié administrateur. Il s'ensuit que lorsque la rémunération est unique, le juge peut être amené à conclure qu'elle ne concerne que le contrat de travail et que le mandat social est gratuit ou vice versa.

Cette exigence de l'article 426 AUSCGIE vise à rappeler au salarié devenu administrateur que son origine est le contrat de travail et non la nomination au poste d'administrateur. Pour ce faire, des conditions sont exigées par le législateur.

### ***B. L'autorisation et l'approbation préalables au cumul de mandat***

La nomination aux fonctions d'administrateur peut être subordonnée à la détention d'un nombre déterminé d'actions, mais cette condition n'est pas exigée pour le salarié nommé administrateur<sup>471</sup>. Cependant, la nomination d'un salarié à la fonction d'administrateur est subordonnée à deux conditions cumulatives préalables : l'autorisation du Conseil d'administration et l'approbation de l'Assemblée générale ordinaire.

Selon l'article 438 de l'AUSCGIE, doivent être soumises à l'autorisation préalable du Conseil d'administration toutes conventions entre une société anonyme et l'un de ses administrateurs, directeurs généraux ou directeurs généraux adjoints. Dans ce cas de figure, l'intéressé informe le Conseil d'administration, et ne prend pas part au vote pour l'autorisation sollicitée lorsqu'il est administrateur et sa voix n'est pas prise en compte pour le calcul du quorum et de la majorité pour les besoins de cette autorisation.

Quand cette autorisation est approuvée, le commissaire au compte est avisé dans un délai d'un mois par le président du Conseil d'administration ou le président directeur général afin de dresser un rapport spécial qu'il présentera lors de l'Assemblée générale ordinaire.

---

<sup>469</sup>Limoges 19 mars 1971 in Ph. MERLE cité in E. K. ALAKI, *La participation du salarié au fonctionnement de la société anonyme en droit OHADA*, uni. Lomé, DESS, dr. aff., disponible sur <https://www.memoireonline.com> consulté le 23 nov. 2018 à 00 h 03.

<sup>470</sup>J. MESTRE et autres : Lamy Sociétés Commerciales 2001 n°3345 c p.1466.

<sup>471</sup>V. art. 417 de l'AUSCGIE

C'est justement cette Assemblée générale ordinaire qui a en charge l'approbation de la nomination du salarié ou de l'administrateur sur rapport spécial du commissaire aux comptes. Lors des délibérations, l'intéressé, s'il est administrateur, ne prend pas part au vote et ses actions ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité.

Les délibérations portant approbation des conventions visées à l'article 438 sont nulles lorsqu'elles sont prises à défaut du rapport spécial du commissaire aux comptes. De même, ces délibérations peuvent être annulées si le rapport spécial du commissaire aux comptes ne contient pas les informations contenues dans l'article précité<sup>472</sup>. Selon la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, l'action en nullité de la convention est exercée par les organes de la société ou par tout actionnaire exerçant l'action en nullité devant la juridiction compétente<sup>473</sup>.

L'Assemblée générale ordinaire peut approuver ou désapprouver la convention. Dans le premier cas, aucun problème ne se pose en principe. Dans le deuxième cas, quel sera le sort du cocontractant ? Le législateur maintient la convention à son égard mais fait reposer les conséquences dommageables éventuelles pour la société sur l'administrateur, le directeur général, le directeur général adjoint. Dans l'un ou l'autre cas, la convention pourra être annulée s'il y a fraude<sup>474</sup>. Néanmoins, l'article 447<sup>475</sup> énonce la possibilité d'une régularisation sur présentation d'un rapport spécial du commissaire aux comptes exposant les raisons pour lesquelles la procédure n'a pas été respectée.

Lorsque la nomination est officielle, celle-ci doit faire l'objet d'une publication au RCCM par soucis de transparence, que cette nomination soit réalisée lors de la constitution de la société ou au cours de la vie sociale.

C'est à l'accomplissement de ces conditions que le cumul de mandat produit des effets dont l'impératif demeure la protection de l'outil de travail et l'intérêt de l'entreprise.

---

<sup>472</sup> Art. 440 de l'AUSCGIE

<sup>473</sup> CCJA, arrêt n° 004/2014 en date du 30 juin 2014 in OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2016 p. 542.

<sup>474</sup> V. commentaire fait de l'art. 443 de l'AUSCGIE in OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2016 p. 538.

<sup>475</sup> « La nullité peut être couverte par un vote spécial de l'assemblée générale ordinaire intervenant sur rapport spécial du commissaire aux comptes exposant les circonstances en raison desquelles la procédure d'autorisation n'a pas été suivie. L'administrateur, le directeur général ou le directeur général adjoint intéressé ne prend pas part au vote et ses actions ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité. »

## II. Les conséquences du cumul de mandat

Une meilleure analyse des conséquences du cumul de mandat sur la vie sociale, voire l'intérêt de l'entreprise, nous invite à faire une comparaison selon que le mandat est régulier (A) ou irrégulier (B).

### A. *Le cumul de mandat régulier*

Le cumul de mandat régulier est opéré dans le sens des exigences légales telles que prescrites par le législateur. C'est la raison pour laquelle, il est dit cumul licite. Il se caractérise par l'autonomie de principe entre la fonction de salarié de la société et celle d'administrateur quand bien même que la jurisprudence concèderait quelques aménagements à ce principe de séparation.

L'indépendance entre les deux statuts n'est que la conséquence nécessaire découlant de l'article 426 de l'AUSCGIE. Ainsi, le contrat de travail et le mandat d'administrateur doivent cohabiter et coexister en parfaite indépendance l'un de l'autre. L'administrateur qui cumule ses fonctions avec celui de directeur technique ne peut être privé des indemnités afférentes à la rupture de son contrat de travail. De même, la révocation du mandat social ne doit pas avoir pour effet d'entraîner la résiliation du contrat de travail. La rupture du contrat de travail répond à un formalisme rigoureux<sup>476</sup> alors que l'administrateur dans les sociétés de capitaux est, en principe, révocable *ad nutum*<sup>477</sup>.

Dans un autre registre, l'administrateur salarié qui participe en tant qu'administrateur au contrôle de la direction générale, se trouve en sa qualité de salarié subordonné à celle-ci. Cette situation risque d'affaiblir la direction générale ou de ruiner tout contrôle véritable. Une des fonctions ne risquera-t-elle d'influer voire d'impacter plus ou moins sur l'autre fonction<sup>478</sup>.

---

<sup>476</sup> En guise d'exemple, l'art. L. 61 dispose que « Pour tenter d'éviter un licenciement pour motif économique, l'employeur doit réunir les délégués du personnel et chercher avec eux toutes les autres possibilités telles que la réduction des heures de travail, le travail par roulement, le chômage partiel ou le redéploiement du personnel ». Aussi, le droit du travail, le droit social est-il un droit très protecteur en atteste le principe de faveur qui veut que soit appliquée la loi favorable au travailleur même si cette loi déroge à une loi de norme supérieure. Force est de reconnaître qu'il est de plus en plus discuté du principe protecteur de ce droit au nom, notamment de l'intérêt social ; v. supra nos développements sur la prééminence de l'intérêt de la personne morale.

<sup>477</sup> V. supra nos développements sur les sanctions de la violation de l'intérêt social par les dirigeants sociaux.

<sup>478</sup>E. K. ALAKI, *La participation du salarié au fonctionnement de la société anonyme en droit OHADA*, uni. Lomé, DESS, dr. aff., disponible sur <https://www.memoireonline.com> consulté le 23 nov. 2018 à 00 h 03.

Il est vrai que le cumul permet au salarié administrateur d'accéder à la gestion de la société par le truchement d'une véritable participation en association aux décisions de gestion et aux résultats. Mais, la compatibilité entre ces deux fonctions mérite interrogation.

Dans une espèce, la Cour de cassation française<sup>479</sup> a décidé que l'administrateur salarié ne peut légitimement contester la modification de son contrat de travail occasionné par un changement de son lieu d'exécution, alors que l'intéressé avait émis, dans une Assemblée générale extraordinaire un vote favorable au transfert de siège social. La modification du contrat de travail est bien envisageable car étant indépendant de son mandat social. Tout licenciement consécutif à ce refus serait considéré comme un licenciement pour juste motif<sup>480</sup>.

L'autonomie des deux fonctions a pour corollaire un traitement pécuniaire différencié. Ainsi, le salaire<sup>481</sup> est la contrepartie du contrat de travail de l'activité professionnelle mise au profit de la société. Cette rémunération est différente de celle reçue en contrepartie de la fonction d'administrateur.

Dès lors, il reste à envisager les conséquences du cumul de mandat dans le cas d'un cumul irrégulier.

### ***B. Le cumul de mandat irrégulier***

La permanence du cumul a pour conséquence de la rendre irrégulière dès lors qu'intervient une confusion de la fonction de salarié et de celle de mandataire. Cette irrégularité du cumul peut exister lors de la constitution de la société ou au courant de la vie sociale.

Dans le premier cas de figure, le cumul ne peut être constitué en ce sens que toutes les conditions requises ne peuvent être remplies voire de l'impossibilité de les réaliser. Il s'agit, comme ci-haut développé, de l'autorisation préalable du Conseil d'administration et

---

<sup>479</sup> C. cass., 12 déc. 1981 in E. K. ALAKI, *La participation du salarié au fonctionnement de la société anonyme en droit OHADA*, uni. Lomé, DESS, dr. aff., disponible sur <https://www.memoireonline.com> consulté le 23 nov. 2018 à 00 h 03.

<sup>480</sup> A ce propos, l'art. L. 67 al. 3 du code sénégalais du travail reconnaît, à l'employeur, que « *Pour des raisons tenant à l'incapacité physique du travailleur, à la situation économique ou à la réorganisation de l'entreprise, un employeur peut proposer à un travailleur une modification substantielle du contrat de travail, emportant réduction de certains avantages* ».

<sup>481</sup> D'après l'Avant-projet portant droit du travail, le terme « salaire » signifie, quelqu'en soient la dénomination et le mode de calcul, la rémunération ou les gains susceptibles d'être évalués en espèces et fixés soit, par accord des parties, soit par des dispositions réglementaires ou conventionnelles qui sont en vertu d'un contrat de travail par l'employeur à un travailleur, en contrepartie de la prestation de travail ». De cette définition de l'art. 113, le salaire désigne soit une somme d'argent, soit un avantage en nature que l'on peut chiffrer en argent.

l'approbation de l'Assemblée générale ordinaire car ces instances étant inexistantes au moment de la constitution de la société. Ces conditions sont essentielles pour la validité de la nomination et leur inobservation entraîne la nullité des délibérations<sup>482</sup>.

Dans le second cas de figure, que se passerait s'il y a confusion, voire un abaissement du contrat de travail au profit de la fonction d'administrateur ?

La disparition de l'irrégularité ne peut que résulter de la suspension du contrat de travail. L'intérêt de la suspension du contrat de travail est très pratique. Dans tous les cas, l'autorisation du cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail suspendu permet au dirigeant social de se consacrer exclusivement à ses tâches de direction sans pour autant renoncer à son statut originel de salarié. La suspension du contrat de travail n'est pas le seul remède. C'est pourquoi, il est possible de recourir aux mécanismes de nullité ou de novation.

La disparition du caractère distinct et subordonné des fonctions peut donner lieu à la nullité du contrat. Cependant, cette nullité comporte des conséquences néfastes pour le salarié qui passerait d'une situation stable et protectrice créée par le contrat de travail à une situation précaire, donc éjectable à tout moment. Ce mécanisme n'est pas à conseiller. Qu'en est-il de la novation ?

La novation est une opération qui éteint une obligation pour la remplacer par une autre<sup>483</sup>. Elle suppose le remplacement de l'ancienne obligation par une nouvelle. Si la convention novatoire est annulée, la première obligation prend toute sa force. La novation est le fait pour un salarié, qui se voit accorder un mandat social, de substituer le mandat social à la convention concernée.

On pourrait s'interroger sur l'intérêt d'un tel mécanisme à côté de la suspension dans la mesure où le premier aboutit à la disparition du contrat de travail alors que le deuxième se traduit par la mise à l'écart temporaire de ce même contrat.

---

<sup>482</sup> V. art. 438 et ss., et 440 de l'AUSCGIE et nos développements antérieurs sur les conditions préalables requises pour la validité de la nomination du salarié comme membre du conseil d'administrateur ou de la nomination d'un administrateur comme salarié de la société.

<sup>483</sup> MAZEAUD, Les obligations, T.2, éd. Montchrestien, Paris 1990, n°1208 p. 1246

La vérité est qu'il ne faut pas perdre de vue que le mécanisme novatoire proposé par certains juges du fond<sup>484</sup> n'est qu'un succédané entre les mains du juge. Celui-ci ne peut recourir à ce procédé que lorsque l'interprétation du contrat de travail ne fait pas apparaître la volonté des parties de le suspendre ou lorsqu'il n'existe aucune clause suspensive extracontractuelle convenue avant la nomination du salarié au poste de mandataire social.

Bien que la novation puisse constituer un succédané au principe désormais certain de la suspension, il n'en demeure pas un succédané efficace adapté au salarié administrateur. Il élimine le cumul et enlève au salarié la possibilité de bénéficier des deux statuts.

Le cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social constitue une forme primaire d'association des salariés, notamment des cadres, aux instances décisionnelles de la SA du droit Ohada. L'actionnariat salarié commande aussi en droit Ohada l'attribution gratuite d'actions au profit des salariés.

## **Paragraphe II : La recherche de l'intérêt de l'entreprise par l'attribution gratuite d'actions au salarié**

L'Assemblée générale extraordinaire [...] peut autoriser le Conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, à procéder, au profit des membres du personnel salarié de la société ou de certaines catégories d'entre eux, à l'attribution gratuite d'actions existantes ou à émettre [...] <sup>485</sup>.

Cette volonté du législateur de faire participer les salariés à la « famille entreprise »<sup>486</sup> au nom de l'intérêt de l'entreprise ne doit pas pour autant être une source de déstabilisation de cette dernière. L'attribution gratuite d'actions est sujette à des conditions strictes (I) afin de ne pas porter atteinte au capital social gage des créanciers sociaux, d'où l'obligation de libération (II) des souscriptions faites à cet effet.

### **I. Les conditions générales relatives à l'attribution gratuite d'actions**

Avec l'AUSCGIE révisé, le régime de l'attribution gratuite d'actions a été consacré de façon formelle. Il a pour siège l'article 626-1. Mais il faut partir de l'article 639 qui interdit le

---

<sup>484</sup> Pau, 15 mars 1991 S.A Pinault Pyrénées c/ Goset : Cah. jurisp. Aquitaine 1991-1992 où les juges affirment nettement que « la nomination à un poste de gérant d'un cadre salarié a pour conséquence la disparition de son contrat de travail et, en aucune façon, la suspension de cette convention ».

<sup>485</sup> Art. 626-1 de l'AUSCGIE

<sup>486</sup> P. S. A. BADJI, « L'évolution des règles du droit des sociétés à la faveur de la révision de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales », Bull. de droit écon., Uni. Laval.

rachat par la société de ses propres actions sous réserve par exemple de les attribuer à ses salariés entre autres<sup>487</sup>. Cette exception faite aux travailleurs est néanmoins précisée par le législateur Ohada. Ces conditions sont relatives aux actions (A), l'objet de l'attribution, mais aussi à l'intangibilité du capital social (B).

#### A. *Les conditions relatives aux actions attribuées*

L'opération de l'attribution gratuite d'actions est subordonnée à l'autorisation préalable de l'Assemblée générale extraordinaire afin de permettre au Conseil d'administration de racheter ou de souscrire des actions en faveur des travailleurs. En effet, deux exigences s'imposent. Il s'agit d'une part, du nombre déterminé d'actions à attribuer et d'autre part, de la valeur nominative de ces actions.

D'une part, le nombre d'actions à attribuer ne peut excéder 10% du total des actions. Cette fraction des actions est perçue comme étant un minimum que ni les actionnaires encore moins les salariés ne peuvent dépasser. En principe, cette attribution concerne tous les salariés de la société mais dans les faits, une telle opération n'intéresse, le plus souvent, que les cadres qui sont bien imprégnés des véritables enjeux de cette démarche.

Selon cet auteur<sup>488</sup>, cette fraction concerne outre les salariés de la société, les actions acquises ou détenues par une personne qui agit à son nom propre mais le compte de la société<sup>489</sup>. C'est le cas du portage<sup>490</sup> d'action effectué par une banque ou un organisme financier comme le Fonds commun de placement ou le Fonds salarié collectif, appelés à détenir provisoirement des actions destinées à être rétribuées au personnel.

D'autre part, il y a l'exigence nominative de ces actions. En effet, « *lorsqu'une société acquiert ses propres actions en vue de promouvoir son actionnariat salarié, elle a l'obligation de maintenir ces actions sous la forme nominative et de les attribuer aux salariés dans un délai d'un an à compter de leur acquisition* »<sup>491</sup>.

---

<sup>487</sup> P. S. A. BADJI, « *L'évolution des règles du droit des sociétés à la faveur de la révision de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales* », Bull. de droit écon., Uni. Laval.

<sup>488</sup>E. K. ALAKI, *La participation du salarié au fonctionnement de la société anonyme en droit OHADA*, uni. Lomé, DESS, dr. aff., disponible sur <https://www.memoireonline.com> consulté le 23 nov. 2018 à 00 h 03.

<sup>489</sup> V. art. 640 al. 5 AUSCGIE.

<sup>490</sup> Le portage d'action est « La convention par laquelle le porteur accepte sur demande du donneur d'ordre, de se rendre actionnaire par acquisition ou souscription d'actions étant expressément convenu que, après un certain délai, ces actions seront transférées à une personne désignée et à un prix fixé dès l'origine », définition donnée par D. SCHMIDT, *Les opérations de portage de titres de sociétés*, in les Opérations fiduciaires, colloques de Luxembourg, Feduci Sept 1984, L.G.D.J. 1985, p.30.

<sup>491</sup>Article 640 al. 1 et 3 AUSCGIE.

Dit autrement, les titres doivent mentionner le nom de son titulaire et ne peut se négocier que par l'inscription à un compte tenu par la société. De ce fait, cette dernière connaît l'identité des salariés détenteurs de ces actions et peut poursuivre les modifications intervenant dans la répartition du capital<sup>492</sup>. En effet, cette nominativité des actions n'est que temporaire et a pour corollaire l'indisponibilité de ces actions détenues. Ainsi, elle permet de faire obstacle à la négociation et au nantissement de ces actions. Cette sécurisation des actions emporte aussi la sécurisation du capital social.

### ***B. Le respect de l'intangibilité du capital social***

L'attribution gratuite d'actions au profit des salariés de la société ne doit avoir pour conséquence la réduction du capital de la société augmenté des réserves dites indisponibles.

En effet, la fraction du capital ne doit pas abaisser les capitaux propres et autres capitaux propres en dessous du montant du capital augmenté des réserves indisponibles<sup>493</sup> pour beaucoup de raisons.

La première raison est la sauvegarde du capital social<sup>494</sup> qui demeure le gage minimum des créanciers sociaux. Cette attribution gratuite d'actions est un aménagement du principe de l'auto détention des actions pour la société. La société pourrait soutenir le cours de ses actions en se portant acquéreur ou faire baisser ses actions en vendant les titres qu'elle détenait en portefeuille. Or cette auto détention qui est assimilable à un contrat de la société avec elle-même contribue à rendre le capital de la société fictif ou flottant, ce qui est catastrophique pour l'épargnant<sup>495</sup> voire les tiers.

La seconde raison est la sauvegarde de l'intérêt de l'entreprise en ce sens que les intérêts catégoriels, fussent-ils des salariés, ne peuvent mettre en péril l'entreprise qui cherche

---

<sup>492</sup> P. MERLE, *Droit Commercial : Sociétés Commerciales*, 1996, n° 283 et s.

<sup>493</sup> « *Le capital social représente le montant des apports en capital fait par les associés à la société et augmenté, le cas échéant, des incorporations de réserves, de bénéfices ou de prime d'apports, d'émission ou de fusion.* » art. 62 ; Les primes d'émission sont des droits d'entrée payés par de nouveaux actionnaires afin de compenser la différence entre la valeur nominale et la valeur vénale des actions anciennes. En principe, elles sont incorporées dans l'actif social, mais l'AGE peut en disposer autrement.

<sup>494</sup> Le principe de fixité du capital social valable dans tous les types de sociétés concourt à protéger les créanciers sociaux en ce sens qu'il se traduit par l'impossibilité pour les dirigeants sociaux, sous peine de déni pénal, de distribuer des bénéfices aux associés, s'il n'y a pas à l'actif du bilan, de valeurs suffisantes le poste « capital social ». Cependant ce principe général de fixité du capital social, pourrait empêcher la réalisation d'opérations opportunes et essentielles pour la société. C'est dans ce sens que le législateur lui a amené des aménagements dans le sens d'une réduction ou d'une augmentation de capital. Mais, force est de reconnaître que la modification du capital est sous-tendue par des conditions strictes en vue de la protection des tiers.

<sup>495</sup> E. K. ALAKI, *La participation du salarié au fonctionnement de la société anonyme en droit OHADA*, uni. Lomé, DESS, dr. aff., disponible sur <https://www.memoireonline.com> consulté le 23 nov. 2018 à 00 h 03.

la pérennité de l'exploitation. En effet, parmi les causes de dissolution<sup>496</sup> de la société, il y a l'abaissement du capital social, quoique la société dispose d'un délai de régularisation. Dans le cas contraire, si la situation est irrémédiablement compromise, l'ouverture d'une procédure collective peut être envisagée.

Somme toute, la promotion de l'actionnariat salarié ne doit pas porter atteinte à l'intérêt des actionnaires et à plus forte raison l'intérêt de l'entreprise, c'est-à-dire, la viabilité de celle-ci et donc la stabilité des emplois. Pour ce faire, la libération des souscriptions promises est obligatoire pour ceux qui les ont faites.

## **II. L'obligation de libération de ces actions**

L'achat ou la souscription<sup>497</sup> et la libération<sup>498</sup> d'actions sont deux opérations distinctes. Tant que la dernière n'est pas réalisée, les actions souscrites demeurent nominatives et ne peuvent revenir à l'ayant droit. Dès lors, il urge de s'interroger sur le ou les débiteurs (**A**) de cette obligation de libération et dans le cas contraire, les sanctions (**B**) envisagées à cet effet.

### **A. Les débiteurs de l'obligation de libération**

Il faut souligner que les souscripteurs s'entendent de tous ceux qui ont consenti à l'attribution d'actions gratuite aux travailleurs, allant de la société elle-même aux personnes qui agissent à leur nom propre mais pour le compte de celle-ci.

En ce qui concerne la société, cette obligation incombe aux fondateurs<sup>499</sup> ou aux dirigeants sociaux. En effet, le fondateur ou, dans le cas d'une augmentation de capital, les membres du conseil d'administration ou de l'administrateur général, sont tenus de faire libérer les actions souscrites ou acquises par la société.

Par ailleurs, l'obligation de libération des actions peut incomber à la personne agissant à son nom propre mais pour le compte de la société. Dans ce cas de figure, son obligation est

---

<sup>496</sup> Les causes de dissolution de la société sont variées. En sus des causes énumérées par le législateur, les parties au contrat de société peuvent aménager des causes conventionnelles de dissolution. Pour ce qui de l'espèce, dans le sens de l'art. 200, qui traite des causes générales de dissolution de la société, la variation du capital social peut être une cause de nullité de la société OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2016 p. 455 ;

<sup>497</sup> C'est l'attribution d'une fraction du capital social aux travailleurs qui l'acceptent. Elle est l'expression d'une intention d'acheter des actions de la société pour ensuite les remettre aux travailleurs qui en deviennent propriétaires.

<sup>498</sup> Elle consiste à la concrétisation faite par la souscription par la réalisation, voire le paiement du prix équivalent à la fraction du capital souscrite.

<sup>499</sup>Au sens de l'article 102 AUDSCGIE : «Sont qualifiés de fondateurs de la société, toutes les personnes qui participent activement aux opérations conduisant à la constitution des sociétés ».

solidaire avec les fondateurs ou le Conseil d'administration. Cet intermédiaire a la qualité de commerçant, personne physique ou personne morale. Il en est ainsi d'un commissionnaire d'agent commercial ou d'une société de gestion intermédiaire de portefeuille<sup>500</sup>.

Quant aux salariés bénéficiaires de la souscription, ils ne sont pas soumis à cette obligation. Notons que cette obligation de libération n'apparaît qu'un an après que les actions soient virées des comptes de la société aux comptes personnels des salariés bénéficiaires<sup>501</sup>.

La justification de cette obligation devra être recherchée dans le mode de cession des actions aux salariés, selon que cette cession est à titre gratuit ou à titre onéreux. Dans le cas d'une attribution gratuite assimilable à un complément de rémunération versée en nature, l'obligation mise à la charge des salariés apparaît excessive. Par contre, si l'attribution se fait à titre onéreux, la propriété des actions détenues temporairement par la société, au maximum un an, reste acquise aux salariés dès l'inscription des titres sur leur compte personnel<sup>502</sup>. Qu'en est-il en cas de manquement à ses obligations ?

### ***B. Les sanctions de l'inexécution de l'obligation de libération***

Sans préjudices de la responsabilité éventuelle de la société, le dirigeant social est en principe responsable personnellement des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions. Cette responsabilité devient solidaire lorsque plusieurs dirigeants sociaux ont participé aux mêmes faits<sup>503</sup>.

Donc, l'exercice en réparation de l'action du préjudice subi doit être fondé par l'existence d'une faute et tel n'est pas le cas lorsque le préjudice résulte de la mauvaise interprétation du protocole d'accord par les parties signataires<sup>504</sup>. Dans ce cas de figure, la responsabilité solidaire, les mécanismes classiques de la solidarité et de la contribution aux pertes servent de solution.

---

<sup>500</sup> V. art. 640 de l'AUSCGIE.

<sup>501</sup> Ainsi, l'obligation de libération de ces actions leur incombe en tant que cessionnaires successifs [Consulter utilement l'arrêt de la Cour de Paris du 10 janvier 1991, Bull. Joly 1991, p. 301 n° 92 note Trassard ], donc propriétaires. Dans la pratique, la société peut leur consentir des prêts en vue de la libération de ces actions ou leur accorder, ce qui revient au même, des délais raisonnables de règlement.

<sup>502</sup> E. K. ALAKI, *La participation du salarié au fonctionnement de la société anonyme en droit OHADA*, uni. Lomé, DESS, dr. aff., disponible sur <https://www.memoireonline.com> consulté le 23 nov. 2018 à 00 h 03.

<sup>503</sup> V. art. 161 de l'AUSCGIE.

<sup>504</sup> V. CCJA, arrêt n° 082/2013 du 20 nov. 2013 ; A. AKAM AKAM, « *la responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit OHADA* »,

D'une part, les fondateurs de la société peuvent voir leur responsabilité engagée de même que celle des dirigeants sociaux, individuellement ou solidairement<sup>505</sup>. Si l'action individuelle vise la réparation du dommage subi par la société du fait des dirigeants sociaux par le paiement de dommages et intérêts, un arrêt de la CCJA reconnaît que tel n'est pas le cas d'une obligation engagée aux fins d'une obligation de faire, en l'occurrence la représentation d'un coffre-fort de la société par les dirigeants sociaux<sup>506</sup>. Au regard de cette décision, nous osons croire qu'elle peut s'appliquer dans le cas de l'obligation de libération des actions souscrites au profit des travailleurs.

D'autre part, en sus de la condition préalable de mise en demeure des organes sociaux prescrite à l'article 167<sup>507</sup>, l'article 741 alinéa 2<sup>508</sup> de l'AUSCGIE exige que les actionnaires représentant le vingtième du capital social puissent mettre en œuvre de l'action sociale. Comme les travailleurs ne peuvent détenir que 10% du capital social et que la société ne peut prétendre subir un dommage du fait de la non libération des actions souscrites par elle au profit des travailleurs, ils seront dans l'impossibilité d'exercer l'action individuelle ou sociale.

La raison est simple, ils ne sont pas encore associés et quand bien même qu'ils le seraient, jouissent-ils de cette prérogative au regard du taux du capital détenu ?

Rien n'est moins sûr malgré la volonté manifeste du législateur Ohada à faire entrer les travailleurs dans la « famille entreprise ». De ce fait, sa volonté fait présager des zones d'ombre.

## **Section II : Une intervention limitée en droit Ohada**

En en croire au Professeur Patrice BADJI<sup>509</sup>, l'analyse en profondeur de l'actionnariat salarié dénote du flou obscur de la volonté du législateur Ohada lors de la révision de l'AUSCGIE au regard de « *l'évolution des règles du droit des sociétés à la faveur de la révision de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales* ».

---

<sup>505</sup> V. art. 738 et 740 de l'AUSCGIE.

<sup>506</sup> V. CCJA, arrêt n° 015/2005 du 24 fév. 2005 : GD-CCJA, p. 159, obs. M. A. NJANDEU MOUTHIEU ; Ohadata J-05-360.

<sup>507</sup> « *Un ou plusieurs associés peuvent intenter l'action sociale après une mise en demeure des organes compétents non suivie d'effet dans le délai de trente (30) jours...* »

<sup>508</sup> « *..S'ils représentent au moins le vingtième du capital social, les actionnaires peuvent, dans un intérêt commun, charger à leurs frais un ou plusieurs d'entre eux de leur représenter pour soutenir, tant en demande qu'en défense, l'action sociale...* ».

<sup>509</sup> P. S. A. BADJI, « *L'évolution des règles du droit des sociétés à la faveur de la révision de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales* », Bull. de droit écon., Uni. Laval, 2017(1).

Cette constatation nous invite à analyser les tares (**Paragraphe I**) de cet actionnariat salarié et d'envisager les tendances actuelles du droit des sociétés commerciales (**Paragraphe II**).

### **Paragraphe I : Les tendances à reconsidérer dans l'intérêt de l'entreprise**

Le législateur OHADA procède d'un certain atermoiement (**I**) qui vide les actions attribuées de leur substance (**II**).

#### **I. Les atermoiements du législateur Ohada**

Si l'attribution gratuite d'actions est expresse, il n'en demeure pas moins que ces actions sont dénuées de tout droit de vote (**A**) et de dividende (**B**).

##### **A. Les actions dénuées du droit de vote**

Le propre de l'actionnariat est de permettre au détenteur des actions ayant effectué des apports ou non de participer à la vie de la société. Cependant, le salarié actionnaire du droit Ohada qui est enchaîné dans une indisponibilité permanente et obligatoire par rapport à ses titres n'attribue pas un droit de vote aux titulaires de ces actions.

En principe, le salarié attributaire des actions de la société devient un actionnaire disposant d'un droit fondamental, celui de rester associé, c'est-à-dire de faire partie de la société et surtout, d'exercer le droit de vote qui lui permettra d'exprimer son avis lors des Assemblées<sup>510</sup>. C'est le premier paradoxe que l'on relève de la part du législateur Ohada quant à l'attribution gratuite d'actions.

Cette exclusion du droit au vote constitue une distorsion au principe sacro-saint du droit des sociétés : « A capital égal, vote égal ». Ce principe signifie que le droit de vote attaché à toutes les catégories d'actions doit être proportionnel à la quotité du capital représentée et que chaque action détenue doit donner droit à une voix au moins<sup>511</sup>.

En droit français, ce sont les représentants des salariés qui siègent obligatoirement au Conseil d'administration quoiqu'ils n'aient pas la qualité d'administrateur. A cet effet, ils soumettent au conseil les vœux du comité d'entreprise. Par contre, ils sont dépourvus d'un droit de vote et une obligation est faite au conseil de les convoquer lors des Assemblées.

---

<sup>510</sup> V. nos développements sur titre I relatifs à l'intérêt social, l'intérêt des associés.

<sup>511</sup> V. art. 53, 543, 544, 639 et s. de l'AUSCGIE.

Cependant, le non-respect de cette obligation n'entraîne pas la nullité des décisions prises mais expose les dirigeants sociaux du délit d'entrave au fonctionnement du comité d'entreprise. Le droit de vote, pour être bien exercé, est accompagné d'un droit à l'information. Ce droit est dénué aux salariés et de fait, ces derniers sont, par là même hors de l'entreprise dans laquelle ils travaillent, alors qu'en droit français, ils ont un droit à l'information à travers le comité d'entreprise<sup>512</sup>.

Tel n'est pas le cas en droit Ohada. Le salarié ne pourra bénéficier du droit préférentiel de souscription dans le cas d'une augmentation du capital, encore moins une part dans le boni de liquidation. Ainsi, il ne dispose d'aucune chance d'amélioration de son actionnariat et se trouve par la même occasion en marge de son cadre d'évolution.

Il en est ainsi du droit au dividende qui, comme le droit au vote, n'est pas attaché aux actions attribuées gratuitement aux salariés.

### ***B. Les actions dénuées du droit au dividende***

On entend par dividende la part des bénéfices réalisés par une société distribuée à la fin d'un exercice aux associés en application d'une délibération de l'Assemblée générale annuelle<sup>513</sup>.

Le droit aux dividendes est un droit d'actionnaire qui doit être bien compris. Il ne signifie pas que chaque année l'actionnaire a le droit d'exiger qu'une partie des bénéfices lui soit attribuée, mais simplement qu'il ne peut pas être indûment privé de son droit sur les bénéfices et sur les réserves<sup>514</sup>.

En droit Ohada des sociétés, « *les actions rachetées par la société...sont dépourvues du droit de vote. Il ne peut en être tenu compte pour le calcul du quorum* »<sup>515</sup>. Cette disposition de l'AUSCGIE est sans ambages sur la privation du droit au dividende rattaché aux actions attribuées aux salariés.

En effet, l'AUSCGIE, à travers l'article 640 alinéa 7, exclut expressément du droit aux dividendes les actions rachetées par la société en vue de leur attribution aux salariés. Pourtant, l'attribution gratuite d'actions aux travailleurs salariés semble être inspirée de l'esprit d'un

---

<sup>512</sup> M. A. MOUTHIEU NJANDEU, *L'intérêt social en droit des sociétés*, op. cit.,

<sup>513</sup> Lexique des termes juridiques, 12<sup>e</sup> éd. Dalloz 1999, p. 199.

<sup>514</sup> V. nos développements sur le projet commun du contrat de société lors de la constitution et surtout le bénéfice distribuable aux associés.

<sup>515</sup> Art. 542 de l'AUSCGIE.

texte français<sup>516</sup> qui organise la distribution gratuite d'actions au profit des salariés. Mais elle s'en démarque par la privation du droit pécuniaire conséquence logique de la détention de ces actions.

Certes, on peut comprendre l'attitude du législateur. Le salarié actionnaire n'est qu'un simple détenteur des actions qui demeurent toujours la propriété de la société. On peut affirmer que le salarié possède pour autrui. Devenant ainsi un détenteur précaire des actions qui lui sont attribuées, le salarié ne peut ni en user par l'exercice d'un droit de vote, ni en jouir le bénéfice d'un droit d'information, ni même en disposer car elles sont indisponibles et non négociables<sup>517</sup>.

Dans cette optique, on est tenté de voir dans cette attribution d'actions inutilisables un cadeau d'un capitalisme aux abois qui doute de lui-même et qui veut « *se donner bonne conscience ou donner bonne conscience aux pouvoirs publics* »<sup>518</sup>.

« *Rendre le prolétariat propriétaire et l'ouvrier boursicotier, voilà une vieille lune qui a la vie dure* »<sup>519</sup>. Voilà un bien lointain souhait car les démocraties sont des régimes égoïstes, qui ne se préoccupent pas de l'intérêt des non-citoyens, hier les esclaves, aujourd'hui les étrangers<sup>520</sup>. Ces observations restent de vigueur en droit Ohada, le législateur semble faire la promotion des propriétaires de société au détriment de la promotion « *partenariale de l'entreprise* »<sup>521</sup>. Cette impression se confirme à l'analyse en profondeur de ces actions.

## II. Les actions vidées de leur substance

Il concerne le régime des actions (A) et les bénéficiaires de ces actions (B).

---

<sup>516</sup> La loi du 24 octobre 1980 créant une distribution d'actions en faveur des salariés des entreprises et les principes du droit français.

<sup>517</sup>E. K. ALAKI, *La participation du salarié au fonctionnement de la société anonyme en droit OHADA*, uni. Lomé, DESS, dr. aff., disponible sur <https://www.memoireonline.com> consulté le 23 nov. 2018 à 00 h 03.

<sup>518</sup> Michel VASSEUR, chr. préc. p.64

<sup>519</sup> F. Zénati, RTD civ. 1987. 182, n° 54., in P. S. A. BADJI, « *Les orientations du législateur OHADA dans l'AUSCGIE révisé* », rev. ersurma n°06, janv. 2016 p. 9.

<sup>520</sup> V. P. S. A. BADJI, op. cit.

<sup>521</sup> Ibid.

### ***A. Le régime des actions attribuées aux salariés***

Si tel est le sort réservé aux actions détenues par les salariés, on constate alors que « l'actionnariat du droit Ohada » altère les principes fondamentaux du droit des sociétés au regard du salarié devenu actionnaire. Le salarié apparaît alors comme un actionnaire hétérogène, enchaîné et placé dans une situation à part quant à la nature de ses actions et quant à l'imprécision des modalités d'attribution<sup>522</sup>.

Il existe plusieurs catégories d'actions réparties selon la forme, la nature de l'apport qu'elles représentent ou l'étendue des droits qu'elles confèrent<sup>523</sup>. Une action peut appartenir à plusieurs catégories. C'est le cas des actions détenues par les salariés quant à leur forme nominative. Mais du point de vue des droits conférés, elles ne se retrouvent pas dans la catégorie des actions de jouissance<sup>524</sup> qui, bien que ne donnant pas droit au premier dividende, conservent les autres droits notamment le droit de vote et de négociabilité. Quelle est la nature de ces actions en droit Ohada ?

C'est toute une difficulté. Elles sont limitées aux sociétés par capitaux dont la SA. En effet, la SA est une société de capitaux dans laquelle les actions sont, en principe librement négociables. Cela signifie que le détenteur de telles actions peut en disposer librement en les cédant sauf en cas d'existence d'une clause d'agrément ou de préemption. Dès lors, on voit que le principe de la libre négociabilité est mis en difficulté par le caractère illimité de la forme nominative des actions détenues par les salariés, donc leur indisponibilité permanente. Ce sont donc des actions inaliénables. Or, les stipulations d'inaliénabilité attachées à un bien ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt légitime et sérieux. En l'espèce, l'inaliénabilité légale des actions détenues par les salariés est, certes, justifiée par l'intérêt supérieur de la société. Elle empêche les salariés de monnayer immédiatement leurs actions en favorisant l'entrée d'intrus dans la société. En revanche, on ne comprend pas pourquoi le législateur a cru bon de ne pas fixer un délai à l'indisponibilité de ces actions.

Cette prétendue promotion de l'actionnariat salarié constitue une illusion en ce sens que l'on est dans l'impossibilité d'user, de jouir ou de disposer de ces actions. Ainsi, il ne fait des salariés ni des emprunteurs, ni des possesseurs, détenteurs précaires proprement dits, ni

---

<sup>522</sup> E. K. ALAKI, *La participation du salarié au fonctionnement de la société anonyme en droit OHADA*, uni. Lomé, DESS, dr. aff., disponible sur <https://www.memoireonline.com> consulté le 23 nov. 2018 à 00 h 03.

<sup>523</sup> Michel JEANTIN, *Observations sur la notion de catégorie d'actions*, D.1995, chr. p.88.

<sup>524</sup> V. art. 653 de l'AUSCGIE.

même des propriétaires des actions. Ce questionnement s'allonge à l'analyse des salariés détenteurs.

### ***B. La question des bénéficiaires des actions attribuées***

Si l'attribution gratuite d'actions permet de faire participer les salariés à la gestion de la société commerciale, elle peut néanmoins susciter des réserves et ce, eu égard à l'expression « certaines catégories d'entre eux » contenue à l'article 626-1 précité, à propos des salariés.

Sur quel critère, le Conseil d'administration se fonde-t-il pour discriminer certains salariés au profit d'autres ? Cette discrimination si justifiée soit-elle peut-elle apaiser le climat social ? Rien n'est moins sûr<sup>525</sup>.

Autant d'interrogations qui demeurent sans réponses et qui, à coup sûr, sont de nature à remettre en cause le droit Ohada des sociétés ou simplement du manque d'articulation entre le droit des sociétés et le droit du travail. Or, le droit des affaires demeure sujet à une articulation, à une pluridisciplinarité. Les salariés étant partie prenante de la société demeurent soumis aux droits du travail de chacun des pays membres. Ce constat dénote de la désarticulation du droit des affaires et ne milite pas en faveur d'une unification du droit applicable aux affaires dans l'espace Ohada.

Ce mutisme confirme-t-il l'idée selon laquelle la place du salarié dans la société relève du bon vouloir des détenteurs du capital qui apparaissent comme les véritables propriétaires. Sans nul doute, si on reconnaît au législateur Ohada le mérite de trancher le conflit immémorial entre le capital et le travail en faveur du capital, il n'en demeure pas moins vrai que le renouveau du droit des sociétés exige la reconnaissance d'intérêts catégoriels au sein de la société à côté de celui des actionnaires.

De notre point de vue, le législateur Ohada gagnerait plus à scruter les tendances mondiales actuelles en droit des sociétés afin de réaliser une intégration intelligente.

---

<sup>525</sup> P. S. A. BADJI, « *Les orientations du législateur OHADA dans l'AUSCGIE révisé* », rev. ersurma n°06, janv. 2016 p. 9.

## **Paragraphe II : Les nouvelles tendances dans l'intérêt de l'entreprise**

Les systèmes participatifs des salariés apparaissent assez mal développés dans le droit Ohada car, dans sa logique de créer un cadre propice et attractif pour les investisseurs, le législateur est parvenu à instaurer des formes dont la mise en œuvre paraît délicate. La participation des salariés recouvre aussi bien la participation à la gestion de la société que la participation financière.

Il s'agit d'accroître la participation des salariés (I) dans la vie sociale et de la promotion de leur participation financière (II).

### **I. L'accroissement de la participation des salariés à la gestion sociale**

L'accroissement de la participation des salariés à la gestion sociale peut s'envisager à travers le comité d'entreprise (B) comme en France mais aussi à travers l'octroi de certains droits aux salariés (A).

#### **A. L'octroi de nouveaux droits aux salariés**

Selon un auteur<sup>526</sup>, avec l'AUSCGIE révisé, les salariés n'ont pas le droit de demander une expertise de gestion, de déclencher l'alerte, de demander la désignation d'un mandataire chargé de convoquer une Assemblée générale des actionnaires en cas d'urgence. Ils ne bénéficient pas de l'alerte professionnelle ou *whistleblowing*.

En ce qui est de l'expertise de gestion, elle est une innovation importante destinée à renforcer le droit des associés de contrôler la gestion d'une société. Les associés minoritaires, détenant une fraction raisonnable du capital social, peuvent ouvrir une enquête sur une ou plusieurs opérations de gestions<sup>527</sup>.

Alors que la procédure d'alerte est aussi l'une des nouveautés du droit des sociétés. Elle s'exerce lorsqu'il est constaté un risque sérieux de cessation de l'exploitation, donc de mise en redressement ou de liquidation des biens de l'entreprise. Le commissaire aux comptes ou les associés sont compétents pour la déclencher<sup>528</sup>.

---

<sup>526</sup> P. S. A. BADJI, art. pré., rev. ersurma n°06, janv. 2016 p. 9.

<sup>527</sup> Dans une espèce, il a été jugé qu' « en sollicitant une expertise de gestion tendant de manière générale à auditer les comptes et à vérifier la sincérité des états financiers de synthèse...sans identifier précisément la décision de gestion critiquée ni même apporter les éléments pouvant présumer de l'irrégularité de ladite décision...est mal fondée dans sa demande » ; CCJA, arrêt n°056/2013 du 14 juin 2013. Elle est régie par les dispositions, art. 159 et s. de l'AUSCGIE.

<sup>528</sup> V. art. 150 et s. ; sur la question : P. S. A. BADJI, « Ohada et la bonne gouvernance d'entreprise » spéc. p. 237 ;

Quant au *whistleblowing* ou alerte professionnelle, il est « *un dispositif d'alerte professionnelle... un ensemble de règles organisant la possibilité pour un salarié ou toute autre personne exerçant une activité dans une entreprise de signaler au chef d'entreprise ou à d'autres personnes désignées à cet effet* » des actes contraires à des dispositions législatives ou réglementaires, aux dispositions des conventions et accords collectifs de travail applicables à l'entreprise ou à des règles d'origine éthique ou déontologique, qui nuisent gravement au fonctionnement de l'entreprise, des atteintes aux droits des personnes et aux libertés individuelles qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnelle au but recherché, des atteintes à la santé physique et mentale des salariés »<sup>529</sup>.

Ces différents droits concourent à l'implication davantage des salariés dans la gestion de l'entreprise et ainsi, promouvoir l'actionnariat salarié avec plus de responsabilité en droit Ohada. Cet actionnariat est de plus en vogue eu égard à la loi française du 19 février 2001 sur l'épargne salariale renforcé par celle du 11 décembre 2001 du MURCEF et même la loi sur la modernisation sociale du 17 janvier 2002<sup>530</sup>. Pour ce faire, il faut un cadre organisationnel réunissant les salariés où ils pourront échanger entre eux avant de s'ouvrir aux dirigeants sociaux.

### **B. L'instauration du comité d'entreprise**

Le Code français du travail précise en ce qui concerne le comité d'entreprise que « *dans l'ordre économique, le comité d'entreprise est obligatoirement informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, et notamment sur les mesures de nature à affecter le volume et la structure des effectifs, la durée du travail, les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle du personnel* »<sup>531</sup>

A la lumière de cette disposition, le comité d'entreprise à la française détient un pouvoir non négligeable au sein de l'entreprise. Ainsi, il prend part aux réunions du Conseil d'administration où une obligation est faite au Conseil de l'informer et dispose des droits ci-haut mentionnés : le droit de demander une expertise de gestion, de déclencher l'alerte, de

---

<sup>529</sup>P.-H. ANTONMATTEI et Ph. VIVIEN, *Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspective. Rapport au ministre délégué à l'emploi*, Doc. fr., 2007, p. 35.

<sup>530</sup> M. A. MOUTHIEU NJANDEU, *op. cit.*

<sup>531</sup> V. art. 432 al. Du Code français du travail.

demander la désignation d'un mandataire chargé de convoquer une Assemblée générale des actionnaires en cas d'urgence<sup>532</sup>.

Il ressort de cette disposition que le comité d'entreprise revêt une fonction multidimensionnelle et très étendue en droit français. Ceci est si vrai que l'alinéa 3 de cet article conclut que le comité est informé et consulté sur les modifications économiques et juridiques de l'entreprise lors des opérations de structuration de celles allant de la fusion à la scission en passant à l'apport partiel d'actifs. Sur toutes ces questions, le chef d'entreprise a l'obligation d'en informer le comité d'entreprise et de le consulter lorsque la société entend prendre part dans une société autre.

Au regard du rôle prépondérant du comité d'entreprise, le législateur Ohada aura tout intérêt de s'y inspirer et de l'adapter au contexte africain. Quid du représentant des travailleurs ?

Le rôle accru des salariés par le biais du représentant du personnel n'est pas totalement exempt en droit Ohada. En guise d'illustration, l'article 110 de l'Acte Uniforme sur les procédures collectives pose une certaine exigence pour la validité du licenciement pour motif économique<sup>533</sup>. En droit sénégalais du travail, le délégué du personnel dispose d'un droit de regard sur quelques questions relatives à la marche de l'entreprise<sup>534</sup>. Mais ces procédures demeurent inopportunes dans le cadre d'une procédure collective<sup>535</sup>.

Aucun droit ne peut évoluer en vase clos. De la même manière qu'il existe au sein de l'entreprise des intérêts catégoriels, la prééminence de l'intérêt de l'entreprise appelle l'existence d'un cadre de partage et de dialogue, lieu d'exposition et d'affrontement de ces intérêts à l'intérêt supérieur de l'entreprise : le comité d'entreprise

Qui plus est, l'émiettement des droits gouvernant voire régissant chacune des parties appelle à une complémentarité, à une interdisciplinarité des textes en question afin de réaliser l'harmonie au sein de l'entreprise, d'où la mise sur pied du droit du travail Ohada. Quid de la participation financière ?

---

<sup>532</sup> V. P. S. A. BADJI, art. pré., rev. ersurma n°06, janv. 2016 p. 9.

<sup>533</sup> Cette disposition exige non seulement que le licenciement ait un caractère nécessaire pour l'intérêt de l'entreprise, mais aussi pose la condition d'une autorisation du juge commissaire sur demande du syndic. Ce dernier doit en informer le délégué du personnel qui dispose d'un délai de 08 jours pour donner son avis.

<sup>534</sup> Il en est ainsi de l'art. L.136

<sup>535</sup> R. D. GNAHOUI, art. pré., Ohada D-04-31

## II. La participation financière des salariés

Le modèle de participation (A) des salariés au capital social est une alternative à l'attribution gratuite d'action. C'est pour cette raison que sa mise en œuvre sera (B) examinée.

### A. Le modèle de participation au capital social

Le modèle participatif s'articule autour de l'intéressement facultatif et la participation au capital de la société.

En ce qui est de l'intéressement<sup>536</sup>, c'est un système optionnel qui permet à toute entreprise qui le souhaite d'associer ses salariés à ses résultats ou à l'accroissement de sa productivité. Ce système légal est obligatoire en droit français et s'applique aux entreprises ayant 50 salariés et plus et dégagant un résultat suffisant après constitution d'une réserve spéciale de participation<sup>537</sup>.

En pratique, on part des primes d'intéressement que l'entreprise attribue à ses salariés. Celle-ci choisit son mode de calcul pourvu que celui-ci demeure objectif. La répartition collective des primes entre salariés est uniforme et/ou proportionnelle au salaire ou à la durée de présence dans l'entreprise au cours de l'exercice en fonction de l'accroissement de la production<sup>538</sup>. Cette prime peut être rapprochée à la prime de rendement ou de productivité et un auteur de dire que, celle-ci est une prime de rendement individuel dénoncée par certains auteurs comme tendant à rompre la solidarité entre les travailleurs tout en les usant par excès de cupidité. La prime d'intéressement, à la différence de la prime susmentionnée, sera versée en fonction de l'appréciation globale de l'effort collectif tendant à l'amélioration des résultats de la société<sup>539</sup>.

---

<sup>536</sup> Le but est double. Sur le plan social, cette formule vise à améliorer la rémunération des travailleurs tout en développant « une politique de négociation contractuelle à l'intérieur de l'entreprise ». Sur le plan économique, il tend à orienter l'épargne vers les placements à long terme et à accroître la capacité d'investissement des sociétés. Non seulement l'intéressement est un moyen efficace de motiver les salariés en fonction des performances de l'entreprise, il peut offrir, en outre, un moyen de défiscalisation puisque l'entreprise et le salarié bénéficient d'une déduction au titre des charges fiscales et sociales de l'exercice.

<sup>537</sup> Art. L 442-11 et s. du code du Travail français

<sup>538</sup> Mais il est courant de voir certaines entreprises en droit comparé, verser à leurs salariés des primes d'intéressement alors même que les résultats sont déficitaires. C'est le cas du groupe Maine et Champagne qui a versé au cours de l'exercice 2000 des primes d'intéressement à ses salariés alors que le Groupe avait enregistré un déficit dans sa comptabilité ; in Management, mars 2001, p. 90.

<sup>539</sup> E. K. ALAKI, *La participation du salarié au fonctionnement de la société anonyme en droit OHADA*, uni. Lomé, DESS, dr. aff., disponible sur <https://www.memoireonline.com> consulté le 23 nov. 2018 à 00 h 03.

Quant à la participation au capital de la société, elle est la détention d'une fraction du capital social. Elle constitue un véritable procédé optionnel de la participation du salarié car c'est une démarche de confiance<sup>540</sup>. Elle se fait par des options sur actions<sup>541</sup> et l'augmentation du capital spécialement réservée aux salariés<sup>542</sup>.

Dans cette optique, il est souhaitable que le législateur Ohada améliore ce mécanisme en réorganisant l'article 640 AUDSCGIE en abolissant ou mieux, en limitant la durée et la condition d'indisponibilité perpétuelle des actions. Cette participation n'est pas toujours facile dans l'un ou autre cas d'où une mise en œuvre particulière.

### ***B. La mise en œuvre du modèle de participation***

L'association appelle volontarisme. La faiblesse des salaires dans les entreprises membres de l'Ohada rend difficile la création d'un cadre concerté permettant la mise en place d'un Fonds salarial afin de mettre en œuvre les recommandations ci-haut préconisées.

D'un côté, la volonté des actionnaires se manifeste par une décision expresse ou par l'insertion d'une clause statutaire. Dans le premier cas, l'illustration concrète apparaît dans les options sur actions. Ici, c'est l'Assemblée générale, organe suprême de la société qui autorise le Conseil d'Administration à consentir des options aux salariés. Dans le deuxième cas, les statuts peuvent prévoir l'intéressement des salariés aux fruits de l'exploitation de la société. On

---

<sup>540</sup> Cette démarche est individuelle car le salarié engage son épargne personnelle, volontaire car la décision est prise en toute liberté, et responsable en ce sens que l'achat d'actions se fait en toute connaissance des risques malgré les avantages consentis.

<sup>541</sup> En premier lieu, le système des options de souscription ou d'achat d'actions s'inspire de la formule américaine à grand succès des *stocks option plans*. Ce dispositif permet à une SA de faire bénéficier à tout ou partie de ses salariés, généralement les mandataires sociaux et les cadres principaux, de la possibilité de souscrire ou d'acheter ses propres actions dans des conditions financièrement favorables et de les céder au moment où une plus-value boursière est possible. Le mécanisme des *stock option plans* se résume en trois phases : Dans un premier temps, l'Assemblée Générale des actionnaires autorise le Conseil d'Administration à consentir des options de souscription ou d'achat d'actions à un prix inférieur à la valeur constatée en Bourse pour les sociétés cotées et par une évaluation contrôlée pour les sociétés non cotées. Dans un second temps, le salarié bénéficiaire de l'option peut procéder à sa levée, c'est-à-dire acquérir les actions, qu'il détient alors en pleine propriété. Dans un troisième temps, le salarié peut céder ses actions, sous réserve que le plan d'option ne prévoit pas un délai minimum entre la levée et la cession, appelé délai de portage et réaliser une plus-value importante si la valeur de l'action a progressé. Il ne peut subir de perte que si le cours de l'action vient à chuter durablement en dessous de la valeur d'acquisition, le privant ainsi du choix de céder ses actions à un moment financièrement favorable in E. K. ALAKI, *op. cit.*

<sup>542</sup> En dernier lieu, la société peut décider d'augmenter son capital par émission d'actions nouvelles exclusivement réservées aux salariés. Elle le fera alors dans les conditions normales d'une augmentation c'est-à-dire par incorporation des réserves ou par apport en nature. Dans ce cas, la décision de la société de recourir à ce procédé emporte pour les anciens actionnaires renonciation à leur droit préférentiel de souscription, que leur reconnaît l'article 573 AUDSCGIE. Par un tel procédé, les actionnaires qui acceptent une dilution du capital manifestent un sentiment de confiance à l'égard des salariés in E. K. ALAKI, *op. cit.*

voit ainsi que cette démarche volontaire des actionnaires paraît plus douloureuse car elle s'ensuit d'un « grignotage progressif » de leurs droits<sup>543</sup>.

D'un autre côté, la volonté des salariés n'est pas négligeable car la participation conduit à partager les risques et les responsabilités, question centrale du droit social<sup>544</sup>. Ainsi, la réalisation de la participation peut être obtenue aussi bien au moyen d'accords individuels<sup>545</sup> que d'accords collectifs<sup>546</sup>.

En effet, l'incitation du salarié par le canal des conventions collectives doit être privilégiée car elle contribue à « la libération des forces nationales de négociation collective » ce qui paraît une nécessité pour « faire contrepoids au lourd mouvement de la mondialisation ou de la régionalisation économique »<sup>547</sup>.

Un dispositif demeure nécessaire. Celui-ci, qui peut prendre diverses dénominations et qu'il convient de nommer Fonds salarial collectif pour les besoins de cette étude, est destiné à recueillir des sommes provenant de différentes origines<sup>548</sup>. L'originalité d'un tel organisme dont la mise sur pied relève du pouvoir de direction et d'administration du chef d'entreprise réside à deux niveaux<sup>549</sup>. Il en résulte que l'institution d'un Fonds salarial collectif a pour

---

<sup>543</sup> E. K. ALAKI, *op. cit.*

<sup>544</sup> Marie-Laure MORIN, « Partage et risque de l'emploi : « Contribution au débat sur la réforme du droit du travail » in Droit Social n° 7/8 Juillet-Août 2000 n° 2, p. 730.

<sup>545</sup> L'accord individuel est celui conclu par l'entreprise et un salarié et qui permet à ce dernier de participer aux bénéfices (par le biais de l'intéressement) ou au capital. Ce moyen, volontaire et individuel, nécessite une réflexion approfondie du salarié avant de s'engager. Ainsi, l'accord de participation peut être une convention proprement dite, donc autonome et annexée au contrat de travail. Il peut aussi n'être qu'une clause du contrat de travail. En tout état de cause, cet accord doit être non équivoque, écrit et librement accepté par le salarié dans la mesure où il peut modifier substantiellement le contrat de travail initial.

<sup>546</sup> L'adhésion volontaire à un régime participatif peut s'effectuer par l'adhésion à une Convention Collective. Celle-ci est un accord conclu entre les représentants d'un ou plusieurs syndicats de salariés et un ou plusieurs syndicats de patrons pris individuellement et ayant pour objet de déterminer ou de préciser les conditions auxquelles seront conclus les contrats individuels de travail.

<sup>547</sup> Joseph ISSA -SAYEGH, « Questions impertinentes ( ?) sur la création d'un droit social régional dans les Etats africains de la zone franc », [www.ohada.com/Doctrine](http://www.ohada.com/Doctrine) Ohadata D-02-27- n°38. Cette libération passe par l'obligation pour les partenaires sociaux de négocier librement de nouveaux accords collectifs (notamment d'entreprise ou d'établissement) ou d'élargir le contenu des Conventions Collectives Nationales Interprofessionnelles existant dans les pays de l'espace OHADA.

<sup>548</sup> Un pourcentage des rémunérations volontairement versées par les salariés, des sommes perçues au titre de l'un quelconque des modèles précédemment évoqués (participation au capital ou intéressement) ou enfin des versements complémentaires que l'entreprise pourra effectuer : C'est ce qu'on appelle abondement.

<sup>549</sup> D'un côté, créé par l'entreprise et géré collectivement par les salariés et la direction, le Fonds salarial collectif permettra à la société de bloquer toutes les sommes versées sur un compte spécial et de les rendre indisponibles pour une période donnée. D'un autre côté, lesdites sommes peuvent servir aux salariés non seulement à acquérir les titres émis par la société où ils travaillent, mais aussi les actions d'autres sociétés. Ainsi donc, les sommes investies peuvent être disponibles à l'expiration de la période d'indisponibilité convenue ou en cas de survenance d'un événement comme la retraite, le licenciement ou le décès du salarié.

finalité d'étendre l'actionnariat à tous les salariés sans distinction de catégorie mais qui ont une ancienneté suffisante dans l'entreprise.

Il peut aussi constituer un vecteur complémentaire d'une épargne retraite pour les salariés. Cette perspective devrait de plus en plus être investie aux plans économique et politique pour pallier les insuffisances des mécanismes actuels de retraite en vigueur dans les pays de l'espace Ohada et faire ainsi un pas notable vers la régionalisation du droit de la sécurité sociale souhaité par certains auteurs.

Nous pensons que la participation du salarié au capital social à grande échelle bouleversera à terme le droit du travail. Car cela pourra les confondre aux actionnaires. Ainsi, nous souhaiterions la mise en place d'un Acte uniforme Ohada sur le droit du travail.

## CONCLUSION

Malgré les controverses doctrinales et/ou jurisprudentielles qui entourent la notion d'intérêt social, l'objectif de cette recherche est de saisir la finalité de cette notion à travers son appréhension. Pour ce faire, l'AUSCGIE révisé nous a servi de cadre. Ce dernier n'a pas procédé à la définition de l'intérêt social.

D'un côté, le législateur Ohada dispose que la société est créée dans l'intérêt commun des associés. Il octroie à ces derniers une grande marge de manœuvre dans l'organisation de leur relation de même que dans le fonctionnement de la société à travers la consécration des pactes extrastatutaires. Qui plus est, l'intérêt social est un moyen de protection des associés en de convergence ou de divergence d'intérêts entre eux. La prééminence de la liberté contractuelle apparaît à travers la consécration de certaines formes sociétales. Toutes raisons qui présument que le législateur Ohada semble faire de la société un contrat et l'intérêt social celui des associés.

De l'autre, en reconnaissant aux dirigeants sociaux la possibilité d'effectuer tous les actes de gestion dans l'intérêt de la société et en engageant leur responsabilité civile et/ou pénale pour les actes passés en méconnaissance de l'intérêt social, en réprimant l'abus de crédit ou des biens de la société, en reconnaissant l'existence d'un patrimoine propre à la société etc., le législateur affirme l'existence d'un intérêt qui transcende celui des associés. Il est assimilé à l'intérêt d'une entité autonome et indépendante.

De ce point de vue, une analyse économique du droit nous appelle à deux constats. D'une part, une vision microéconomique fait de l'intérêt social celui d'une entité juridique, celui de la personne morale. D'autre part, une vision macroéconomique assimile l'intérêt social à celui de l'entreprise, prenant ainsi en compte la somme des intérêts catégoriels qui gravite autour de cette entité économique.

Le législateur Ohada, à travers la révision de l'AUSCGIE, vise à la fois l'attractivité normative et la pérennisation des entreprises dans la zone Ohada. Au regard de la conciliation de la relation capital-travail dont il fait montre et du rôle prépondérant de l'entreprise dans la sphère sociale, la prééminence de l'intérêt de l'entreprise sur les autres intérêts catégoriels ne fait l'objet d'aucun doute.

En effet, l'intérêt social est l'« *intérêt supérieur de la personne morale elle-même, c'est-à-dire l'entreprise considérée comme un agent économique autonome, poursuivant des fins propres, distinctes, notamment de celles de ses actionnaires, de ses salariés, de ses créanciers dont le fisc, de ses fournisseurs et de ses clients, mais qui correspond à leur intérêt général commun qui est d'assurer la continuité et la prospérité de l'entreprise* ». Il se résume à la continuation de l'exploitation et sert de baromètre à tous les autres intérêts catégoriels au sein de l'entreprise. De ce fait, tout intérêt en contrariété avec l'intérêt de l'entreprise ne pourrait prospérer, fussent-ils les intérêts des associés. Sa réalisation requiert la participation de tous les membres de la « famille entreprise » : associés, dirigeants sociaux, créanciers, fournisseurs, l'Etat etc.

Ainsi, les impératifs de survie et de pérennité de l'entreprise doivent être pris en compte dans l'arbitrage des conflits sociaux, lorsque la satisfaction des prétentions dirigées contre celle-ci risquent d'entraîner des conséquences manifestement excessives, telle que la perte de l'outil de travail pour l'employeur et les travailleurs. Cependant, cette volonté du législateur eu égard à l'implication des salariés dans la vie de la société, doit être plus poussée.

Somme toute, l'intérêt social en droit Ohada demeure un fondement de la société lors de sa constitution et l'objectif recherché durant son fonctionnement, c'est-à-dire d'assurer la pérennité de l'exploitation sociale.

## BIBLIOGRAPHIE

### **I. OUVRAGES GENERAUX, TRAITES, MANUELS ET RAPPORTS**

**ANTONMATTEI (P-H) et VIVIEN (PH)**, Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspective. Rapport au ministre délégué à l'emploi, Doc. fr., 2007, p. 35.

**CHAPUS (Y.)**, *Droit des sociétés*, PUF, Thémis. coll. Droit fondamental 1993, n° 717.

**CORNU (V. G.)**, *Vocabulaire juridique*, association H CAPITANT, op. cit., p. 36

**CORNU (Y. G.)**, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, 10<sup>e</sup> éd. Domat Montchrestien, 2001, n°731

**COZIAN (M.)**, *Précis de fiscalité des entreprises*, 20<sup>ème</sup> éd. Litec, 1996, n°3020 et ss., p. 646 à 646

**COZIAN (M.)**, **VIANDIER (A.)** et **DEBOISSY (FI.)**, *Droit des sociétés*, 14<sup>e</sup> éd. Litec. 2001, n° 434 p. 160

**DEMOGUE (R.)**, *Traité des obligations en général, II. Effets des obligations*, t. VI, **DESPAX (M.)**, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, Paris, 1956

**GAUTIER (P. Y.)**, *Contre BENTHAM : l'utilité et le droit*, RTD civ, 1995, p. 797,

**GERARD (P)**, **OST (F)** et **VAN de KERCHOVE (M)**, *Droit et intérêt*, Vol 1, *Approche interdisciplinaire*, Publications des Facultés Saint-Louis, Bruxelles, 1990, p. 37

**GUYON (Y.)**, *Droit des affaires*, t. I, 12<sup>ème</sup> éd. Economica, n°124.

**HAURIOU (M.)**, *L'institution*, chap. II, in « *Les principes du droit public* », Sirey 1910, p. 123 et ss. Spéc. p. 129

**ISSA -SAYEGH (J.)**, « *Questions impertinentes (?) sur la création d'un droit social régional dans les Etats africains de la zone franc* », [www.ohada.com/Doctrine](http://www.ohada.com/Doctrine) Ohadata D-02-27- n°38.

**LARROUMET (C.)**, *Droit civil, « l'obligation »*, t III. Ed ECONOMIA, 1996, n°471 et ss.

**MAZEAUD (D.)**, *Les obligations*, T.2, éd. Montchrestien, Paris 1990, n°1208 p. 1246

**COZIAN (M.)**, **VIANDIER (A.)**, et **DEBOISSI (FI.)**, *Droit des sociétés*, 17<sup>ème</sup> éd., Litec, 2004, n° 14, p. 5.

**PAILLUSSEAU (J.)**, *La modernisation du droit des sociétés commerciales*, D., 1996 – 287 .

**RIPERT (G)**, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd, 1951.

**SOSSA (D. C.)**, *Droit OHADA : Impact en Afrique francophone*, Eden Island, SEYCHELLES 29-30 octobre 2015.

**VIENOT (M)**, « *Le conseil d'administration des sociétés cotées* », rapport AFEP-CNPF., juin 1995, p. 9.

### **II. OUVRAGES SPECIAUX ET THESES**

**CABRILLAC (M.)**, « *De quelques handicaps dans la construction de la théorie de l'abus de minorité* », *Mélanges offerts à A. Colomer*, Paris, Litec, 1993, p. 111, n° 6 ;

**EWANE MOTTO (P. C.)**, *La gouvernance des sociétés commerciales en droit Ohada*, thèse de doctorat, univ. Daoula et Paris-Est disponible sur <https://tel.archives-ouvertes.fr> consulté le 12 avril 2018 à 14h 25mn.

**FABRE-MAGNAN (M.)**, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, LGDJ, 1992, p. 13,

**FRISON-ROCHE (M.-A.)**, *Le législateur des procédures collectives et ses échecs*, Paris, Éditions Frison-Roche, 2000.

**GUYON (Y.)**, *Affectio societatis*, J. CL. Sociétés, Traité, Fasc. 20-10.

**LEJEUNE (F.)**, *Cautonnement des S.C.I. : le faux critère de l'intérêt social. Droit et patrimoine*, 1996, doct. 56. Contrat,

**MASSART (T.)**, *Le régime juridique de la cession de contrôle*, thèse Paris II, 1995, t. III.

**MEUKE (B. Y.)**, *De l'intérêt social dans l'AUSCGIE de l'OHADA*, AHODATA D-06-24.

**MOUTHIEU NJANDEU (M. A.)**, *L'intérêt social en droit des sociétés*, l'Harmattan-Paris, coll. Etudes africaines, 2009.

**ROCHFELD (J.)**, *Cause et types de contrats*, thèse de doctorat, LGDJ, Paris 1999.

**SECK (I.)**, *La gestion des conflits d'intérêts en droit des sociétés commerciales OHADA*, Thèse, UCAD, 2017, p. 35.

**TAMEGHE (S. S. K.)**, « *Interrogations sur l'abus de minorité dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique* », HDR, Chargé de cours à l'Université de Yaoundé II, Associé à l'Université catholique d'Afrique centrale disponible sur [sylvain\\_kuate@yahoo.fr](mailto:sylvain_kuate@yahoo.fr), p. 2, consulté le 12 juin 2018 à 00 h 23mn.

### **III. ARTICLES DE DOCTRINE**

**A. SAYAG**, *Le débat sur la nature de la société*, Mélanges, Litec, 1997.

**AMIEL-DONAT (J.)**, *Clause de non concurrence et cession de droits sociaux*, Dr. sociétés, 1989, p. 1.

**ANTOINE (D.)**, Avocat au Barreau de Nice et Enseignant, *Droit des sociétés : Objet social et intérêt social*, disponible sur <http://www.davidantoine-avocat.fr> consulté 31 mars 2018 à 01h 25mn.

**BADJI (P. S. A.)**, « *L'évolution des règles du droit des sociétés à la faveur de la révision de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales* », Bull. de droit écon., Uni. Laval.

**BADJI (P. S. A.)**, *Les orientations du législateur OHADA dans l'AUSCGIE révisé*, rev. ersurma n°06, janv. 2016.

**BADJI (P. S. A.)**, *Ohada et bonne gouvernance des entreprises*, in *Recueil d'études sur l'Ohada et les normes juridiques africaines*, PUAM 2013.

**BERTREL (J. P.)**, *Liberté contractuelle et société, essai d'une théorie du juste milieu en droit des sociétés*, RTD com., 1996.

**BERTREL (J. -P.)**, *Liberté contractuelle et sociétés, essai d'une théorie du « juste milieu » en droit des sociétés*, RTD com. 1996, p. 595.

**BISSARA (P.)**, *L'intérêt social*, Rev, société, 1999.

**CALLEBAUT (J. C.)**, « *la définition de l'intérêt social : retour sur la notion après les évolutions législatives récentes* » RTD Com.2004.

**COURET (A.)**, *les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés*, Rev sociétés, 1984.

**DUCOULOUX-FAVARE (Cl.)**, *Actionnariat et pouvoir*, D 1995, chron.

**DURAND (D.)**, « *Le conflit d'intérêts en droit des contrats*, mémoire de DEA, Nantes 2001,

**DURAND (P.)**, Introduction à un rapport sur « la notion d'entreprise » présentée aux journées de l'association II. Capitant de 1947, Dalloz.

**FEDIDA (J.-M.)**, *L'abus de biens sociaux, présentation générale*, Gaz. Pal., 13 août 1996.

**GNAHOUI (R. D.)**, *L'intérêt de l'entreprise et des droits des salariés*, Ohadata D-04-31, p. 10 et ss.

**GOFFAUX-CALLEBAUT (G.)**, *La définition de l'intérêt social, Retour sur la notion après les évolutions législatives récentes*, RTD com, 2004.

**HASSLER (T)**, *L'intérêt commun*, RTD com., 1984.

**JEANTIN (M.)**, « *Observations sur la notion de catégorie d'actions* », D.1995, chr. p.88.

**JEANTIN (M.)**, *Le rôle du juge en droit des sociétés*, Mél PERROT, Dalloz, 1996, p. 149

**LE CANNU (P.)**, « *L'abus de minorité* », Bull. Joly sociétés, 1986, p. 429.

**MORIN (M.-L.)**, « *Partage et risque de l'emploi : Contribution au débat sur la réforme du droit du travail* », Droit Social n° 7/8 Juillet-Août 2000 n° 2, p. 730.

**MOSSIER (V. L.)**, « *L'abus toléré : à la recherche d'une autorégulation* », Gaz. Pal. 19 déc. 2009.

**PAGNUCCO (J. V.)**, « *L'obligation à la dette de l'associé indéfiniment responsable*, » RTD com. 2012, p. 55.

**PAILLUSSEAU (J.)**, *La modernisation du droit des sociétés commerciales*, D. 1996, chron.

**PAILLUSSEAU (J.)**, *Entreprise, société, actionnaires, quels rapports ?* D. 1999 ch. p. 97.

**PAILLUSSEAU (J.)**, *L'efficacité des entreprises et la légitimité du pouvoir*, Petites affiches, 9 juin 1996, n° 74, p. 157.

**PAILLUSSEAU (J.)**, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Paris, Sirey 1967.

**PAILLUSSEAU (J.)**, *Les fondements du droit moderne des sociétés*, JCP, 1984, I., n° 3148

**PIROVANA (A.)**, *La « boussole de la société, Intérêt commun, Intérêt social, Intérêt de l'entreprise ?* D. 1997, chrono, p. 189.

**REBOUL (N.)**, *Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'affectio societatis*, Rev. Sociétés 2000, n°3, p. 425.

**SCHAPIRA (J.)**, *L'intérêt social et le fonctionnement des sociétés anonymes*, RTD com., 1971.

**SCHIMDT (D.)**, Entretien de Nantre de 1995, éd. E. II. supplé. CDE. p. 15-18. **MERLE (P.)**, *Droit commerciale, sociétés commerciales*, 8<sup>ème</sup> éd., Précis Dalloz, 2001.

**SCHMIDT (D.)**, *De l'intérêt commun des associés*, JPC 1994, I, n°3793, p. 440.

**SCHMIDT (D.)**, *De l'intérêt social*, JPC 1995, éd. E, I, n° 488, p. 361 et ss.

**SOH FOGNO (D. R.) et TALLA (C.)**, « *L'APPORT EN INDUSTRIE EN DROIT DES SOCIETES COMMERCIALES DE L'OHADA : Réflexion sur un vide juridique* », publié aux Annales FSJP de l'Université de Dschang, T. 13, 2009, pp. 199-226.

**STORCK (J-P.)**, *La continuation de la société par l'élimination d'un associé*, Rév. Sociétés, 1982, p. 242.

**VEZINET (A.)**, « *la position des juges sur l'intérêt social* », Dr. et patrimoine, avr. 1997, p. 50.

**WANE (D. Y.)**, « *La place des salariés dans la société commerciale Ohada* », Revue africaine des Sciences Politique et Sociales, Sept. 2018 n° 18, p. 399.

**WANE (D. Y.)**, *La réforme du droit Ohada des sociétés commerciales : modernisation du droit applicable ou conformisme législatif ?* Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique, Publié en janvier 2016, consulté le 12 jan. 2018, disponible sur <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/la-reforme-du-droit-ohada-des.html>.

WATT (M.), *Concurrence d'ordres juridiques et conflits de loi de droit privé*, Mélanges Lagarde, Paris, Dalloz 2005.

#### **IV. LA JURISPRUDENCE**

Arrêt n° 00112 du 28 juin 1995 inédit in R. D. GNAHOUI, *L'intérêt de l'entreprise et des droits des salariés*, Ohadata D-04-31, p. 10 et ss.

*Banque Courtois c/ SCI pour La Location*, cit. par G. VIDALENC, art. préc. – 375 ;  
C. cass., 12 déc. 1981

C. Sup. Cameroun , arrêt n°21/civ du 15 juill. 2010 : OHADATA J-12-242 in OHADA, *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2016 p. 427.

CA Abidjan, arrêt n° 376 du 2 mars 2004, Ohadata J-04-489. De même des associé représentant le cinquième du capital peuvent aussi demander l'expertise de gestion ;

CA Abidjan, ch. civ. et com., arrêt n° 427 du 20 mai 2005, Ohadata J-09-352.

CA Dakar, arrêt n°211 du 31 mars 2000, inédit in R. D. GNAHOUI, art. précitée., Ohadata D-04-31, p. 10 et ss.

CA Lomé, arrêt n° 43/09 du 17 mars 2009, Ohadata J-10-169 et TPI Douala-Ndokoti, ordonnance n°231 du 12 mai 2005, Ohadata J-07-189 in *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2016 p. 413.

CA Paris, 22 mai 1965, JCP 1965, II, n° 14274 bis, concl. Avoc. Gén. NEPVEU., D. 1968, chron., p. 45, R. COTIN

CA Paris, 26 juin 1990, Fromagerie Bel, JCP 1990, éd., E, II, n° 15915, note M. GERMAIN, *Rev. sociétés* 1990, p. 613, note M. BOISARD, *Bull Joly* 1990., p. 755 note P. Le CANNU, *RTD com.* 1990. p. 594, note Y. REINHARD.

CA versailles 12è ch., 30 sept 1999, *Bull. Joly* 2000, p. 426, obs. p. SCHOLER.

CA Versailles, 17 déc. 1995, *Bull. Joly* 1996, p. 308, note P. Le CONNU :

CA, Centre-Yanoudé, arrêt n° 75/civ/04-05 du 17 nov. 2004

CA. Paris, 27 janv. 1995, *Bull, Joly* 1995, p.334 note B. STEMMER, *Petites Annonces*, 14août 1995, n° 97, p. 7, note D. DESURVIRE

Cass. civ 2<sup>ème</sup>, 30 mars 2000, *RJDA* 2000, n° 873.

Cass. civ. 3, 22 mai 1975, *J.C.P.*, 1976 – II – 18346 D. RANDOUX, note sous

Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 10 mars 1976, *Rev. Société* 1997, p. 305

Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 8 nov. 1976, *Rév. Sociétés* 1977, p. 285, note C. ATIAS.

Cass. com, 27 juin 2000, *JCP* 2000, éd. E., II, p. 1806, obs A. VIANDIER et J. J. CAUSSIN

Cass. com. 10 févr. 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 767, obs. J. J. DAIDRE :

Cass. com. 23 janv. 1978.*Rév. sociétés*, 1978, p. 737 ;

Cass. com. 6 mai 1974, *JCP* 1974, II. n° 17859, note J.-J. BUROT, *Rév. Sociétés* 1974, p.524

Cass. com. 8 fév. 2000, <sup>11</sup> R. BAILLO, note sous, *Bull, Joly* 2000, p. 663.

Cass. com. 9 avril 1996, *Rev. Sociétés*1997, p. 81, note F. BENAC-SCHMITD ;

Cass. com. fr, 1<sup>er</sup> juil. 2003, pourvoir n° 99-19328 : *Bull Joly Sociétés* 2003, n°11, p. 1137 note A. CONSTANTIN aussi V. Cass. com. fr., 18 avril 1961 : D. 1961, jur. p. 661.

Cass. com., 18 avril 1961, *JCP* 1961, n° 12164,

Cass. com., 20 janv 1970. *JCP* 1970, II, n° 16541, note B. OPPETIT, *RTD com.* 1970,p. 738, note R. HOUIN, R. SAINT-ALARY et Cl. CHAMPAUD, *rev. sociétés* 1970, p. 292, note J. G.

Cass. com., 21 jan. 1997, JCP 1997, éd., E, II, n°936, note Y. GUYON ; TRD com. 1997, p. 469, note B. PETIT et Y. REINHARD.

Cass. com., 21 oct. 1997, RJDA 1/98, n° 67 ; Bull. Joly 1998, p. 40, note P. CANNU.

Cass. com., 22 avril 1976, D. 1977, p. 1977, p. 4 note J. Cl. BOUSQUET

Cass. com., 26 janvier 1993 ; G. VIDALENC, Société en nom collectif et sociétés civiles. Cession de parts. Garanties sur actifs sociaux (à propos de), J.C.P., N, 1995 – doct. – 375 – n° 40 in Maître D. ANTINE, Avocat au Barreau de Nice et Enseignant, art. précité.

Cass. com., 3 juin 1986, Rev. Sociétés 1986, p. 585, obs Y. GUYON ;

Cass. crim, 26 mai 1994, Bull. crim. n° 206 ; Bull. Joly 1994, p. 1295, p. 771, note B. BOULOC

Cass. soc. 17 avril. 1991, D. 1991. IR., p.139 ;

Cass. Soc., 1er décembre 1993

Cass. Soc., 2 décembre 2008 (Manpower) :

Cass. Soc., 20 juin 2007 (Espace Gym) « *La participation du salarié au fonctionnement de la société anonyme en droit OHADA* » disponible sur <https://www.memoireonline.com> consulté le 23 nov. 2018 à 00 h 03.

Cass. Soc., 29 janvier 1992 ; ; Cass. Soc., 17 sept 2008 (Odorup);

Cass.civ. 3<sup>ème</sup>, 2 mars 1994, Rev. sociétés 1995, p. 41, note P. DIDIER.

Cass.com, 21 janvier 1970, JPC 1970, Cl, II, n° 89285, p.1225 note B. OPPETIT,

Cass.com., 19 mai 1987, JCP 1987, éd., E, I, n° 16959, obs, A. VIANDIER et J. J. COUSSIN,

Cass.com., 1<sup>er</sup> décembre 1987, Rev sociétés 1988, p. 237, note P. Le CANNU.

Cass.com., 2 juillet 1985, Rev sociétés 1986, p. 231, note P. Le CANNU ;

CCJA n° 034/2008/PC du 03 juil. 2008 : *GD-CCJA*, p. 121 note de R. N. TEMGWA ;

CCJA n°015/2005 du 24 fév. 2005, *GD-CCJA*, p. 159. ; M-A NJANDEU née MOUTHIEU, Ohadata J-05-360 ;

CCJA, arrêt n° 004/2014 en date du 30 juin 2014 in OHADA,

CCJA, 1<sup>ère</sup> ch., Arr. n°142/2017, 29 juin 2017 in OHADA, *Traité, Actes uniformes, Règlements de procédure et d'arbitrage, jurisprudence annotée*, éd. 2018, JURIAFRICA, p. 317.

CCJA, arrêt n° 015/2005 du 24 fév. 2005 : GD-CCJA, Ohadata J-05-360.

CCJA, arrêt n° 018/2005 du 31 mars 2005, GD-CCJA, p.171, obs M. A MOUTHIEU ; Ohadata J-05-370.

CCJA, arrêt n° 082/2013 du 20 nov. 2013 ;

CCJA, arrêt n°056/2013 du 14 juin 2013. Elle est régie par les dispositions des art. 159 et s. de l'AUSCGIE.

Civ. 1, 19 mai 1987 ; D., 1987 – 445 – obs. L. AYNES in Maître D. ANTINE, Avocat au Barreau de Nice et Enseignant, art. précité.

Civ. 1, 19 mai 1987, D., 1987, L. AYNES, com. sous som. 445

Civ. 1, 19 mai 1987, L. AYNES, com. sous D., 1987, som. 445 ;

civ. 1987. 182, n° 54., F. Zénati, RTD

Civ. 2<sup>e</sup> 28 janv. 1954, D. 1954 217, note G. LEVASSEUR ; JCP 1954, II, 7978, concl. Lemoine, in V. J. V PAGNUCCO, art. Préd cité RTD com. 2012, p. 55.

Civ. 2<sup>e</sup> 28 janv. 1954, D. 1954 217, note G. LEVASSEUR ; JCP 1954, II, 7978, concl. Lemoine, in V. J. V PAGNUCCO, art. Préd cité RTD com. 2012, p. 55.

Civ. 2<sup>e</sup> 28 janv. 1954, D. 1954 217, note G. LEVASSEUR ; JCP 1954, II, 7978, concl. Lemoine, in V. J. V PAGNUCCO, art. Préd cité RTD com. 2012, p. 55 ;  
 Com., 26 janv. 1993 ; Banque 1993, n° 537 , note sous J.-L. GUILLOT.  
 Com., 26 janv. 1993, Banque, Mai 1993 – n° 537 – 92 L. GUILLOT, note sous in Maître D. ANTOINE, Avocat au Barreau de Nice et Enseignant, art. précité.  
 Cour d’Appel de Dakar, arrêt n°211 du 31 mars 2000, inédit in R. D. GNAHOUI, *L’intérêt de l’entreprise et des droits des salariés*, Ohadata D-04-31, p. 10 et ss.  
 Cour de Paris du 10 janvier 1991, Bull. Joly 1991, p. 301 n° 92 note Trassard  
 Crim., 12 déc. 1994 ; Bull. Joly, 1995 – D. RANDOUX, note préc. ;  
 Pau, 15 mars 1991 S.A Pinault Pyrénées c/ Goset : Cah. jurisp. Aquitaine 1991-1992  
 TGI Bobo Dioulasso, jugement n° 74 4 avril 2004 : Oadata J-05-234 in *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2016 p. 413.  
 TGI Moungo, ordonnance n° 04/CC du 27 janv. 2006 : Ohadata J-07-140 in *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2016 p. 413.  
 TR Niamey, jugement civil n°96 du 26 mars 2003 : Ohadata J-04-78 in OHADA,  
 TRHC Dakar, ordonnance de référé n° 1671 du 23 décembre 2002 ; Ohadata J-03-186, in OHADA, *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2016 p. 437.  
 TRHC de Dakar, jugement du n° 1832 du 7 déc. 1999, Ohadata J-04-25  
 Trib. Com., Paris, 1<sup>er</sup> Août 1974, p. 685, note B. OPPETIT ; RTD com. 1974, p. 130, obs. R. HOUIN, confirmée dans l’affaire RIVOIRE et CARRET LUSTUCRU

## V. LES CODES ET LEGISLATIONS

Code français du travail

Loi du 24 octobre 1980 créant une distribution d’actions en faveur des salariés des entreprises et les principes du droit français.

Loi n° 97-17 portant Code du travail du Sénégal.

Code de la famille du Sénégalais

Code Civil Français

L’Acte uniforme révisé portant Droit Commercial Général

L’Acte uniforme révisé portant organisation des procédures collectives d’épurement du passif est adopté le 10 sep. 2015 et entré en vigueur le 24 déc. 2015.

L’Acte uniforme portant droit des sociétés commerciales et du groupements d’intérêt économique

Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l’activité et l’égalité des chances économiques (la « Loi Macron ») a été publiée au Journal Officiel du 7 août 2015.

L’ordonnance n° 2016-131 portant modification du Code civil français

Code des Obligations Civiles et Commerciales

Loi n°2017-27 du 28 juin 2017 portant création des tribunaux de commerce au Sénégal

Avant projet d’Acte Uniforme sur le droit du travail

OHADA, *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2016

OHADA, *Traité, Actes uniformes, Règlements de procédure et d’arbitrage, jurisprudence annotée*, éd. 2018, JURIAFRICA

## TABLE DES MATIERES

<b>DEDICACE</b> .....	<b>II</b>
<b>REMERCIEMENTS</b> .....	<b>III</b>
<b>LISTE DES SIGLES, ABREVIATIONS ET ACRONYMES</b> .....	<b>IV</b>
<b>SOMMAIRE</b> .....	<b>VI</b>
<b>INTRODUCTION</b> .....	<b>I</b>
<b>TITRE I : L'INTERET SOCIAL, L'INTERET DES ASSOCIES</b> .....	<b>11</b>
CHAPITRE I : L'INTERET SOCIAL, UNE APPROCHE CONTRACTUELLE EN DROIT DES SOCIETES .....	12
Section I : L'intérêt social, fondement de la constitution de la société commerciale.....	12
Paragraphe I : Les exigences du contrat de société .....	12
<b>I. La mise en commun des apports</b> .....	12
<b>A. La nature des apports en droit Ohada</b> .....	12
<b>B. Le régime juridique des apports</b> .....	14
<b>II. La participation aux résultats de la société</b> .....	16
<b>A. Le partage de bénéfice ou du profit de l'économie</b> .....	16
<b>B. La contribution aux pertes de la société</b> .....	18
Paragraphe II : La prise en compte de l'intérêt commun des associés .....	19
<b>I. La réalisation de l'intérêt commun des associés</b> .....	19
<b>A. La définition de l'intérêt commun des associés</b> .....	19
<b>B. Les manifestations de l'intérêt commun des associés</b> .....	21
<b>II. La méconnaissance de l'intérêt commun, violation de l'intérêt social</b> .....	22
<b>A. La violation de l'intérêt commun des associés</b> .....	22
<b>B. La violation de l'intérêt social</b> .....	24
Section II : L'intérêt social, finalité du fonctionnement de la société commerciale .....	26
Paragraphe I : La validité des pactes extrastatutaires .....	27
<b>I. Les règles relatives aux clauses extrastatutaires</b> .....	27
<b>A. Les clauses relatives au renforcement de l'actionnariat entre associés</b> .....	27
<b>B. Les clauses relatives à la gestion de la société</b> .....	29
<b>II. L'encadrement des clauses extrastatutaires</b> .....	31
<b>A. L'encadrement légal et statutaire des clauses extrastatutaires</b> .....	31
<b>B. Les sanctions relatives aux clauses extrastatutaires</b> .....	32
Paragraphe II : La consécration de la liberté contractuelle .....	34

<b>I. La liberté contractuelle dans la société en participation</b> .....	34
<b>A. L'intérêt commun au niveau de l'existence de la société en participation</b> .....	34
<b>B. L'intérêt commun au niveau du fonctionnement de la société en participation</b>	36
<b>II. La liberté contractuelle dans la société par actions simplifiée</b> .....	37
<b>A. La liberté de principe dans la société par actions simplifiée</b> .....	37
<b>B. Les exigences posées par le législateur Ohada</b> .....	39
CHAPITRE II : L'INTERET SOCIAL, UN LEVIER AU PROFIT DES ASSOCIES .....	41
Section I : L'intérêt social, un instrument de protection des associés .....	41
Paragraphe I : L'intérêt social, instrument de préservation de l'affectio societatis.....	41
<b>I. La définition de l'affectio societatis</b> .....	42
<b>A. Les approches de l'affectio societatis</b> .....	42
<b>B. L'affectio societatis au regard de l'article 4 de l'AUSCGIE</b> .....	43
<b>II. L'utilité de l'affectio societatis</b> .....	45
<b>A. L'utilité de l'affectio societatis dans les sociétés unipersonnelles</b> .....	45
<b>B. L'utilité de l'affectio societatis dans les sociétés pluripersonnelles</b> .....	46
Paragraphe II : L'intérêt social, instrument de préservation de l'intérêt commun en cas de divergences d'intérêts entre associés.....	48
<b>I. L'abus de majorité en droit Ohada</b> .....	48
<b>A. La caractérisation de l'abus de majorité</b> .....	48
<b>B. La place de la rupture d'égalité dans l'abus de majorité</b> .....	50
<b>II. L'abus de minorité ou d'égalité en droit Ohada</b> .....	51
<b>A. La caractérisation de l'abus de minorité ou d'égalité</b> .....	51
<b>B. La place de la rupture d'égalité dans l'abus de minorité ou d'égalité</b> .....	52
Section II : L'intérêt social, un moyen d'actions pour les associés.....	53
Paragraphe I : La procédure d'alerte, moyen d'information au profit des associés .....	54
<b>I. Les conditions d'ouverture de la procédure d'alerte</b> .....	54
<b>A. L'alerte déclenchée par les associés</b> .....	54
<b>B. L'alerte déclenchée par le commissaire aux comptes</b> .....	56
<b>II. Les points d'ombre de la procédure d'alerte</b> .....	57
<b>A. Les interrogations relatives à la procédure d'alerte</b> .....	58
<b>B. Les points « à prendre en charge »</b> .....	59
Paragraphe II : La demande d'expertise de gestion, moyen de contrôle au profit des associés	60
<b>I. Les conditions d'ouverture de la demande l'expertise de gestion</b> .....	60
<b>A. Le domaine de la demande d'expertise de gestion</b> .....	61
<b>B. L'exigence préalable de la détention d'un pourcentage du capital</b> .....	62

<b>II. La procédure de l'expertise de gestion</b> .....	64
<b>A. La compétence juridictionnelle</b> .....	64
<b>B. Les missions de l'expert désigné</b> .....	66
<b>TITRE II : L'INTERET SOCIAL, L'INTERET DE L'ENTREPRISE</b> .....	<b>69</b>
CHAPITRE I : L'INTERET SOCIAL, UNE APPROCHE INSTITUTIONNELLE EN DROIT DES SOCIETES OHADA .....	70
Section I : L'intérêt social, l'intérêt de la personne morale.....	70
Paragraphe I : La notion de la personne morale .....	70
<b>I. L'existence de la personnalité morale</b> .....	70
<b>A. Les théories sur l'existence de la personnalité morale</b> .....	70
<b>B. L'acquisition de la personnalité morale en droit Ohada</b> .....	72
<b>II. Les questionnements sur l'existence de la personnalité</b> .....	73
<b>A. L'état de la personne morale</b> .....	73
<b>B. L'absence d'altérité entre la personne morale et les membres du groupe constituant</b> .....	75
Paragraphe II : L'intérêt de la personne morale en droit Ohada.....	77
<b>I. L'existence d'intérêts propres à la personne morale</b> .....	77
<b>A. L'autonomie de l'intérêt de la personne morale</b> .....	77
<b>B. La différence de l'intérêt social et de l'objet social</b> .....	79
<b>II. Les conséquences de l'existence d'un intérêt propre à la personne morale</b> .....	81
<b>A. La prééminence de l'intérêt de la personne morale sur les intérêts catégoriels</b> .....	81
<b>B. L'analyse jurisprudentielle de l'autonomie de la personne morale</b> .....	83
Section II : L'intérêt social, l'intérêt d'une entité économique .....	84
Paragraphe I : La notion d'entreprise en droit.....	85
<b>I. Les méthodes d'approches de la notion d'entreprise</b> .....	85
<b>A. L'approche technique de la notion d'entreprise</b> .....	85
<b>B. L'approche organisationnelle de la notion d'entreprise</b> .....	86
<b>II. L'entreprise, une cellule économique à préserver</b> .....	87
<b>A. L'affaire Fruehauf France</b> .....	87
<b>B. Les conséquences de la décision de l'affaire Fruehauf-France</b> .....	89
Paragraphe II : Les contours de l'intérêt de l'entreprise .....	90
<b>I. La définition de l'intérêt de l'entreprise au regard de sa fonction</b> .....	90
<b>A. La thèse de la théorie de l'entreprise</b> .....	90
<b>B. La détermination de l'intérêt de l'entreprise</b> .....	91

<b>II. L'intérêt social, fondement de la restriction des pouvoirs des dirigeants sociaux</b>	
93	
<b>A. Les sanctions des auteurs de la violation de l'intérêt social.....</b>	<b>93</b>
<b>B. Les sanctions des actes passés au mépris de l'intérêt social.....</b>	<b>95</b>
CHAPITRE II : L'INTERET SOCIAL, UN FONDEMENT DE L'INTERVENTION DES TRAVAILLEURS DANS LA VIE DE LA SOCIETE .....	97
Section I : Une intervention affirmée en droit Ohada .....	97
Paragraphe I : La recherche de l'intérêt de l'entreprise par la participation du salarié à la vie sociale.....	98
<b>I. Les conditions exigées pour le cumul de mandat.....</b>	<b>98</b>
<b>A. L'effectivité du contrat de travail .....</b>	<b>98</b>
<b>B. L'autorisation et l'approbation préalables au cumul de mandat .....</b>	<b>100</b>
<b>II. Les conséquences du cumul de mandat .....</b>	<b>102</b>
<b>A. Le cumul de mandat régulier .....</b>	<b>102</b>
<b>B. Le cumul de mandat irrégulier .....</b>	<b>103</b>
Paragraphe II : La recherche de l'intérêt de l'entreprise par l'attribution gratuite d'actions au salarié.....	105
<b>I. Les conditions générales relatives à l'attribution gratuite d'actions .....</b>	<b>105</b>
<b>A. Les conditions relatives aux actions attribuées .....</b>	<b>106</b>
<b>B. Le respect de l'intangibilité du capital social.....</b>	<b>107</b>
<b>II. L'obligation de libération de ces actions .....</b>	<b>108</b>
<b>A. Les débiteurs de l'obligation de libération .....</b>	<b>108</b>
<b>B. Les sanctions de l'inexécution de l'obligation de libération .....</b>	<b>109</b>
Section II : Une intervention limitée en droit Ohada.....	110
Paragraphe I : Les tendances à reconsidérer dans l'intérêt de l'entreprise.....	111
<b>I. Les attermoiements du législateur Ohada .....</b>	<b>111</b>
<b>A. Les actions dénuées du droit de vote.....</b>	<b>111</b>
<b>B. Les actions dénuées du droit au dividende.....</b>	<b>112</b>
<b>II. Les actions vidées de leur substance .....</b>	<b>113</b>
<b>A. Le régime des actions attribuées aux salariés .....</b>	<b>114</b>
<b>B. La question des bénéficiaires des actions attribuées .....</b>	<b>115</b>
Paragraphe II : Les nouvelles tendances dans l'intérêt de l'entreprise.....	116
<b>I. L'accroissement de la participation des salariés à la gestion sociale .....</b>	<b>116</b>
<b>A. L'octroi de nouveaux droits aux salariés.....</b>	<b>116</b>
<b>B. L'instauration du comité d'entreprise.....</b>	<b>117</b>

<b>II. La participation financière des salariés.....</b>	<b>119</b>
<b>A. Le modèle de participation au capital social .....</b>	<b>119</b>
<b>B. La mise en œuvre du modèle de participation .....</b>	<b>120</b>
<b><i>CONCLUSION.....</i></b>	<b><i>123</i></b>
<b><i>BIBLIOGRAPHIE.....</i></b>	<b><i>125</i></b>
<b><i>TABLE DES MATIERES.....</i></b>	<b><i>131</i></b>