

Le Juge Et Le Contrat De Société En Droit OHADA

Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat de société face à l'emprise du juge ?

BAMANGA DAGA GUIDAKRE

Doctorant en droit privé à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques

Moniteur à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques

Moniteur à la Faculté des Sciences de l'Education

Université de Ngaoundéré – Cameroun

Email : bamanga06@gmail.com

Resume — Longtemps considérée comme contrat, la société a toujours été soumise aux pouvoirs excessifs du juge. Ce dernier, du fait de son emprise tend peu à peu à assouplir le caractère intangible du contrat de société. Aujourd'hui, il est observé une relative résistance du principe d'intangibilité du fait de la liberté contractuelle et de la force obligatoire du contrat de société. Cependant, en face d'une difficulté d'exécution, l'intervention du juge devient accrue. Le juge met ainsi en berne le principe d'intangibilité dans toute ses formes. Il devient dès lors le maître du contrat de société à la place des associés. C'est ce qui atténue la force de ce principe. Le juge assure alors la continuité de l'exécution du contrat de société ou sa rupture lorsque les circonstances l'exigent. Ce qui n'est guère appréciable, d'où la nécessité d'un réaménagement de ces pouvoirs.

Mots clés — contrat de société - droit OHADA - intangibilité - juge - emprise.

SUMMARY— Long considered a contract, the company has always been subject to the excessive powers of the judge. The latter, because of its grip gradually tends to soften the intangible nature of the company contract. Today, there is a relative resistance to the principle of inviolability due to contractual freedom and the binding force of the partnership contract. However, in the face of a difficulty in execution, the intervention of the judge becomes increased. The judge thus half-masted the principle of intangibility in all its forms. He therefore becomes the master of the company contract in place of the partners. This is what mitigates the strength of this principle. The judge then ensures the continuity of the execution of the partnership contract or its termination when the circumstances require it. Which is hardly appreciable, hence the need for a reorganization of these powers.

Keywords— company contract - OHADA law - intangibility - judge - control.

INTRODUCTION

1. « (.) hier, c'était le législateur qui était censé remettre en cause le concept de contrat et aujourd'hui, c'est le juge qui l'a relayé pour appuyer de funestes prédictions de ruine. Pourtant, on sait que les cassandres du contrat ont subi le sort inverse de l'héroïne grecque : leurs prédictions ont été écoutées mais ne se sont pas réalisées »¹. Cette aphorisme traduit à suffisance l'effritement du sacro-saint principe de l'intangibilité des contrats. Malgré l'assurance de Me Alain FENEON, comme quoi, « le principe suivant lequel l'opportunité des décisions sociales excède les pouvoirs de l'autorité judiciaire a été respecté par l'Acte uniforme de l'OHADA sur les sociétés commerciales, et le juge ne peut diriger la société à la place du ou des gérants »², force est de constater l'asservissement du contrat de société³ par

¹ F. ROUVIERE, « la remise en cause du contrat par le juge », HAL Id : halshs-01143152, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01143152>, 20 April 2015, p.1.

² A. FENEON, « la mésentente entre associés dans les sociétés anonymes Ohada : prévention et mode de règlement » *Revue Penant* 848, p.272.

³ Au sens de l'article 4 de l'AUDSCGIE la société commerciale est créée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une activité des biens en numéraires ou en nature dans le but de partager les bénéfices ou de profiter de l'économie qui pourrait en résulter. Les associées s'engagent à contribuer aux pertes dans les conditions prévues par l'acte uniforme. De cette définition identique à celle de l'article 1832 alinéa 1^{er} du code civil français, l'on peut déduire que la société est un contrat et qu'elle peut d'ailleurs avoir la dénomination de « contrat de société ». Tel est la position partagée par Dieunedort NZOUABETH pour qui, la société tel qu'elle est définie par l'article 4 de l'AUDSC GIE est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent « d'affecter à une activité des biens en nature, dans le but de partager le bénéfice ou d'en profiter de l'économie qui pourra en

le juge. En effet, nombreuses sont les décisions dans lesquelles les juges ont annulé les délibérations issues des assemblées, ont pris des initiatives en lieu et place des associés. Choquée, la doctrine dans sa portion majoritaire est montée au créneau pour dénoncer l'immixtion du juge en matière contractuelle. Selon les partisans de cette doctrine, le contrat de société est l'émanation de la volonté des associés et, partant, doit échapper à l'ingérence de toute personne tierce⁴ au pacte social. Ce principe d'interdiction tel que posé s'impose à tous y compris le juge. Que ce soit à sa formation ou à son exécution, le juge n'a pas à intervenir⁵ dans le contrat de société. Ce faisant, seuls les associés peuvent prétendre à une prise de décision relative à l'exécution du contrat de société. Pourtant, l'ingérence du juge dans le contrat de société n'a pas que des inconvénients.

2. En émettant une réserve à ce principe posé par cette opinion dominante, qui interdit l'immixtion du

résulter ». Cf. **D. NZOUABETH**, *les litiges entre associées*, thèse de doctorat, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, mars 2005, p.3 ; cette conception fut tout de même partagée par Philippe MERLE. Ce dernier assimile la société à un contrat. Cf. **P. MERLE**, *droit commercial : Sociétés commerciales*, 20^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2017, p. 77 ; le Pr MODI KOKO BEBEY Henri estime pour sa part que, depuis le code civil de 1804, la société est définie comme un contrat (article 1832) et que le contrat de société tire sa spécificité de la volonté que doit exprimer chaque associé, à travers la souscription puis la réalisation de son apport. Cf. **H. MODI KOKO BEBEY**, « présentation de l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », *ERSUMA*, formation des experts du conseil permanent de la comptabilité du Congo (CPCC) sur le droit OHADA, inédit, p.2.

⁴ E. A. MOHO FOPA, « les associées, parents pauvres de la prévention des difficultés des entreprises dans l'espace OHADA », *ANNALE de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques*, Université de Dschang, Tome 13, 2009, p. 293.

⁵ Selon une opinion dominante, le juge n'a pas à s'immiscer dans le fonctionnement de la société. Celle-ci demeure l'affaire des associées, qui sont les seules aptes à apprécier l'opportunité d'une décision par rapport à l'intérêt social, en vertu de la liberté contractuelle qui gouverne la rédaction des statuts. Le juge ne peut pas diriger la société à la place des associés et gérants. Cf. **TOBOSSI Thierry Donald (A)**, « l'intervention du juge dans le droit des sociétés commerciales OHADA », www.ohada.com, Ohadata D-17-14 p 11. ; **M. DIAKATE, I. SAMBE**, « regard croisé sur l'intervention du juge dans la vie des sociétés commerciales », www.ohada.com, Ohadata D-04-34, p.1.

juge dans le contrat de société⁶, il est possible de reconnaître sa contribution dans certains cas extrêmes⁷. C'est le cas lorsque les divergences naissent entre les associés qui commencent à défendre chacun un intérêt personnel et égoïste⁸ en lieu et place de la collaboration dans un esprit de fraternité, autour d'un intérêt social commun.⁹ Dans cette hypothèse, seule une personne étrangère au conflit, en l'occurrence le juge, sera invitée dans l'optique d'anticiper sur les éventuels blocages¹⁰. Un auteur a d'ailleurs pu reconnaître que « *les associés peuvent, en cas de paralysie des organes de gestion, saisir à tout moment le juge afin d'obtenir la désignation d'un administrateur provisoire* »¹¹. Le juge participe alors au rétablissement des relations d'affaires déséquilibrées, sanctionne certains agissements des associés ou des dirigeants qui entachent la bonne gestion de la société. L'intervention du juge dans le contrat de société se révèle comme une action salutaire en ce qu'il assure une protection de l'intérêt social¹².

3. Dans le fond, ce qui motive l'intervention du juge, c'est la disparition de l'*affectio societatis*¹³. Bien que l'intervention du juge soit louable, des inquiétudes subsistent à propos de l'assouplissement du principe d'intangibilité du contrat de société du fait de son

⁶ **M. DIAKATE, I. SAMBE**, précité, p1 et **E. A. MOHO FOPA**, précité.

⁷ Les mésententes entre associées, la violation d'une norme impérative des actes uniformes, la mauvaise gestion du patrimoine de la société et les difficultés financières ou l'incapacité de la société à satisfaire ses créanciers dans les délais.

⁸ Pour marteler sur la question, Dieunedort NZOUABETH rappelle qu'on assiste parfois, au sein de certaines sociétés, à une véritable bataille entre associés, hypothéquant le plus souvent le pacte social. **D. NZOUABETH**, *les litiges entre associés*, op.cit., p.2.

⁹ **M. DIAKATE, I. SAMBE**, « regard croisé sur l'intervention du juge dans la vie des sociétés commerciales » op.cit., p.2.

¹⁰ Ibid.

¹¹ **A. FENEON**, précité.

¹² **A. TOBOSSI Thierry Donald** « l'intervention du juge dans le droit des sociétés commerciales OHADA », op.cit. p.12.

¹³ Une analyse précise démontre à suffisance que la quasi-totalité des mésententes dans l'exécution du contrat de société puise ses sources de la crise ou de la disparition de l'*affectio societatis* entre les associés. L'*affectio societatis* est un élément fondateur et indispensable. Etant, une traduction de l'état d'esprit qui doit animer chaque associé, l'*affectio societatis* est notion qui s'impose à tous sans exception pour assurer une continuité du contrat de société. Cf. **D. NZOUABETH**, *les litiges entre associés*, op.cit., p.4. ; **P. MERLE**, *droit commercial : sociétés commerciales*, 20^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2017, p.73.

emprise. Toutefois, aucune incursion du juge n'est faite *ex nihilo*.¹⁴ Elle est de prime à bord une exigence légale et requise par les associés. En évitant, de rester figé à cette conception des choses, et prenant en compte l'étendu des missions du juge, son intervention en ce domaine est non seulement déterminée par les textes mais aussi forgée par lui à travers son pouvoir de *jurislatio*¹⁵. *Légitime dévient alors la question de savoir que reste-t-il de l'intangibilité du contrat de société ?* La réponse à cette question semble mitigée. Nombreuses sont les décisions dans lesquelles le juge a recherché la volonté et le sens des conventions formées entre les parties. Certaines situations font en sorte qu'il s'accapare de l'affaire des parties. C'est peut-être ce qui explique d'une part la prudence du juge dans l'examen des actes sociaux et d'autre part, son immixtion accrue dans les entreprises en difficultés. La quête du juste¹⁶ est certainement l'élément qui guide le juge.

4. Bref, pour lever l'équivoque sur l'emprise du juge comme facteur explicatif de l'amenuisement de l'intangibilité du contrat de société, nous examinerons les actes uniformes en la matière et les décisions judiciaires dans lesquelles l'on observe l'emprise du juge sur le contrat de société. Cette étude revêt un double intérêt : théorique et pratique. *Primo*, sur le plan théorique, ce sujet nous renseigne sur les contours du pouvoir du juge dans les sociétés afin d'évaluer les risques. *Secundo*, sur le plan pratique, ce sujet est une occasion d'apprécier les possibilités d'investissement en connaissant les divers acteurs impliqués dans la chaîne.

5. Mener une étude sur le rapport entre l'emprise du juge et le principe d'intangibilité du contrat de société exige, au préalable, un exposé sur la relative résistance du principe d'intangibilité du contrat de société face à l'emprise du juge (I) avant que l'on ne s'attarde sur le déclin progressif de ce principe d'intangibilité du contrat de société face à l'emprise du juge (II).

I. LA RELATIVE RESISTANCE DU PRINCIPE D'INTANGIBILITE DU CONTRAT DE SOCIETE FACE A L'EMPRISE DU JUGE

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Il s'agit là du pouvoir créateur du juge. C'est ce qui a encouragé le Pr Serge Patrick LEVOA AWONA a affirmé que : « *ayant l'obligation de juger alors que la loi est muette, ou obscure, le juge est du même coup autorisé par la loi a exercé son pouvoir normateur (art 4, code civil). Les situations dans les lesquelles le juge, profitant des lacunes de la loi, a édifié des règles de droit propres existent en nombre considérable.* » Cf. S.P. LEVOA AWONA, « la fongibilité des fonctions législative et juridictionnelle », *Revue de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques*, Université de Ngaoundéré, cahiers juridiques et politiques, 2015, p.175.

¹⁶ V. N. DION, « le juge et le désir du juste » *Recueil Dalloz*, 1999, Chr.p.196.

6. Le droit des sociétés, pris sous l'angle des contrats de société ne saurait se soustraire au principe de la liberté contractuelle. En tant qu'autorité chargée de dire le droit, le juge ne saurait s'immiscer dans les rapports purement contractuels à moins qu'il ne soit invité par les partenaires au contrat en cause. Il est cependant à préciser que, dans les statuts¹⁷ considérés comme contrat de société¹⁸, les associés ont le pouvoir de déterminer les éléments essentiels à l'existence du contrat de société¹⁹ et peuvent, par voie de conséquence, inclure des clauses applicables en cas de litiges entre eux. Il en est ainsi des hypothèses où les associés rédigent des clauses statutaires faisant appel au juge en cas de mésentente pouvant paralyser les actions de la société. Cette exclusion à la fois exaltante et feutrée du juge du contrat de société se justifie par la relative résistance du principe d'intangibilité guidée par l'exigence du respect de la liberté contractuelle (A) d'une part et, l'exigence du respect de la force obligatoire du contrat de société (B) de l'autre.

¹⁷ Article 12 AUDSC GIE « Les statuts constituent soit le contrat de société, en cas de pluralité d'associés, soit l'acte de volonté d'une seule personne, en cas d'associé unique ».

¹⁸ Commerciales et coopératives.

¹⁹ Article 13, « les statuts mentionnent :

1. La forme de la société ;
2. Sa dénomination suivie, le cas échéant, de son sigle ;
3. La nature et le domaine de son activité, qui forment son objet social ;
4. Son siège social ;
5. Sa durée ;
6. L'identité des apporteurs en numéraire avec, pour chacun d'eux, le montant des apports, le nombre et la valeur des titres sociaux remis en contrepartie de chaque apport ;
7. L'identité des apporteurs en nature, la nature et l'évaluation de l'apport effectué par chacun d'eux, le nombre et la valeur des titres sociaux remis en contrepartie de chaque apport ;
8. L'identité des apporteurs en industrie, la nature et la durée des prestations fournies par chacun d'eux, le nombre et la valeur des titres sociaux remis en contrepartie de chaque apport ;
9. L'identité des bénéficiaires d'avantages particuliers et la nature de ceux-ci ;
10. Le montant du capital social ;
11. Le nombre et la valeur des titres sociaux émis, en distinguant, le cas échéant, les différentes catégories de titres créées ;
12. Les clauses relatives à la répartition du résultat, à la constitution des réserves et à la répartition du boni de liquidation ;
13. Les modalités de son fonctionnement. »

A. La relative exclusion du juge par l'exigence du respect de la liberté contractuelle

7. A l'image du droit commun des contrats, le droit des sociétés offre la latitude aux futurs associés, après avoir réunis les conditions de formation d'un contrat²⁰ et l'*affectio societatis*, de choisir eux même les éléments essentiels à la conclusion du contrat de société (1), et ceux liés à sa vie (2). Pour confirmer sa prise en compte, la Cour d'Appel d'Ouagadougou a eu à décider dans une affaire sur le fondement de l'article 855 que « *les associés conviennent librement de l'objet, de la durée, des conditions du fonctionnement, des droits des associés, de la fin de la société (.)* »²¹ A côté de cette jurisprudence qui n'est pas constante, il sied de rappeler qu'en cas de faute ou de violation de la législation OHADA en la matière, le juge pourrait s'inviter.

1. L'exclusion feutrée du juge dans le choix des éléments essentiels à la conclusion du contrat de société

8. La liberté contractuelle suppose que chacun puisse choisir au préalable son cocontractant et décider librement des termes de l'accord qui fondera la relation future. Ces exigences propres au droit commun des contrats s'appliquent au droit des sociétés. Il revient aux associés de mettre sur pied un statut dans lequel, ils devront décider de la forme, de la dénomination sociale de l'entité naissante, de la fixation du taux de contribution de chaque futur associé à titre d'apport.²² Ce pouvoir s'étend aussi

²⁰ Outre les caractères fondamentaux qui doivent être réunis, en application de l'article 1108 du civil, quatre conditions étaient également nécessaires pour la validité du contrat ; elles concernent le consentement, la capacité, l'objet et la cause. Cf. P. MERLE, *droit commercial, sociétés commerciales*, op.cit., p.77.

²¹ Cour d'appel de Ouagadougou, Chambre civile et commerciale (BURKINA FASO), Arrêt n°57 du 20 mai 2005, Société togolaise de travaux publics (STTP) c/SAS SA et SOMDA Jean de Dieu Ohada J-09-17.

²² Article 37 AUDSC GIE « chaque associé doit faire un apport », L'apport est un bien qu'un associé s'engage à mettre à la disposition de la société en vue d'une exploitation commune. Reprenant les dispositions de l'article 1833 alinéa 2 du code civil, l'article 40 de l'acte uniforme prévoit de manière limitative que : « chaque associé peut apporter à la société :

- 1) De l'argent, par apport en numéraire ;
- 2) De l'industrie, par apport de main d'œuvre ;
- 3) Des droits portant sur des biens en nature, mobiliers ou immobiliers, corporels ou incorporels, par apport en nature »

On a alors trois sortes d'apports : en numéraire, en nature et en industrie. Lire F. ANOUKAHA, A. CISSE, N. DIOUF, J. NGUEBOU TOUKAM, P-G

dans la répartition des dividendes²³ qui s'effectue généralement, dans les limites du respect des proportions des titres émis par la société²⁴ en contrepartie des apports. Cependant, une distribution fictive des dividendes pourrait constituer une cause d'intervention du juge²⁵.

9. S'agissant du choix de la forme sociétaire, le législateur a réservé ce pouvoir aux associés qui décident en toute liberté.²⁶ Ils ont le choix entre plusieurs formes telles que prévues par les actes uniformes sur le droit des sociétés commerciales²⁷ et celui relatif aux sociétés coopératives²⁸. Le choix de la forme sociétaire est une option qui dépend essentiellement de la volonté des associés, le juge n'a pas à intervenir si l'objet social est licite. Cette liberté

POUGOUE, M. SAMB, *Société commerciales et G.I.E*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p.52 – 53.

²³ J. GATSI, *droit des affaires, droit commercial général, droit des sociétés commerciales*, première édition, presses Universitaires libres, 2006, p. 136.

²⁴ Article 51 AUDSC GIE « La société émet des titres sociaux en contrepartie des apports faits par les associés. Ils représentent les droits des associés et sont dénommés actions dans les sociétés par actions et parts sociales dans les autres sociétés »

²⁵ L'article 889 de l'AUDSC GIE, dispose au sujet de cette infraction que : « encourent une sanction pénale, les dirigeants sociaux qui en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaire frauduleux, auront, sciemment, opéré entre les actionnaires ou les associés la répartition de dividendes fictives », de cette incrimination qui se veut intelligible, il ressort que ladite infraction suppose la réunions de trois éléments fondamentaux : un inventaire fictifs ou frauduleux, une répartition de dividendes et la mauvaise foi des dirigeants sociaux caractérisé. L'intervention du juge aura alors pour finalité de prononcé une sanction pénale au regard des textes de sanctions propre à chaque Etat. Lire R. SOKENG, *droit pénal des affaires OHADA*, Presses MINSI le COMPETING, 1 ère édition, Mars 2007, p.90 ; R. DJILA KOUAYI KEMADJOU, *droit pénal des affaires au Cameroun*, Paris, l'harmattan, 2015, p. 184 ; A. FENEON, *droit des sociétés en Afrique (Ohada)*, LEXTENSO éditions, Paris, LGDJ, 2015, p.593 ; J. LARGUIER, P. CONTE, *droit pénal des affaires*, 9 ème édition, Paris, ARMAND COLIN 1998 ; Lire F. ANOUKAHA, A. CISSE, N. DIOUF, J. NGUEBOU TOUKAM, P-G POUGOUE, M. SAMB, *Société commerciales et G.I.E*, op.cit., p.282.

²⁶ Art 3, AUDSCGIE « toutes personnes, quelle que soit leur nationalité, désirant exercer en société, une activité commerciale sur le territoire de l'un des Etats parties, doivent choisir l'une des formes de société qui convient à l'activité envisagée, parmi celles prévues par le présent acte Uniforme »

²⁷ SARL, S.A, SNC, SAS, S.C.S

²⁸ La société coopérative à forme simplifié et la société coopérative avec conseil d'administration.

est le fondement de toute société. C'est un principe qui est d'ailleurs rappelé par l'article 4 (1) de l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés coopératives.²⁹ Au regard des dispositions dudit Acte Uniforme, il est reconnu de façon univoque aux associés la faculté de déterminer la dénomination de la société. Le législateur OHADA ne donne alors aucune possibilité au juge d'influencer les futurs associés dans l'exercice de leurs prérogatives dont la liberté est de mise.

10. Lorsqu'après la conclusion d'un contrat de société, il est fait état d'un vice consentement³⁰, ledit contrat s'expose à une incursion du juge qui pourrait alors prononcer sa nullité. Cette sanction s'applique aussi lorsque l'un des associés est frappé d'une incapacité au moment de la conclusion du contrat de société³¹. L'illicéité de l'objet et de la cause du contrat de société sont autant de motifs qui justifient l'incursion du juge en aval de l'exécution dudit contrat.

11. Bref, ce qu'il faut souligner c'est que le choix des éléments nécessaire à la conclusion du contrat de sociétés est essentiellement du ressort des futurs associés qui devront le faire en excluant le juge puisque son intervention n'est qu'éventuelle. L'intervention du juge semble être reléguée au second plan dans la conclusion du contrat de société. Cette période est dominée par le principe de liberté et gouvernée par les futurs associés. Cette règle est valide dans le choix des éléments nécessaires à la vie du contrat de société.

²⁹ La société coopérative est un groupement autonome de personne volontairement réunies pour satisfaire leurs aspirations et besoins économiques, sociaux et culturels communs, au moyen d'une entreprise dont la propriété et la gestion sont collectives et où le pouvoir est exercé démocratiquement et selon les principes coopératifs. L'adhésion est volontaire et ouverte à tous. Lire **DELEQUEKER Michel**, *les principes coopératifs : leurs effets sur la gestion des coopératives agricoles*, thèse, Université de Lille, 1969, cité par **J. GATSI**, *le droit Ohada des sociétés coopératives*, Paris, l'Harmattan, 2011, p.17.

³⁰ Le consentement qui est donné par les associés doit être exempt de vice, il faut reconnaître que tous les vices de consentement admis en droit commun des contrats sont les mêmes en droit des sociétés. Il faut qu'il y ait l'intégrité du consentement, la sincérité du consentement, c'est dire que la volonté de s'associer doit être sincère. Elle ne doit pas être simulée (il y a simulation si le contrat de société c'est dire l'acte apparent dissimulait une autre convention secrète voulue en réalité par les parties : contrat de prêt pour échapper à la répression de l'usure ..., est également simulée, la société fictive lire **S. SCHILLER**, *la fraude, nécessaire deus ex machina face à l'évolution du droit des sociétés*, *Rev. Sociétés*, 2014, p.221 cité par Cf. **P. MERLE**, *droit commercial, Sociétés commerciales*, op.cit. p.78.

³¹ La nullité des sociétés pour incapacité d'un associé est beaucoup plus perceptible dans les sociétés constituées en considération de la personne

2. L'exclusion feutrée du juge dans la détermination des éléments essentiels à la vie du contrat de société

12. Le principe de la liberté dans l'organisation et le fonctionnement des sociétés longtemps établi par la jurisprudence³², trouve encore un intérêt de nos jours dans le cadre des sociétés en droit de l'OHADA. Bien que restant fidèle aux prescriptions légales, les associés bénéficient d'une indépendance totale dans le choix du modèle organisationnel de la société. Ce choix repose sur le capital et la forme de société. Une certaine extension du pouvoir des associés est observée dans la détermination de l'objet social.

13. En évinçant le juge, dont l'intervention demeure jusque-là superflue dans la conclusion du contrat de société, les associés disposent d'un pouvoir étendu dans le choix du siège social³³ et des

³² Cour d'appel de Ouagadougou, chambre civile et commerciale (BURKINA FASO), Arrêt n°57 du 20 mai 2005, société togolaise de travaux publics (STTP) c/ SAS sa et SOMDA Jean de Dieu Ohadata J-09-17. Dans cette affaire le juge à rappeler l'intérêt du respect de la liberté des associées dans la détermination des clauses relatives à l'organisation et au fonctionnement des sociétés. Il a pour ainsi dire fait application de l'article 855 de l'AUDSC GIE qui dispose que « les associés conviennent librement de l'objet, de la durée, des conditions de fonctionnement, des droits des associés, de la fin ... ». Cité par **J. ISSA SAYEGH**, *Répertoire Ohada 2006 - 2010 jurisprudences et bibliographie*, UNIDA, p.652.

³³ En effet dans un arrêt de la CCJA, les juges ont rappelé le pouvoir que les associés ont dans le choix et la modification du siège social en dehors de son lieu d'immatriculation. Pour eux, le siège social établi au lieu de son immatriculation, à la constitution peut être modifié ou transféré dans une autre ville au cours du fonctionnement de ladite société ». En quintessence, les juges ont motivées leurs décisions en affirmant que : « (...)Mais attendu que, même si au moment de la constitution de la société IVOIRE COTON, son siège social était situé à Abidjan, lieu de son immatriculation dans le registre du commerce et de crédit Mobilier, aux termes de l'article 27 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, le siège social peut être modifié, pour chaque forme de société, dans les conditions prévues par ledit Acte uniforme pour la modification des statuts ; qu'en affirmant que le siège social d'Ivoire Coton se trouve à BOUAKE à la suite du transfert, comme indiqué dans l'acte de cession rédigé par la requérante elle-même et son confrère Maître OHOUO Assi Gervais, la cour d'Appel n'a violé aucune disposition de l'article 27 de l'article 27 de l'acte uniforme portant sur le droit commercial général ; qu'il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé ; » Cf. Arrêt n°009/2002 du 21 mars 2002, Aff. Maître

organes sociaux dont la place est indéniable lors de l'exécution. Que ce soit dans les sociétés des capitaux³⁴ ou les sociétés de personne³⁵, la nomination des dirigeants sociaux et commissaires aux comptes est du pouvoir des associés, ils le font en toute liberté et selon les besoins qui s'imposent à eux³⁶. Cependant, dans les sociétés anonymes spécifiquement, la nomination d'un commissaire aux comptes est une obligation³⁷ dont ils³⁸ ne sauraient s'abstenir puisqu'elle est d'ordre public. Le juge pourrait intervenir pour assurer le respect de la législation.³⁹

14. La désignation des membres du conseil d'administration pour certaines sociétés constitue une autre expression de la démocratie⁴⁰ sociétaire. Les

BOHOUSSOUG. Juliette c/ Société IVOIRE COTON, JURIDATA N° J009-03/2002 cité dans le *CODE BLEU OHADA*, 3^{ème} édition. P.159.

³⁴ La SARL pluripersonnelle, la SARL unipersonnelle, la Société Anonyme et la société par action simplifiée.

³⁵ La société en nom collectif, la société en commandite simple.

³⁶ Article 424 AUDSC GIE « les modalités de l'élection des administrateurs sont librement fixés par les statuts... »

³⁷ D'après l'article 694 de l'AUDSCGIE « le contrôle est exercé, dans chaque société anonyme, par un ou plusieurs commissaires aux comptes » l'article 702 dispose à ce sujet que : « les sociétés anonymes ne faisant pas publiquement appel à l'épargne sont tenues de désigner un commissaire aux comptes et un suppléant. Les sociétés anonymes faisant publiquement appel à l'épargne sont tenues de désigner au moins deux commissaires aux comptes et deux suppléants » le premier commissaire au compte et son suppléant sont désignés dans les statuts ou par l'assemblée constitutive. Lire **R. SOKENG**, *droit pénal des affaires Ohada*, op.cit., p. 110.

³⁸ Les associés

³⁹ Le juge est celui qui veille à l'application de la loi. De par son pouvoir de dire le droit, il sanctionne tout contrevenant. Pour ce qui est du défaut de nomination du commissaire aux comptes dans les Sociétés anonymes, il pourrait faire application de l'article 897 qui dispose à ce sujet que : « encourent une sanction pénale, les dirigeants sociaux qui n'auront pas provoqué la désignation des commissaires aux comptes de la société... » lire **R. SOKENG**, *droit pénal des affaires Ohada*, op.cit., p. 112.

⁴⁰ Les sociétés commerciales sont aujourd'hui vues de plus en plus comme des démocraties politiques avec leurs pouvoirs législatifs et leur pouvoir exécutif représenté respectivement par les assemblées générales et le conseil d'administration ou de gérance. Lire **MOUNETAGA DIOUF**, *l'intervention du juge dans la vie des sociétés commerciales*, thèse en droit privé, Université CHEIKH ANTA DIOP DE DAKAR, 2007, p.15.

associés procèdent au vote⁴¹ de leurs membres qui feront partie du conseil d'administration sans avoir à saisir le juge. Toutefois, la saisine pourrait avoir lieu si un abus était constaté lors du vote⁴². Ce dernier cas, est une intervention incidente, puisqu'elle n'était pas envisagée dès l'entame, et elle demeure éventuelle. Pour ce qui est des assemblées générales, elles ont pour membre les associés ou actionnaires en fonction du type de société.

15. Compte de tenu de l'attribution du pouvoir d'organisation de la société aux associés ou actionnaires selon les cas, les pouvoirs du juge se trouvent muselés, sans espoir de permettre à ce dernier de se mouvoir si ce n'est qu'exceptionnellement pour les cas d'abus. Le choix des éléments contenus dans le contrat de société semble avoir pour seul maître les associés, l'intervention du juge n'est que subsidiaire voire inexistante.

16. De ces hypothèses évoquées plus haut, il est clair que le juge n'a qu'un pouvoir muselé puisqu'il se doit de respecter ce que les parties ont voulu. Toutefois, son intervention qui, autrefois était restreinte, s'accroît légèrement de par son immixtion dans certains cas, lors de l'exécution du contrat de société.

B. La relative exclusion du juge par l'exigence du respect de la force obligatoire du contrat de société

17. « Le contrat étant un accord de volonté, il est naturel que seuls ceux qui ont exprimé leurs volontés soient liés. A l'égard des autres, les tiers, le contrat a un effet relatif. Cette règle résulte du principe d'indépendance des individus. Chacun gère ses propres affaires. »⁴³. Ces propos de Majorie BRUSORIO – AILLAUD traduisent à suffisance l'idée selon laquelle, lorsqu'on est lié en vertu d'un pacte, il nous revient d'en décider du sort de cet engagement dans l'intérêt de tous sans qu'un tiers ne puisse s'en mêler⁴⁴.

⁴¹ Pour A. FENEON, « En application du principe de la proportionnalité ; chaque action confère un droit de vote proportionnel à la quotité du capital qu'elle représente et donne droit à une voix au moins (article 543 et 551 AUDSCGIE) ». Et il précise en outre que, « toutefois, les statuts peuvent limiter le nombre de voix dont chaque actionnaire dispose dans les assemblées à condition que cette limitation soit imposée à toutes les actions » Cf. **A. FENEON**, *droit des sociétés en Afrique (Ohada)*, op.cit., p.28.

⁴² Abus de majorité et l'abus de minorité. Cf. **MOUNETAGA DIOUF**, *l'intervention du juge dans la vie des sociétés commerciales*, op.cit., pp. 28 – 31.

⁴³ **M. BRUSORIO- AILLAUD**, *droit des obligations*, larcier, collection Paradigme, 5^{ème} édition, 2014, p.243.

⁴⁴ Ibid.

18. En réalité, qu'il s'agisse du contrat considéré au sens premier⁴⁵ ou du pacte social envisagé comme un contrat spécifique⁴⁶, ce principe garde tout son sens et sa plénitude. Partant du fait que le contrat ne produit d'effet qu'entre les parties⁴⁷, on peut hâtivement conclure à l'éviction du juge. Mais, l'effacement du juge n'est qu'apparent.

19. En effet, la force obligatoire du contrat produit trois conséquences⁴⁸, dont la violation pourrait inéluctablement motiver l'intervention du juge. Pour ne retenir que l'une des conséquences, les associés doivent dans le cadre de l'exécution du contrat de société s'assurer de la bonne foi de tous. Le juge se trouve effacer d'une manière peu explicite de l'exécution du contrat de société ceci parce qu'il demeure attaché indirectement aux associés. C'est pourquoi, il paraît judicieux de traiter de l'effacement contrasté du juge dans la prise des décisions relative à l'exécution du contrat de société (1) d'une part et celle de son effacement relatif dans le contrôle des actes d'exécution du contrat de société (2).

1. L'effacement contrasté du juge dans la prise des décisions relative à l'exécution du contrat de société

20. Lorsqu'il est établi qu'une personne a réuni les conditions d'acquisition de la qualité d'associé⁴⁹ en vertu du pacte social dont elle est signataire, cette dernière acquiert des droits et des obligations. De par ses nouvelles prérogatives, l'associé doit participer à la gestion de la société par le biais des décisions qu'il sera amené à prendre⁵⁰. A ce propos, pour exercer en toute quiétude son obligation qui découle du pacte social, il doit au préalable avoir la possibilité d'entrer en jouissance de certains de ces droits fondamentaux⁵¹.

21. En effet, le seul moyen efficace par lequel l'associé accompli ses missions c'est en exerçant son droit de vote qui est à son tour subordonné à une information suffisante. Etant donné que le défaut d'information ou son insuffisance constituent des entraves sérieuses à la qualité de la décision qui sera

prise⁵², il est normal que des mesures de sauvegarde de ces droits soient envisagées. Le juge est très souvent invité à se prononcer sur le sort de ces décisions entachées de vice. L'occasion a d'ailleurs été donnée à la Cour d'Appel d'Abidjan de se prononcer sur la question. Elle a décidé que « *doivent être annulées les délibérations d'une assemblée générale d'une société commerciale tenue en violation des articles 516, 518 et 553 de l'Acte Uniforme sur les sociétés commerciales et le GIE.* »⁵³. Tel a été le cas d'une autre délibération qui fut annulée⁵⁴. Cette règle est valable dans toutes les

⁵² Le juge pourrait par exemple prononcer l'annulation des délibérations ou la responsabilité civile et pénale des auteurs. S'agissant de l'annulation des délibérations, l'article 345 de l'AUDSC GIE prévoit expressément que toute délibération prise en violation du droit de communication des associées peut être annulé. Cependant, en ce qui concerne la responsabilité civile et pénale, outre les principes généraux de la responsabilité civile des dirigeants sociaux prévus par les articles 161 à 171 de l'AUDSC GIE, les articles 330 et suivants donnent aux associés de la SARL pour leur compte ou celui de la société la possibilité d'engager une action en responsabilité civile contre le (s) gérant (s) qui aurait manqué à son (leur) obligation d'information, et ce, quand bien même l'assemblée leur aurait accordé un quitus (article 331 AUDSCGIE). Par ailleurs, l'article 890 de l'AUDSCGIE sanctionne les gérants de la SARL ou de la société de personne qui, sciemment, publient ou présentent aux associées, en vue de dissimuler la véritable situation de la société, des états financiers de synthèse ne donnant pas pour chaque exercice une image fidèle des opérations, de la situation financière et celle du patrimoine de la société à l'expiration de la période. Bref, l'article 890 et 892 sanctionne tous les manquements à l'obligation principale d'information, sincère, véritable. Cf. A. FENEON, droit des sociétés en Afrique (Ohada), op.cit., p.586 - 587.

⁵³ Cour d'Appel d'Abidjan Arrêt n°1121 du 8 aout 2003, la société ASH INTERNATIONAL DISPOSAL et autres (Me NUAN ALIMAN) c/ZOKORA Simplicie (Me SARASSORO et associées). Ohada J-03-320 et Ohadata J-04-99.

⁵⁴ Dans le contenu de la motivation le juge à réitérer le fait que « l'article 349 de l'AUDSCGIE dispose que les décisions collectives ordinaires sont adoptées par un ou plusieurs associés représentant plus de la moitié du capital social ; à défaut de cette majorité et sauf stipulation contraire des statuts, les associés doivent se prononcer une seconde fois et les décisions sont prises à la majorité des votes émis, quelle que soit la proportion de capital représenté. Il y a donc lieu d'annuler les résolutions qui ont été prises à la première convocation d'une assemblée par un associé ne représentant pas plus de la moitié du capital social.

⁴⁵ Contrat de droit commun envisagé à l'article 1101 du code civil.

⁴⁶ Article 4 et 12 de l'AUDSC GIE

⁴⁷ M. BRUSORIO- AILLAUD, *droit des obligations*, précité.

⁴⁸ Le fait que le contrat ait la force obligatoire emporte trois conséquences quant à son exécution : il doit être exécuté de bonne foi, il est irrévocable et intangible. Lire M. BRUSORIO- AILLAUD, *droit des obligations*, op.cit., p. 225.

⁴⁹ Le critère subjectif (*affectio societatis*), le critère objectif (la libération des apports)

⁵⁰ Article 334 : « *Chaque associé a le droit de participer aux décisions et dispose d'un nombre de voix égal à celui des parts sociales qu'il possède. S'il n'y a qu'un associé unique, il prend seul les décisions de la compétence de l'assemblée.* »

⁵¹ Le droit d'information et le droit au vote

sociétés. Pour ne prendre que quelques exemples les plus illustratifs, nous nous intéresserons au régime de prise de décision dans les SARL et les SA.

22. D'après l'acte uniforme sur le droit des sociétés commerciales et des G.I.E, le pouvoir de prise de décision appartient concurremment aux organes de gestion, aux organes de délibération et ceux chargés du contrôle. Il est à rappeler cependant que, le juge est invité à prendre des décisions au sein des sociétés. C'est par exemple le cas pour la fixation de la rémunération d'un dirigeant social en l'absence d'une décision fixant la rémunération de l'ancien gérant d'une société dissoute⁵⁵. Cette position pour juste qu'elle soit, demeure une atteinte sérieuse au principe de l'intangibilité du contrat de société. L'urgence d'une refonte de l'Acte Uniforme dans l'optique de consacrer la mise à l'écart du juge dans le processus de prise de décision se fait sentir. Le législateur pourrait faire du juge l'autorité chargée de convoquer les associés à l'effet de les amener à fixer la rémunération du dirigeant social.

23. L'intangibilité du contrat de société doit être respectée quel que soit les enjeux, tel est la position de la CCJA qui a eu à affirmer que, le juge des référés n'a pas à se prononcer sur la régularité d'une décision de révocation d'un gérant prise en assemblée⁵⁶. Cette jurisprudence qui met en évidence l'incompétence du juge des référés dans l'appréciation de certaines décisions, qui ne relèvent pas de son domaine, constitue assurément une consécration appréciable de l'indépendance et de la force obligatoire du contrat de société.

24. Toutefois, les cas de violation flagrante des droits des décideurs sus évoqués pourraient être interprétés comme une invitation pour le juge⁵⁷. De ce fait, après examen, il est clair que cet effacement du juge dans la prise de décision relative à l'exécution du contrat société n'est qu'une coloration légale. Allant dans le même sens que l'arrêt de la Cour d'Appel de Lyon qui a autorisé le juge à modifier sous certaines conditions la rémunération d'un dirigeant social, la jurisprudence fait état de l'intervention du juge dans la prise de décisions notamment dans la convocation d'une assemblée⁵⁸ et dans l'examen des actes sociaux⁵⁹.

Tribunal Régional de Niamey – Jugement civil n°96 du 26 mars 2003, ABASS HAMMOUD c/ JACQUES CLAUDE LACOUR Ohada J-04-78.

⁵⁵ C.A Lyon, 24 mars 1983, D. Soc, 1984 n°108.

⁵⁶ (CCJA, Arrêt n°008/2003 du 24 avril 2003 (A. K. C./ H. M.), le Juris – Ohada, n°2/2003, avril – juin 2003, p ; 26, note anonyme. Recueil de jurisprudence CCJA, n°1 janvier – juin 2003, p ; 29). Ohadata J-03-194.

⁵⁷ Il est judicieux de rappeler que la simple violation de la loi suffit à justifier son intervention. Seulement, le juge doit au préalable être saisi par l'un ou la totalité des décideurs dont l'exercice des prérogatives ont été empêché par une manœuvre quelconque.

⁵⁸ Article 337 de l'AUDSCGIE « (...) tout associées peut demander la désignation d'un mandataire ad

25. La prise de décision dans le cadre de l'exécution du contrat de société semble cependant ambivalente. Si dans un premier temps, elle relève du pouvoir souverain des associées et du gérant, il est aussi moins anodin de relever la contribution implicite du juge. Le combat devrait donc consister à créer un environnement hostile à l'intervention abusive du juge, en ce sens qu'il faudrait recadrer le juge. Une détermination expresse des frontières de son intervention dans le contrat de société doit être envisagée lors de la prochaine réforme de l'AUDSCGIE. Cet effacement contrasté du juge se poursuit également dans le contrôle des actes sociaux.

2. L'effacement contrasté du juge dans le contrôle des actes d'exécution du contrat de société

26. Le pouvoir de contrôle des actes sociaux appartient en principe au conseil d'administration⁶⁰,

hoc chargée de convoquer l'Assemblée et de fixer l'ordre du jour. » l'application de cette disposition été faite dans une décision de la CCJA, arrêt n°110 /2013 du 30 décembre 2013, Aff. Société Garden Market Services dite GMS SARL contre Monsieur Aboulkader ABDOULRHAMAN ABDOULKADER, JURIDATA N°J110-12/2013.code bleu.

⁵⁹ Lorsque les conditions de tenue d'une assemblée générale sont irrégulières, le juge pourrait annuler les résolutions qui seront prises, sans qu'il ait besoin d'intenter une action en inscription de faux ou en vérification d'écriture que constituerait le procès-verbal. « La Cour d'Appel, à l'instar du premier juge, n'a fait que statuer sur la régularité de l'Assemblée générale extraordinaire et non sur un faux en écriture que constituerait le procès-verbal ; que c'est en usant de son pouvoir souverain d'appréciation qu'elle à constater « que les conditions de tenue de l'assemblée générale n'ont pas été respectées et par conséquent toutes les résolutions qui en sont issues sont nulles. » Cf. CCJA, arrêt n°034/2008 du 03 juillet 2008, Aff. BASSIROU KA, gérant de la société Buretel Maccsyn Technologies C/ Abdoulaye CISSE – Mohamet El Bechir SISSOKO – Djibril CISSE, JURIDATA N°JO34- 07/2008.

⁶⁰ Article 438 de l'AUDSC GIE, « doivent être soumises à l'autorisation préalable du conseil d'administration :

- Toute convention entre une société anonyme et l'un de ses administrateurs, directeurs généraux ou directeurs généraux adjoints ;
- Toutes conventions entre une société et un actionnaire détenant une participation supérieure ou égale à dix pourcents du capital de la société ;
- Toute convention à laquelle un administrateur, un directeur général, un directeur général adjoint ou un actionnaire détenant une participation supérieure ou égale à 10 pourcents du capital de la

aux associés et au commissaire aux comptes. Néanmoins, cette règle connaît quelques insuffisances en présence d'une mésentente au sein de la société. Expriment le caractère illusoire d'autosuffisance des sociétés, MOUNETAGA DIOUF affirme que « *la vie de ces sociétés est en effet à priori très bien règlementée par la loi à travers la mise en place de structures internes, d'organes sociaux et d'un dispositif de sécurité pouvant laisser penser que la société peut naviguer seule dans les eaux trouble de la démocratie* »⁶¹. Ici, l'auteur fait une étude croisée des dispositions des Actes Uniformes d'avec la pratique quotidienne des sociétés. Pour lui, il est difficile voire imaginaire que les sociétés fonctionnent sans secours dans les difficultés diversifiées auxquelles elles font face. Il consolide de ce fait l'intérêt de valider la thèse de l'immixtion du juge dans la sphère contractuelle.

27. En dépit de cette position quasi radicale de MOUNETAGA DIOUF, il est impératif d'étaler le mécanisme de contrôle des actes d'exécution du contrat de société tel que prévu par l'Acte Uniforme sur le droit des sociétés commerciales.

28. S'agissant du pouvoir de contrôle des associés, ils sont admis à interroger les gérants sur le fonctionnement de la société⁶². Il s'agit là, de la mise en œuvre du droit à l'information de l'associé. Le particularisme de ce droit vient de ce qu'il permet aux associés d'exercer leurs pouvoirs de contrôle sur une gestion qu'ils jugent anormale. Ce pouvoir de contrôle a d'ailleurs été confirmé par la jurisprudence⁶³.

société est indirectement intéressé ou dans laquelle il traite avec la société par personne interposée ;

- *Toute convention intervenant entre une société et une entreprise ou une personne morale, si l'un des administrateurs, le directeur général, le directeur général adjoint ou un actionnaire détenant une participation supérieure ou égale à dix pourcent du capital de la société est propriétaire de l'entreprise ou associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, administrateur général, administrateur général adjoint, directeur général, directeur général adjoint ou autre dirigeant social de la personne morale contractante .»*

⁶¹ MOUNETAGA (D), *l'intervention du juge dans la vie des sociétés commerciales*, op.cit., p. 19.

⁶² C'est ce qui ressort de l'article 157 et 158 de l'AUDSCGIE ; l'article 157 dispose que « *dans les sociétés autres que les sociétés par actions, tout associé non gérant peut (2) fois par exercice, poser par écrit des questions au gérant sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation* ». L'article 158 quand elle dispose que « *dans une société anonyme, tout actionnaire peut, deux fois par exercice, poser les questions au président du conseil d'administration, au président directeur général ou à l'administrateur général, selon les le cas, sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation* ».

⁶³ Un associé convaincu d'un fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de la

Comme sus évoqué, le commissaire au compte dispose d'un pouvoir étendu dans le contrôle des actes sociaux et décisions prises par les représentants de la société. Étant celui qui est en constant contact avec les documents financiers, il se doit d'assurer un contrôle permanent des

société doit, au lieu de saisir directement le juge des référés aux fins de désignation d'un administrateur provisoire faute d'urgence, poser des questions y relatives au gérant ; la nomination d'un administrateur provisoire ne pouvant intervenir qu'en présence de faits de nature à paralyser le fonctionnement de la société. c'est ce confirme la CCJA lorsqu'elle s'est prononcées en ces termes « (...)mais, attendu que contrairement aux griefs faits de l'arrêt attaqué de la cour d'Appel d'Abidjan, celle-ci a plutôt relevé, pour statuer comme elle l'a fait, que la demanderesse au pourvoi, « Madame Mirelle PARLALIDIS reproche à la gérante dame BLANC , de n'avoir pas convoqué d'assemblée générale ordinaire ; cependant, relativement à l'exercice 2003/2004, il y a lieu de relever que la sus nommée n'a même pas attendu l'expiration du délai de 06 mois prévu à l'article 348 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, pour assigner la gérante devant le juge des référés, pour obtenir ladite assemblée ; par ailleurs, si dame PARLALIDIS était effectivement convaincue de faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de la société S2PO, elle aurait dû depuis lors, en application des dispositions de l'article 157 de l'Acte susvisé, poser par écrit des questions y relatives à la gérante ; or, elle ne l'a pas fait, laissant apparaître qu'en espèce, rien n'urgeoit pour saisir le juge de référés, de surcroit, il est de jurisprudence constante, que seuls des faits paralysant le fonctionnement de la société sont de nature à justifier la nomination d'un administrateur provisoire ; or , en l'espèce, Dame PARLALIDIS ne démontre nullement que la société S2PO est paralysée ; bien au contraire, il est prouvé par des productions, que les bilans et comptes ont toujours été correctement tenus ; en plus, l'imminence de la liquidation de la société n'a pas été rapportée, il en résulte que c'est à tort que le premier juge a statué comme il l'a fait » qu'il résulte de ce qui précède, que c'est après avoir considéré tous les éléments du dossier et souverainement apprécié les faits de l'espèce, que la Cour d'Appel d'Abidjan a conclu que c'est à tort que le premier juge a procédé à la nomination d'un administrateur provisoire, par l'ordonnance entreprise ; qu'ainsi, en infirmant en toutes ses dispositions ladite ordonnance, l'arrêt attaqué ne viole en rien les dispositions des textes visées aux moyens ; qu'il échet en conséquence, de rejeter le pourvoi comme non fondé ». Cf. CCJA, arrêt n°034/2007 du 22 novembre 2007, Aff. Mireille PARLALIDIS c/ 1°/FOUQUIER Françoise Marie épouse ; 2°/BLANC André Joseph ; 3°/Société de Publicité et de Promotion par l'Objet dite « S2PO » SARL, JURIDATA N°J034 - 11/200. Code Bleu.

mouvements financiers de la société. L'objectif poursuivi ici est celui d'éviter que la société se retrouve dans une situation financière complexe rendant impossible la continuité de l'exploitation. Les pouvoirs du commissaire aux comptes sont tirés de la combinaison des articles 150⁶⁴, 153⁶⁵ et suivant de l'AUDSGIE.

29. Au vu de cette répartition des pouvoirs lors de l'exécution du contrat de société, il est évident que le juge ne figure nullement. Les abstentions ou les fautes de services pourraient néanmoins justifier son incursion. Nonobstant les prescriptions légales, on se rend compte que le juge intervient dans le contrôle de certains actes sociaux, notamment les actes de convocation d'une assemblée générale.

30. En effet, les juges ont retenu leurs compétences dans certaines matières comme celle de la modification de l'ordre du jour d'une assemblée générale à travers la suppression de certains points de l'ordre du jour, plus grave encore leurs suspensions⁶⁶. Les raisons évoquées pour ces interventions sont aussi diversifiées que variées. Les juges estiment qu'ils ont le droit de suspendre l'ordre du jour d'une assemblée si des soupçons portent sur l'irrégularité des actes qui seront prises⁶⁷. Cette conception qui se veut protectrice de l'intérêt social et des associés minoritaires tend à assujettir le principe

⁶⁴« Le commissaire aux comptes, dans les sociétés autres que les sociétés anonymes, demande par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception des explications au gérant qui est tenu de répondre, dans les conditions et délais fixés aux articles suivants, sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation qu'il a relevé lors de l'exercice de sa mission »

⁶⁵« Le commissaire au compte aux comptes, dans une société anonyme et dans une société par action simplifiée, peut engager une procédure d'alerte en demandant par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception des explications au président du conseil d'administration, au président directeur général ou à l'administrateur général, selon les cas, sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation qu'il a relevé lors de l'examen des documents qui lui sont communiqués ou dont il a connaissance à l'occasion de l'exercice de sa mission. »

⁶⁶ Cass. Com 11 juin 1954 ; J. C P G. 1954, II, 8397 ; Bull civ, III n°203 ; D. 1962 somm. P. 31 – C.A Paris, 14 juin 1988 : D. 1988, P. 505, note A. VIANDIER. T. com. TOULOUSE, ref, 12 Aout 1993 Bull Joli 1994, p. 169, note RUFF et BARBIERI.

⁶⁷ La jurisprudence ayant déjà admis la suspension judiciaire d'une assemblée s'il y a risque d'annulation et défaut d'information des actionnaires. Cf note sous T. com. Paris ord. Ref. 26 avril 1999, la semaine juridique Entreprise et affaires n°29 – 22 juillet 1999, P.1245 S.

de l'intangibilité dont le respect s'impose⁶⁸. Ainsi, à défaut d'interdire au juge de telle intervention, le législateur pourrait par ailleurs, règlementer l'exercice de ce pouvoir en définissant les conditions dans lesquelles il doit se déployer.

31. De ce qui précède, il ressort que le rapport entre le juge et le contrat de société révèle une influence relative. Toutefois, une extension de son emprise est observée dans certaines hypothèses.

II. LE DECLIN PROGRESSIF DU PRINCIPE D'INTANGIBILITE DU CONTRAT DE SOCIETE FACE A L'EMPRISE DU JUGE

32. S'il est constant de nos jours que la conclusion et l'exécution du contrat de société relèvent dans une moindre mesure du ressort des associés ; il est cependant important de noter que la survie de ce contrat dépendra impérativement, en cas de difficulté, de la contribution du juge. A ce propos, le Professeur Henri MODI KOKO BEBEY affirme que : « le juge ne doit entrer dans la vie de la société qu'à travers la fenêtre d'une crise »⁶⁹.

33. Le juge, qui autrefois, intervenait avec circonspection, intervient désormais de manière hardie dans le contrat de société. Un accroissement notable de son pouvoir et un affaiblissement avéré du principe d'intangibilité du contrat de société est désormais perceptible. Le juge est donc admis à intervenir pour assurer la continuité de l'exécution du contrat de société en cas de crise (A). Cette contribution du juge dans la survie du contrat de société n'empêche en nullement qu'il prononce sa rupture dans certains cas (B).

A. L'immixtion du juge en cas de difficulté d'exécution du contrat de société

34. Traditionnellement, le juge n'a pas à intervenir dans les sociétés. Toutefois, deux situations peuvent motiver son intervention de manière à asservir le contrat de société. Il s'agit de la mésentente entre associés et l'éventualité d'une crise financière. L'assujettissement du contrat de société en raison de la mésentente entre associés (1) ou en raison d'une crise financière (2) constituent les deux idées qui vont jalonner notre exposé.

1. L'assujettissement du contrat de société par le juge en raison de la mésentente entre associés

⁶⁸ C'est ce qui encourage TOBOSSI, affirmer qu'en principe le juge n'as le pouvoir de modifier l'ordre du jour des lors que, l'assemblée a été convoqué par l'une des personnes reconnues compétentes par la loi. A. TOBOSSI Thierry Donald « l'intervention du juge dans le droit des sociétés commerciales Ohada », op.cit., p.18.

⁶⁹H. MODI KOKO BEBEY, entretien publié dans journal du messenger, www.gne.net. Net cité D. MOUNETAGA, « réflexion sur l'administration provisoire de société en droit sénégalais » nouvelles annales africaines, p.229.

35. La mise sur pied d'une entité de production économique comme l'est la société commerciale est louable en soi, sauf qu'elle n'est pas à l'abri des querelles⁷⁰. D'un côté, les associés majoritaires qui veulent imposer leurs décisions aux minoritaires et de l'autre côté, les minoritaires qui empêchent la prise des décisions importantes pour la réalisation de l'objet social⁷¹. De ces situations, il est certain, qu'aucune ne favorise la continuité de l'exécution du contrat de société. La saisine du juge à l'effet de constater ces situations fort préjudiciables pour la société peut donner lieu à des sanctions⁷². L'existence d'une mésentente entre associés est donc l'une des raisons suffisantes pour expliquer l'intervention du juge dans les rapports contractuels. Il suffit que l'affaire soit portée à la connaissance du juge par un associé ou une pluralité d'associés pour qu'il puisse les « décoiffer » de leurs « casquettes » de maître. Dès lors, le juge devient « l'empereur » de la société. Il décide de la continuité ou non de l'exécution du contrat de société.

36. En pratique, l'intervention du juge consisterait à analyser la situation de l'entreprise pour pouvoir déterminer avec exactitude la nature de la mésentente et son impact sur la survie du contrat de société. C'est d'ailleurs ce qui ressort d'une décision dans laquelle le juge a décidé que « *considérant que E évoque une mésentente non caractérisée entre lui et G, gérant de la COLBICO, ainsi que le fait que cette société serait laissée à l'abandon et la non tenu d'Assemblée Générale ; que cette mésentente ou conflit n'étant pas, en l'espèce, de nature à paralyser le fonctionnement actuel de COLBICO, ne saurait justifier la nomination d'un administrateur judiciaire (.)* »⁷³.

⁷⁰ DIOUF MOUNETAGA reconnaît en cela une idée avérée, il a ainsi affirmé que, parce qu'elle, (la société) est un contrat unissant des personnes qui poursuivent toutes un objectif d'ordre économique et parce qu'elle (la société) est également une personne morale ou les décisions de la majorité s'imposent aux minoritaires, la société est fréquemment le théâtre de conflits internes qui atterrissent devant les juridictions. Cf. **D. MOUNETAGA**, *l'intervention du juge dans la vie des sociétés commerciales*, op.cit. p.19.

⁷¹ S'agissant par exemple du comportement des majoritaires, le droit Ohada des sociétés le qualifie d'abus de majorité et celui des minoritaires, d'abus de minorité. Ces agissements sont tous incriminés et réprimés par les textes régissant le droit de sociétés. ...

⁷² Il s'agit de l'AUDSC GIE d'une part et des textes de sanctions de certaines infractions contenues dans les actes uniformes propre à chaque Etat comme c'est le cas avec la loi sénégalaise n°98-21 du 26 Mars 1998 ; la loi camerounaise n°2003/08 du 10 juillet 2003...

⁷³ Cour d'Appel de Daloa, 2eme Chambre civile et commerciale, Arrêt n°85 du 29 mars 2006, Affaire : E. c/ SOCIETE CIVILE D'EXPLOITATION

37. S'il est établi que la mésentente entre associé est suffisante pour paralyser le fonctionnement de la société, deux possibilités s'offrent au juge. La première est celle de désigner un administrateur provisoire et la seconde est celle de nommer un expert de gestion en vue d'évaluer l'impact des actes de gestion qui ont été probablement la cause de la mésentente. Exceptionnellement, certaines décisions attestent qu'il y a des hypothèses où le juge prononce cumulativement ces deux mesures pour le compte d'une même société.⁷⁴ Il s'agit donc de l'ouverture de l'administration provisoire⁷⁵ et de l'autorisation d'une expertise de gestion ou encore de la nomination d'un administrateur ad hoc.

38. S'agissant de ces derniers, tous deux nommés par le juge, il a été démontré que leurs missions ne présentent pas la même étendue. L'administrateur ad hoc possède pour sa part un mandat précis alors que celui de l'administrateur provisoire va jusqu'au dessaisissement des organes légaux de gestion à son profit. Ainsi, s'agissant de l'administration provisoire, il est à noter que le juge peut l'ordonner quel que soit la forme de la société⁷⁶.

39. Le but ultime de l'octroi légale du pouvoir d'ouverture de l'administration provisoire au juge est celui de consacrer une institution jugée efficace en cas de difficultés graves au sein de l'entreprise. Il revient au juge d'encadrer le recours à cette institution qui permet d'éviter les dérives et les abus. À ce propos, il est normal de déduire que l'objectif ici, c'est celui d'assurer la bonne marche de la société.

FORESTIERE DE l'Ouest dite SCEFO - SARL - Le Juris Ohada n°40. Observation ISSA - SAYEGH, Ohadata J-08-87.

⁷⁴ Cf. Tribunal de Première Instance de Bafang, Ordonnance de référé N°27/ORD/CIV/TPI/2007, Affaire Sieur NOUBICIER Léon c/ Sieur NGAMAKO Michel.

⁷⁵ Selon Alain FENEON, l'administration provisoire prend tout son sens uniquement en période de crise, puisqu'elle a pour finalité de remédier au dysfonctionnement de gestion de la société par la nomination d'un administrateur provisoire. Ce dernier a vocation à n'intervenir qu'en cas de crise, sur décision de la juridiction compétente. Cf. **A. FENEON**, *droit des sociétés en Afrique (Ohada)*, op.cit., p.42.

⁷⁶ Les articles 160 - 1 à 160 - 8 ne limite pas le champ d'application de l'administration provisoire. Leurs positionnements dans la partie I de l'AUDSC GIE, qui comprend les dispositions générales applicables aux sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique, permet de conclure à la possibilité d'ouvrir une procédure d'administration provisoire dans toutes les sociétés commerciales, quel que soit leurs formes ou leurs objets. Lire à ce propos **A. FENEON**, *droit des sociétés en Afrique (Ohada)*, op.cit. p.45.

40. La mise en œuvre de cette procédure indéniable à la survie du contrat de société semble intervenir sur demande des associés et suivant les conditions posées à l'article 160-1⁷⁷ et confirmer par les décisions judiciaires à l'instar de celle rendues par la Cour d'Appel d'Abidjan. En l'espèce, le juge a été saisi à la suite d'une paralysie nettement constatée dans une société de suite d'une mésentente entre associés. Le juge après examen a estimé qu'« *en cas de litige entre associé d'une société, la nomination d'un administrateur provisoire au sein de celle-ci est subordonnée à l'existence d'une paralysie dans son fonctionnement. A défaut, la demande de nomination n'est pas nécessaire et les organes dirigeants demeurent toujours en fonction* »⁷⁸.

41. La paralysie de la société constitue comme on l'a constaté avec la décision citée précédemment, une exigence impérative n'admettant aucune dérogation. La preuve de la paralysie doit être rapportée sous peine de rejet.⁷⁹ Elle s'impose au juge, son absence peut expliquer un refus de nomination d'un administrateur provisoire⁸⁰. Cette reconnaissance du pouvoir de nomination de l'administrateur provisoire au juge s'accompagne d'une obligation de

⁷⁷ « Lorsque le fonctionnement normal de la société est rendu impossible, soit du fait des organes de gestion, de direction ou d'administration, soit du fait des associés, la juridiction compétente statuant à bref délai, peut décider de nommer un administrateur provisoire aux fins d'assurer momentanément la gestion des affaires sociales. »

⁷⁸ Cour d'Appel d'Abidjan, Arrêt n°258 du 25 février 2000, Bulletin Juris Ohada, n° 1/2002, janvier 6 Mai 2002, P.42, note note anonyme ; Ohada jurisprudences nationales, n°1, décembre 2004, p.67. Ohadata J-02-132.

⁷⁹ Cette règle a fait l'objet d'un rappel par un juge. pour lui, « les conditions de nomination d'un administrateur ne sont pas réunies, des lors que le demandeur ne rapporte pas la preuve de faits paralysant le fonctionnement de la société. Cour d'Appel d'Abidjan, 4^{ème} Chambre Civile et Commerciale, Arrêt n°641 du 17 juin 2005 ? Affaire : Mme F. épouse B. Et un autre c/ Mme P. le Juris Ohada N°2/2007, P.34. Ohadata J-08-79.

⁸⁰ « La nomination d'un administrateur provisoire n'est admise qu'en cas de mésintelligence paralysant le fonctionnement des organes sociaux. Il n'y pas lieu d'y procéder des lors que les organes de la société fonctionnement, se réunissent régulièrement et délibèrent conformément aux statuts de ladite société » Cf. Cour suprême de Cote d'Ivoire ; Chambre judiciaire, arrêt N°123/07 du 9 mars 2007, la société YARA WEST AFRICA, la Société YARA France (Me Theodore HOEGAGAH st Michel ETTE) c/ la société de financement et de participation de Cote d'Ivoire dite SFPI (Me Jules Avlessi). Actualité juridiques, n°57, p.150. Ohadata J-09-296.

précision des missions et celle de mettre fin à ses fonctions.

42. La nomination d'un mandataire ad hoc, quant à elle n'est admise qu'en cas de carence des organes de gestion censés convoquer régulièrement les assemblées. C'est ce qui ressort de la décision du tribunal régional hors classe de DAKAR. En l'espèce, le juge, saisi d'une demande en constatation de carence du gérant, a procédé à la nomination d'un mandataire. En substance, le juge affirme qu'« *en vertu des dispositions de l'article 337 alinéa 3 de l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du G.I.E, le juge des référés a compétence pour désigner un mandataire pour convoquer une assemblée générale ordinaire pour pallier la carence du gérant statutaire.* »⁸¹.

43. Cette nomination au même titre que celle de l'administration provisoire est conditionnée à l'apparition des circonstances grave perturbant le fonctionnement de la société. Il appartient donc au juge, de motiver sa décision en précisant en quoi la mésentente entre associés paralyse la direction ou met en péril la société⁸². A cela, il faut ajouter que, la nomination d'un mandataire ad hoc ne peut se faire lorsqu'une expertise de gestion a été préalablement ordonnée.⁸³

44. A la différence de la nomination de l'administrateur provisoire et du mandataire ad hoc, la finalité de la nomination de l'expert de gestion⁸⁴ est beaucoup plus spécifique. L'expertise de gestion a pour objectif principal de mettre en lumière les actes de gestion querellés⁸⁵ et donc considérés comme nonavenus par les associés. C'est ce que Béranger Yves

⁸¹ Tribunal régional hors classe de Dakar, audience du 28 octobre 2002, Jugement n°1364, Papa Balle DIOUF contre Mamadou SY). Ohadata J-05-39.

⁸² Voir sur ce point la jurisprudence FRANCAISE Cass. Com. 24 mai 199, n°92 - 21699. Bull, Joly 1994, p. 789 ; Cass com, 17 janvier 1989 : *Rev sociétés* 1989. 9./ 909 note Guyon. Sur l'ensemble de la question. Voir G. Bolard : Administration provisoire et mandat ad hoc : du fait au droit, *JCP*, Ed. G, 1995. 1, n°3882 cité par A. FENEON, « la mésentente entre associés dans les sociétés anonymes Ohada : prévention et mode de règlement », op. cit.p.273.

⁸³ Tribunal régional de NIAMEY - ordonnance de Référé N°296 DU 31 décembre 2002 ? ABASS HAMMOUD c/ JACQUES CLAUSE LACOUR. Ohadata J-04-79.

⁸⁴ L'expert de gestion serait d'après Béranger Yves MEUKE, un mandataire « ad hoc » chargé d'une mission ponctuelle et temporaire de contrôle de société. Cf. B. Y. MEUKE, « l'information des actionnaires minoritaires dans l'O.H.A.D. A : réflexion sur l'expertise de gestion », www.ohada.com, Ohadata D-05-56., p.4.

⁸⁵ B. Y. MEUKE « l'information des actionnaires minoritaires dans l'O.H.A.D. A : réflexion sur l'expertise de gestion », op.cit. p.3.

MEUKE nous fait remarquer lorsqu'il affirme que « *le législateur de l'OHADA a fait de la transparence dans la gestion des sociétés commerciales un enjeu majeur et l'institution qu'est l'expertise de gestion s'inscrit à n'en point douter dans cette optique, toute la problématique étant ici, celle de la protection de l'intérêt social.* »⁸⁶. A cet effet, le juge ne peut ordonner l'expertise de gestion que lorsqu'il est saisi préalablement par les associés. Ladite saisine peut intervenir à l'initiative d'un associé minoritaire, ou celle d'un groupement d'associés. le juge peut de ce fait nommer un ou plusieurs expert(s).

45. Il est dorénavant avéré que, les pouvoirs étendus du juge viennent consolider l'idée de sa toute puissance⁸⁷ dans la survie du contrat de société en cas de survenance des difficultés d'exécution.

2. L'assujettissement du contrat de société par le juge en raison d'une crise financière

46. Toute société quel que soit sa forme ou sa taille est constituée des apports des uns et des autres. C'est grâce à ces apports que ladite entité fonctionne en toute quiétude. Or, la libération et la disponibilité des apports ne suffisent pas à mettre l'entreprise à l'abri des difficultés financières. Lorsqu'elles se posent, la société tombe sous le coup de la législation sur les procédures collectives d'apurement du passif.

47. Selon cette législation, l'existence d'une crise financière suffit à déclarer cette situation à la juridiction compétente. Plusieurs procédures peuvent alors participer à la remédiation du problème. Le règlement préventif, le redressement judiciaire en sont les exemples illustratifs.

48. S'agissant du premier cas, particulièrement dans le règlement préventif consensuel⁸⁸ qui devrait en principe constituer l'affaire des parties et du conciliateur, le juge a fait son incursion. Selon les propos du Pr Yvette Rachel KALIEU ELONGO, « *le rôle du tribunal est surtout d'accompagner les parties dans ce processus de traitement amiable* »⁸⁹. Il s'agira alors pour le juge de recevoir et d'examiner la requête

d'ouverture de la conciliation,⁹⁰ de désigner un conciliateur en fixant les modalités de sa rémunération. Il homologue enfin l'accord que propose le débiteur⁹¹ de concert avec les créanciers⁹².

49. De toute évidence, l'homologation de l'accord entraîne d'office la suspension des poursuites dirigées contre le débiteur et, un report de l'échéance des paiements. Le juge connaît en outre tout contentieux relatif à l'inexécution de l'accord. Tel n'est pas le cas lorsqu'on est en présence d'un règlement préventif judiciaire. De son intitulé, cette procédure est le propre du juge, il gouverne toutes les étapes nécessaires de ce plan palliatif des difficultés financières.

50. Lorsqu'il reçoit une requête tendant à l'ouverture d'un règlement préventif, le président du tribunal, juge des procédures préventives, prend une ordonnance dans laquelle, il suspend les poursuites individuelles et désigne un expert chargé de dresser un rapport sur la situation économique et financière de l'entreprise,⁹³ ainsi que ses perspectives de redressement⁹⁴. En cas de dépôt tardif des rapports, la responsabilité de l'expert sus évoqué pourrait être prononcé. Il peut arriver que le juge proroge simplement les délais de dépôt d'une durée de trois mois si des situations impérieuses le commande⁹⁵. L'objectif est alors d'éviter la cessation de paiement. Si le juge homologue le concordat préventif, il pourra désigner un juge commissaire chargé de surveiller son exécution.⁹⁶ La décision d'homologation du concordat entraîne *ipso facto* la fin de la mission de l'expert.⁹⁷ Il est à noter cependant que, le pouvoir du juge est trop étendu dans cette phase.

51. Lorsque le tribunal constate qu'une entreprise en difficulté est en état de cessation de paiement mais

⁸⁶ B. Y. MEUKE, « la notion d'opération de gestion au sens de l'article 159 de l'A.U.S.C GIE de L'OHADA : réflexion à la lumière du droit français » www.ohada.com, Ohadata D-05-57, p.1.

⁸⁷ Cf. B. DOMBA, *le juge pénal face la toute-puissance du ministère public en procédure pénale Camerounaise*, mémoire de master, Université de Ngaoundéré, 2016 – 2017. P.3.

⁸⁸ Encore appelé conciliation, elle est une procédure à but préventif en ce qu'elle est destinée à éviter la cessation de paiements de l'entreprise débitrice afin d'effectuer, en tout ou partie, sa restructuration financière ou opérationnelle pour la sauvegarder. Cf. Y. R. KALIEU ELONGO, *le droit des procédures collectives de l'OHADA*, Yaoundé, PUA, 2016, p.64.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Article 5 – 2 de l'acte uniforme relatif aux procédures collectives et à l'apurement du passif.

⁹¹ L'homologation consiste ici à soumettre l'accord des parties au juge pour exequatur. La juridiction statue à huis clos.

⁹² Y. R. KALIEU ELONGO, *le droit des procédures collectives de l'OHADA*, op.cit., p.69.

⁹³ Tribunal de commerce de Pointe noire, jugement avant dire droit n°171 du 12 avril 2002, Compagnie Aérien Inter transport c/ Divers créanciers. Ohadata J-13-97

⁹⁴ J.M. NYAMA, *Memento du droit de l'entreprise en difficultés Ohada*, CERFOD- Edition, 2011, p.18.

⁹⁵ CCJA, Avis N°01/2009/EP du 15 Avril 2009, JURIDATA N° J01-04/2009. ;

⁹⁶ M. FILIGA SAWADOGO, *droit des entreprises en difficultés*, JURISCOPE, Bruxelles, bruyant, 2002, p.380.

⁹⁷ « *La décision de la juridiction compétente homologuant le concordat préventif met fin à la mission de l'expert rapporteur sous réserve des dispositions de l'article 17 ci-après. Toutefois, la juridiction compétente peut désigner un syndic et des contrôleurs chargées de surveiller l'exécution du concordat préventif...* » article 16 de l'Acte Uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif.

qu'elle a proposé un concordat sérieux, il se doit de prononcer sa mise en redressement judiciaire et désigner les organes en charge de la conduire.⁹⁸ A l'image de la jurisprudence suscitée, lorsque la cessation de paiement est nettement constatée, le juge est en droit d'ouvrir une procédure de redressement ou de liquidation. Une fois de plus, la procédure est monopolisée par le juge.

52. Le redressement judiciaire et la liquidation des biens constituent alors deux procédures dont l'objectif est de trouver une solution à la cessation de paiement de l'entreprise. Or, pour ce deuxième cas, le sauvetage de l'entreprise ne peut être assurée. Il sera donc question de s'appesantir sur le redressement⁹⁹ comme moyen judiciaire de protection de la continuité exploitation.

53. L'ouverture du redressement judiciaire est faite par le juge soit sur saisine d'office soit sur saisine des créanciers, du débiteur, des héritiers du débiteur ou à la demande de tout associé indéfiniment et solidairement obligé au passif social. S'agissant de la première condition, relative à la saisine d'office, on se rend compte que le juge détient un pouvoir excessif. Il contrôle autant l'ouverture et que la conduite du redressement. Le juge constate l'état de cessation des paiements du débiteur, prononce soit la liquidation des biens soit le redressement judiciaire. Il nomme par ailleurs un ou plusieurs syndics, un juge commissaire et, le cas échéant, des contrôleurs choisis parmi les créanciers.

54. Cependant, une critique est formulée à propos de l'auto-saisine du juge des procédures collectives. Si son intervention est justifiée par le souci de protection de l'intérêt général comme le soutiennent certains auteurs, il est aussi important de relever le fait qu'elle constitue une violation grave des droits du débiteur et, dans une certaine mesure ceux des créanciers. Un examen du pouvoir d'auto-saisine du juge démontre à suffisance que le juge est le seul maître de la procédure. La société débitrice et les créanciers ne sont que des étrangers appelés à subir la procédure engagée. Le juge pourrait par exemple ignorer un créancier chirographaire. C'est tout ce qui encourage en fait, une refonte nouvelle du droit des procédures collectives. Le maintien de cette modalité d'intervention dans l'acte uniforme réformé de 2015 se veut inconstitutionnelle au sens du juge français. Il paraît d'ailleurs opportun d'envisager des aménagements nouveaux pour un meilleur encadrement de la saisine d'office afin d'éviter qu'elle

⁹⁸ Tribunal de Grande Instance du Moundou, jugement N°32/CIV du 17 avril 2008, affaire madame FANKOU SIMO c/ La société FARMER'S SAVING AND INVESTMENT COMPAGY (F.S.I.C), note Yvette KALIEU ELONGO, professeur, Ohadata J-09-247.

⁹⁹ Le redressement judiciaire est une procédure destinée à la sauvegarde de l'entreprise et à l'apurement de son passif au moyen d'un concordat de redressement. Cf. J.M. NYAMA, *Memento du droit de l'entreprise en difficultés Ohada*, op.cit., p.23.

ne s'oppose davantage au principe du dispositif¹⁰⁰ qui milite en faveur de la maîtrise de l'instance par les parties.

55. Une fois de plus, la toute-puissance du juge se renforce. L'ouverture du redressement judiciaire a pour corollaire la mainmise judiciaire sur tous les biens présents et à venir du débiteur. Ce dessaisissement du débiteur se caractérise par une impossibilité pour ce dernier de conclure des actes de disposition ou même des actes d'administration opposable aux créanciers.¹⁰¹ Les biens qui rentrent dans l'assiette du dessaisissement sont diversifiés, il s'agit des actions¹⁰², des biens présents¹⁰³, des biens à venir¹⁰⁴ et des droits¹⁰⁵.

56. A l'examen de ces pouvoirs variés du juge dans le redressement judiciaire, il est donc assez explicite que le juge est un acteur incontournable dans le sauvetage des sociétés *in malis*. La privation de la procédure par le juge semble de taille, aucune étape de la résolution des difficultés des entreprises n'échappe à son pouvoir. Le principe d'intangibilité semble une fois de plus malmené par le juge.

B. Le pouvoir d'immixtion du juge dans la rupture du contrat de société

57. Plusieurs raisons peuvent expliquer la rupture du contrat de société. Elle peut intervenir à l'arrivée du terme de l'objet social à l'initiative des associés ou encore, sur décision du juge. Mais seul le dernier nous intéresse dans le présent travail. La mésentente entre associés ou l'aggravation de la situation de cessation de l'entreprise peuvent présider au choix de la rupture judiciaire du contrat de société.

1. La rupture par voie judiciaire du contrat de société du fait de la mésentente ou juste motif

58. La rupture judiciaire du contrat de société pour juste motif peut intervenir à tout moment. La diminution anormale du capital social, le refus d'accomplir des obligations par un associé ou le défaut de libération de son apport en plus de la

¹⁰⁰ F. BIBOUM BIKAY, « les pouvoirs d'office du juge des procédures collectives de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) et les principes cardinaux du procès » *juridical tribune*, vol 5, Issue 2, décembre 2015, p.234.

¹⁰¹ J.M. NYAMA, *Memento du droit de l'entreprise en difficultés Ohada*, op.cit., p.29.

¹⁰² Biens meubles et ou immeubles, droits sociaux des dirigeants, J.M. NYAMA, *Memento du droit de l'entreprise en difficultés Ohada*, op.cit., p.30.

¹⁰³ Successions, legs et revenus d'une nouvelle activité commerciale, *ibid.*

¹⁰⁴ Actions patrimoniales du débiteur en demande ou en défense, *ibid.*

¹⁰⁵ Interdiction d'inscrire des sûretés mobilières ou immobilières, sauf renouvellement ou inscription complémentaire, *ibid.*

mésentente sont des critères qui caractérisent le juste motif.

59. Pour ne prendre que le dernier cas, longtemps consacré par l'AUDSCGIE, la rupture judiciaire du contrat de société peut surgir du fait d'une mésentente sérieuse et avérée entre associés. Le tribunal de Bamako a d'ailleurs eu à se prononcer sur la question. Sa décision précisait sans ambiguïté que « *lorsque les associés ne peuvent s'entendre sur les modalités de gestion de la société de fait constituée entre eux et que le fonctionnement de la société se trouve entraver par les agissements de l'un d'entre eux, il n'y a plus d'affection societatis. Il faut donc, en application des articles 200-5 et 201, al 2 AUSCGIE, prononcer la dissolution de la société, avec comme conséquence la liquidation au sens de l'article 868 de l'AUSCGIE* »¹⁰⁶

60. Au regard de cette jurisprudence, il est clair que le juge ne s'intéresse pas à la nature de la mésentente ou encore son origine. La mésentente sous toutes ses formes constitue une raison suffisante pour la rupture du contrat de société si elle est de nature à paralyser l'exploitation. Cette règle a été appliquée dans plusieurs décisions du tribunal régional de Dakar.¹⁰⁷

61. La mésentente est sans doute un juste motif pouvant donner lieu à une rupture judiciaire du contrat de société. Cependant, cette incursion du juge dans la rupture du lien contractuel entre associés porte atteinte au principe d'intangibilité tant défendu. Le fait pour les associés d'envisager dès la conclusion du pacte social une clause d'exclusion des associés auteurs de la mésentente confortera la thèse qui milite en faveur du maintien du caractère intangibilité du contrat face à la toute-puissance du juge.

2. La rupture par voie judiciaire du contrat de société du fait de l'aggravation de la situation de cessation de paiement

62. Il est constant que, lorsqu'une entreprise est en cessation de paiement irrémédiablement compromise et que le juge n'a plus d'autre moyen pour assurer son sauvetage, il lui incombe de constater la situation et de prononcer la dissolution. Ce fut le cas dans l'affaire du tribunal de première instance de Niamey, jugement civil N°027 du 20 janvier 199, MOUTARI Malam Souley, c/SEEE Niger – MOUTARI SOULEY c/S.E.E.E/dissolution. En

¹⁰⁶ Tribunal de commerce de Bamako, jugement n°281 du 3 novembre 1999, AMADOU KOITA c/Boubacar Tapo). Ohadata J-02-41.

¹⁰⁷ Cf. tribunal régional hors classe de Dakar, jugement n°85 du 9 avril 2004 Abdel Aziz OUZAIA (Me YOUSOUFA CAMARA) c/ Youcef AOUADENE (Me Ibrahima SARR et Associés) Ohadata J-06-167. Et tribunal régional hors classe de Dakar, jugement n°142 du 27 mai 2005, sur requête aux fins de dissolution du GIE « LE VIKING » formulée par Me Ibrahim DIAW pour le compte du sieur Éric GAUTIER. Ohada J-06-174.

l'espèce, le juge, après avoir constaté la situation irrémédiable de cessation de paiement, a déclaré qu'il n'est plus utile de démontrer que l'*affectio societatis* de certains associés fait défaut pour prononcer la dissolution.

63. Quoique légitime, l'exercice de ce pouvoir revêt un caractère purement grave pour l'intangibilité du contrat de société. Le législateur pourrait par exemple exiger du juge qu'il requiert le consentement des parties en présence¹⁰⁸ avant de procéder à la dissolution de ladite société. C'est un plaidoyer qui aura à notre sens un double impact. Il permettra dans un premier temps au débiteur d'accepter la situation en toute quiétude et, de signaler dans la mesure du possible les créances qui jusque-là, sont demeurées inconnu du juge. Dans un deuxième temps, du côté du créancier, cette innovation aura pour conséquence prévisible la déclaration de toutes ses créances et éventuellement, les garanties dont il dispose. Ce n'est qu'ainsi qu'on pourrait garantir l'intangibilité du contrat de société.

CONCLUSION

64. Après analyse, il s'est révélé que le principe de l'intangibilité du contrat de société résiste encore aujourd'hui à l'érosion sans cesse grandissante causée par l'immixtion du juge. Le principe de liberté contractuelle et celui de la force obligatoire du contrat se sont amenuisés sans doute. Cela se justifie lorsque l'on jette un regard sur les interventions du juge à la phase de la conclusion du contrat de société et à la phase de son exécution. Les motivations de cette incursion sont certes justes mais elles demeurent toutefois des atteintes au principe d'intangibilité tant défendu par plusieurs auteurs. Il est tout aussi démontré dans cette étude que l'emprise du juge se fait observer tant dans la continuité de l'exécution du contrat de société en cas de difficulté de fonctionnement nettement constaté que dans sa clôture. Sa toute-puissance s'est prolongée dans la rupture du contrat de société. L'exercice de ce dernier pouvoir est beaucoup plus perçu lorsqu'il constate qu'un contrat de société est devenu un poids pour ses signataires par conséquent impossible. Pour redonner tout son sens au principe d'intangibilité des recommandations ont été faites au législateur. Il est souhaitable qu'il recadre certains débordements du juge et procède à la redéfinition de certains pouvoirs et aménagements divers.

REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

[1] ANOUKAHA (F), CISSE (A), DIOUF (N), NGUEBOU TOUKAM (J), POUGOUE (P.G), SAMB (M), *Société commerciales et G.I.E*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 589p ;

[2] BRUSORIO- AILLAUD (M), *droit des obligations*, collection Paradigme, 5e édition, Bruxelles, Larcier, 2014, 368 p. ;

¹⁰⁸ Le débiteur et les créanciers.

[3] **DJILA KOUAYI KEMADJOU (R)**, *droit pénal des affaires au Cameroun*, Paris, l'Harmattan, 2015, 344 p ;

[4] **FENEON (A)**, *droit des sociétés en Afrique (Ohada)*, LEXTENSO éditions, Paris, LGDJ, 2015, 917 p ;

[5] **FILIGA SAWADOGO (M)**, *droit des entreprises en difficultés*, JURISCOPE, Bruxelles, Bruyant, 2002, 408 p ;

[6] **GATSI (J)**, *droit des affaires, droit commercial général, droit des sociétés commerciales*, première édition, Paris, presses Universitaires libres, 2006,

[7] **GATSI (J)**, *le droit Ohada des sociétés coopératives*, Paris, l'harmattan, 2011, p.195 ;

[8] **KALIEU ELONGO (Y.R)**, *le droit des procédures collectives de l'OHADA*, Yaoundé, PUA, 2016, 213 p ;

[9] **LARGUIER (J), CONTE (P)**, *droit pénal des affaires*, 9 ème édition, Paris, ARMAND COLIN, 1998, 503 p ;

[10] **MERLE (P)**, *droit commercial : Sociétés commerciales*, 20 ème édition, Paris, Dalloz, 2017, 990 p ;

[11] **NYAMA J.M)**, *Memento du droit de l'entreprise en difficultés Ohada*, CERFOD- Edition, 2011, 96 p.

[12] **SOKENG (R)**, *droit pénal des affaires OHADA*, Presses MINSI le COMPETING, 1 ère édition, Mars 2007, 242 p ;

[13] **DOMBA (B)**, *le juge pénal face la toute-puissance du ministère public en procédure pénale Camerounaise*, mémoire de master, Université de Ngaoundéré, 2016 – 2017, 103 p ;

[14] **DELEQUEKER (M)**, *les principes coopératifs : leurs effets sur la gestion des coopératives agricoles*, thèse, Université de Lille, 1969 ;

[15] **MOUNETAGA DIOUF**, *l'intervention du juge dans la vie des sociétés commerciales*, thèse en droit privé, Université Cheikh Anta Diop De Dakar, 20 janvier 2007, 506 p ;

[16] **NZOUABETH (D)**, *les litiges entre associées*, thèse de doctorat, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, mars 2005, 459 p ;

[17] **BIBOUM BIKAY (F)**, « les pouvoirs d'office du juge des procédures collectives de l'organisations pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) et les principes cardinaux du procès » *juridical tribune*, vol 5, Issue 2, december 2015, pp. 234 – 253 ;

[18] **DIAKATE (M), SAMBE (I)**, « regard croisée sur l'intervention du juge dans la vie des sociétés commerciales », www.ohada.com, Ohadata D-04-34, 13 p ;

[19] **DION (N)**, « le juge et le désir du juste » *Recueil Dalloz*, 1999, Chr., pp.196-212 ;

[20] **FENEON (A)**, « la mésentente entre associés dans les sociétés anonymes Ohada : prévention et mode de règlement », *Penant* 848, p.272. pp. 265 – 279 ;

[21] **LEVOA AWONA (S.P)**, « la fongibilité des fonctions législative et juridictionnelle », *CJP, Revue de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques*, Université de Ngaoundéré, 2015, pp. 169 – 199 ;

[22] **MEUKE (B.Y)**, « l'information des actionnaires minoritaires dans l'O.H.A.D.A : réflexion sur l'expertise de gestion », www.ohada.com, Ohadata D-05-56, 13p.

[23] **MEUKE (B.Y)**, « la notion d'opération de gestion au sens de l'article 159 de l'A.U.S.C GIE de L'OHADA : réflexion à la lumière du droit français » www.ohada.com, Ohadata D-05-57, 13 p ;

[24] **MOHO FOPA (E.A)**, « les associées, parents pauvres de la prévention des difficultés des entreprises dans l'espace OHADA », *ANNALE de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques*, Université de Dschang, Tome 13, 2009, pp 254- 274 ;

[25] **ROUVIERE (F)**, « la remise en cause du contrat par le juge », *HAL* Id : halshs01143152, <https://halshs.archivesouvertes.fr/halshs01143152>, 20 April 2015, 18 p ;

[26] **TOBOSSI Thierry Donald (A)**, « l'intervention du juge dans le droit des sociétés commerciales OHADA », www.ohada.com, Ohadata D-17-14, 63 p ;

[27] Cour d'appel de Ouagadougou, chambre civile et commerciale (BURKINA FASO), Arrêt n°57 du 20 mai 2005, société togolaise de travaux publics (STTP) c/ SAS sa et SOMDA Jean de Dieu Ohadata J-09-17.

[28] Arrêt n°009/2002 du 21 mars 2002, Aff. Maitre BOHOUSSOUG. Juliette c/ Société IVOIRE COTON, JURIDATA N° J009-03/2002 cité dans le *CODE BLEU OHADA*, 3 ème édition. P.159 ;

[29] Cour d'Appel d'Abidjan Arrêt n°1121 du 8 aout 2003, la société ASH INTERNATIONAL DISPOSAL et autres (Me NUAN ALIMAN) c/ZOKORA Simplicie (Me SARASSORO et associées). Ohada J-03-320 et Ohadata J-04-99.

[30] Tribunal Régional de Niamey – Jugement civil n°96 du 26 mars 2003, ABASS HAMMOUD c/ JACQUES CLAUDE LACOUR Ohada J-04-78.

[31] C.A Lyon, 24 mars 1983, D. Soc, 1984 n°108.

[32] (CCJA, Arrêt n°008/2003 du 24 avril 2003 (A. K. C./ H. M.), le *Juris – Ohada*, n°2/2003, avril – juin 2003, p ; 26, note anonyme. Recueil de jurisprudence CCJA, n°1 janvier – juin 2003, p ; 29). Ohadata J-03-194.

[33] CCJA, rrêt n°110 /2013 du 30 décembre 2013, Aff. Société Garden Market Services dite GMS SARL contre Monsieur Abdoukader

ABDOULRHAMAN ABDOULKADER, JURIDATA N°J110-12/2013.code bleu.

[34] CCJA, arrêt n°034/2008 du 03 juillet 2008, Aff. BASSIROU KA, gérant de la société Buretel Macsyn Technologies C/ Abdoulaye CISSE – Mohamet El Bechir SISSOKO – Djibril CISSE, JURIDATA N°JO34-07/2008.

[35] CCJA, arrêt n°034/2007 du 22 novembre 2007, Aff. Mireille PARLALIDIS c/ 1°/FOUQUIER Françoise Marie épouse ; 2°/BLANC André Joseph ; 3°/Société de Publicité et de Promotion par l'Objet dite « S2PO » SARL, JURIDATA N°J034 – 11/200. Code Bleu.

[36] Cass . Com 11 juin 1954 ; J. C P G. 1954, II, 8397 ; Bull civ, III n°203 ; D. 1962 somm. P. 31 – C.A Paris, 14 juin 1988 : D. 1988, P. 505, note A. VIANDIER. T. com. TOULOUSE, ref, 12 aout 1993 Bull Joli 1994, p. 169, note RUFF et BARBIERI.

[37] T. com. Paris ord. Ref. 26 avril 1999, la semaine juridique Entreprise et affaires n°29 – 22 juillet 1999, P.1245 S.

[38] Cour d'Appel de Daloa, 2eme Chambre civile et commerciale, Arrêt n°85 du 29 mars 2006, Affaire : E. c/ SOCIETE CIVILE D'EXPLOITATION FORESTIERE DE l'Ouest dite SCEFO – SARL – Le Juris Ohada n°40. Observation ISSA – SAYEGH, Ohadata J-08-87.

[39] tribunal de première instance de Bafang, Ordonnance de référé N°27/ORD/CIV/TPI/2007, Affaire Sieur NOUBICIER Léon c/ Sieur NGAMAKO Michel.

[40] Cour d'Appel d'Abidjan, Arrêt n°258 du 25 février 2000, Bulletin Juris Ohada, n° 1/2002, janvier 6 Mai 2002, P.42, note note anonyme ; Ohada jurisprudences nationales, n°1, décembre 2004, p.67. Ohadata J-02-132.

[41] Cour d'Appel d'Abidjan, 4 ème Chambre Civile et Commerciale, Arrêt n°641 du 17 juin 2005 ? Affaire : Mme F. épouse B. Et un autre c/ Mme P. le Juris Ohada N°2/2007, P.34. Ohadata J-08-79.

[42] Cour suprême de Cote d'Ivoire ; Chambre judiciaire, arrêt N°123/07 du 9 mars 2007, la société YARA WEST AFRICA, la Société YARA France (Me Theodore HOEGAGAH st Michel ETTE) c/ la société de financement et de participation de Cote d'Ivoire dite SFPI (Me Jules Avlessi). Actualité juridiques, n°57, p.150. Ohadata J-09-296.

[43] Tribunal régional hors classe de Dakar, audience du 28 octobre 2002, Jugement n°1364, Papa Balle DIOUF contre Mamadou SY). Ohadata J-05-39.

[44] Cass. Com. 24 mai 199, n°92 – 21699. *Bull*, Joly 1994, p. 789 ; Cass com, 17 janvier 1989 : *Rev sociétés* 1989. 9./ 909 note Guyon. Sur l'ensemble de la question. Voir G. Bolard : Administration provisoire et mandat ad hoc : du fait au droit, *JCP*, Ed. G, 1995. 1, n°3882 cité par A. FENEON, « la mésentente entre associés dans les sociétés anonymes Ohada : prévention et mode de règlement », op. cit.p.273.

[45] Tribunal régional de NIAMEY – ordonnance de Référé N°296 DU 31 décembre 2002 ? ABASS HAMMOUD c/ JACQUES CLAUSE LACOUR. Ohadata J-04-79.

[46] CCJA, Avis N°01/2009/EP du 15 Avril 2009, JURIDATA N° J01-04/2009. ;

[47] Tribunal de Grande Instance du Mounjo, jugement N°32/CIV du 17 avril 2008, affaire madame FANKOU SIMO c/ La société FARMER'S SAVING AND INVESTMENT COMPAGY (F.S.I.C), note Yvette KALIEU ELONGO, professeur, Ohadata J-09-247.

[48] Tribunal de commerce de Bamako, jugement n°281 du 3 novembre 1999, AMADOU KOITA c/Boubacar Tapo). Ohadata J-02-41.

[49] Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement n°85 du 9 avril 2004 Abdel Aziz OUZAIA (Me YOUSOUFA CAMARA) c/ Youcef AOUADENE (Me Ibrahim SARR et Associés) Ohadata J-06-167.

[50] Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement n°142 du 27 mai 2005, sur requête aux fins de dissolution du GIE « LE VIKING » formulée par Me Ibrahim DIAW pour le compte du sieur Éric GAUTIER. Ohada J-06-174.