

# RTSJ

Revue Togolaise des Sciences Juridiques

REVUE TOGOLAISE DES SCIENCES JURIDIQUES

## RECHERCHES

La survie de la garantie accessoire à l'annulation d'un contrat de prêt *par Akodah AYEWOUDAN* Page 13

La gradation des dettes *par Komlan ALEMAWO* Page 29

Le droit commun des affaires OHADA *par Serge K. EVELAMENOU* Page 48

Les droits fondamentaux de l'associé en droit OHADA *par Éric Codjo MONTCHO AGBASSA* Page 66

La voie de fait administrative : perspectives africaines *par Kossi SOMALI* Page 140

L'exigence de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin *par Kossivi HOUNAKE* Page 151

Le parlement constituant en Afrique francophone : Contribution à la limitation du pouvoir de révision constitutionnelle en Afrique *par Yawovi Amedzofe KPEDU* Page 186

## VARIETES

Réflexions sur l'ambiguïté institutionnelle du Conseil de Discipline Budgétaire et Financière au Cameroun : Étude à la lumière de la Cour de Discipline Budgétaire et Financière en France *par Yves Gabriel DJEYA KAMDOM* Page 201


Janvier - Juin 2015

### RIX DE VENTE

Togo : 6 000 F CFA

Afrique de l'ouest : 8 000 F CFA

Autres : 15 €

 rtjs revue

Janvier  
juin 2015  
Numero

7

## COMITE DE REDACTION

**Directeur de publication**  
Pedro Akuété Santos  
Agrégé des Facultés de droit  
Université de Lomé

**Secrétaire Général**  
Kuassi H. Deckon  
Agrégé des Facultés de droit  
Université de Lomé

### COMITE SCIENTIFIQUE

**Koffi AHADZI NONOU**  
Professeur Titulaire  
Université de Lomé

**Noël GBAGUIDI**  
Professeur Titulaire  
Université d'Abomey Calavi

**Adama KPODAR**  
Professeur Titulaire  
Université de Lomé

**Dodzi KOKOROKO**  
Professeur Titulaire  
Université de Lomé

**Kuassi H. DECKON**  
Agrégé des Facultés de droit  
Université de Lomé

**Komi WOLOU**  
Agrégé des Facultés de droit  
Université de Lomé

**Shamsidine A. ADJITA**  
Maître de conférences  
Université de Lomé  
**Joseph DJOGBENOU**  
Agrégés des facultés de droit  
Université d'Abomey Calavi

**Koffi Mawunyo AGBENOTO**  
Maître de Conférences Agrégé  
Université de Kara

**Nadine MACHIKOU NDZESOP**  
Maître de Conférences Agrégé  
Université de Yaoundé II/ISMP

**Barnabé GEORGES GBAGO**  
Maître de Conférences Agrégé  
Université d'Abomey-Calavi

**Joseph JOHN-NAMBO**  
Maître de Conférences Agrégé  
Université Omar Bongo

**Séraphin BI BOTI NENE**  
Maître de Conférences Agrégé  
Université Alassane Ouattara

**Aboudou ASSOUMA**  
Président de la Cour Constitutionnelle du Togo

**Me Alexis Coffi AQUEREBURU**  
Avocat au barreau de Lomé  
Ancien bâtonnier de l'ordre des avocats du Togo

### COMITE DE PARRAINAGE

**Me Molgah KADJAKA ABOUGNIMA**  
Présidence de la chambre nationale des notaires

**Me André T. SAMA BOTCHO**  
Président de la chambre nationale des huissiers de justice du Togo

# SOMMAIRE

## RECHERCHES

### Droit Privé

À la recherche du particularisme du nantissement de compte de titres financiers en droit OHADA par <b>Yvette Rachel KALIEU ELONGO</b> .....	3
La survie de la garantie accessoire à l'annulation d'un contrat de prêt par <b>Akodah AYEWOUDAN</b> .....	13
La gradation des dettes par <b>Komlan ALEMAWO</b> .....	29
Le droit commun des affaire OHADA par <b>Serge K. Evelamenou</b> .....	48
Les droits fondamentaux de l'associé en droit OHADA par <b>Éric Codjo MONTCHO AGBASSA</b> .....	66
La chose jugée et la vérité dans le procès civil en droit camerounais par <b>Alex-François TJOUEN</b> .....	78
La criminalisation du droit successoral béninois par <b>Wilfrid Eric GONÇALVES</b> .....	98
Le « mariage » avec les choses par <b>Serge K. EVELAMENOU</b> .....	115

### Droit public

La voie de fait administrative : perspectives africaines par <b>Kossi SOMALI</b> .....	134
L'exigence de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin <b>Kossivi HOUNAKE</b> .....	151
Réflexions sur les faiblesses des constitutions africaines par <b>Emmanuel Messanh AHLINVI</b> .....	169
Le parlement constituant en Afrique francophone : contribution a la limitation du pouvoir de révision constitutionnelle en Afrique par <b>YAWOVI AMEDZOFÉ KPEDU</b> .....	186

### Variétés

Réflexions sur l'ambigüité institutionnelle du Conseil de Discipline Budgétaire et Financière au Cameroun : Étude à la lumière de la Cour de Discipline Budgétaire et Financière en France par <b>Yves Gabriel DJEYA KAMDOM</b> .....	291
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

# LES DROITS FONDAMENTAUX DE L'ASSOCIÉ EN DROIT OHADA

Éric Codjo MONTCHO AGBASSA

Maître -Assistant  
Université d'Abomey-Calavi (UAC)

## I. L'identification des droits fondamentaux

### A. Les critères objectifs de l'identification

1/ Le critère tiré de la réglementation stricte des droits fondamentaux

2/ Le critère lié au contrôle judiciaire de l'atteinte aux droits fondamentaux

### B. Les critères subjectifs de l'identification

1/ Le critère tenant à l'affectio societatis

2/ Le critère fondé sur la vocation de l'associé à participer aux résultats

## II. Les fonctions des droits fondamentaux

### A. La fonction protectrice

1/ La protection des prérogatives politiques

2/ La protection des intérêts économiques

### B. La fonction participative

1/ La participation en cas de menace sur la qualité d'associé

2/ La participation en cas de menace sur l'intérêt social

Conclusion

Les droits fondamentaux suscitent une réelle passion. Longtemps rattachés au droit public, ils bouleversent le droit privé<sup>1</sup>. C'est à l'étude de ces droits qu'est consacrée la présente étude sur les droits fondamentaux de l'associé en droit OHADA.

Le législateur de l'OHADA ne définit pas l'associé. Cependant, la lecture combinée des articles 4 et 5 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUDSC) permet de retenir que l'associé est toute personne qui crée seul ou avec d'autres, une société commerciale que celle-ci soit de personnes ou de capitaux<sup>2</sup>. C'est sous ce sens général que l'associé est considéré comme titulaire de droits fondamentaux.

L'expression « droits fondamentaux » est une notion juridique, bien difficile à définir<sup>3</sup>. En effet, « sur le fond, les critères d'évaluation d'un droit au rang de fondamental ne sont pas circonscrits »<sup>4</sup>. La difficulté porte beaucoup plus sur la « fondamentalité », car les droits constituent couramment « une reconnaissance, par le droit objectif, de l'intérêt ou du désir d'une personne envers tel ou tel avantage matériel ou moral, cette reconnaissance se manifestant par l'attribution de la ou des prérogatives juridiques permettant de l'assouvir »<sup>5</sup>. Ce sont donc des droits attachés ou liés à la personne c'est-à-dire, au sujet<sup>6</sup>.

Le « fondamental », c'est ce qui est « essentiel », « primordial, prééminent; doté d'une valeur supérieure à ce qui s'y appuie »<sup>7</sup>. L'adjectif fondamental était courant dans l'Ancien Droit. Mais, il a commencé par désigner des règles de droit avant de s'appliquer à des préroga-

1 R. DIJOUX, *La contractualisation des droits fondamentaux*, Paris, l'Harmattan, 2012, p.19; F.X. LUCAS, «Le principe du contradictoire», in R. CABRILLAC, M.-A.FRISON-ROCHE et Th. REVET, *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2011, p. 782

2 D. NZOUABETH, *Les litiges entre associés*, Thèse de doctorat, Dakar, UCAD, 2005, p. 16. Pour des développements spécifiques sur la notion d'associé, voir par exemple, B. SAINTOURENS, «La flexibilité du droit des sociétés», *RTD com.*, 40 (4), oct.-déc. 1987, p. 470; N. REBOUL, «Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle: l'affectio societatis», *Rev. sociétés*, (3), juill.-sept. 2000, p. 438.

3 D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 544.

4 J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, Thémis droit PUF, 2011, n° 14, p. 169.

5 *Idem*, p.155.

6 D. SOSSA et J. DJOGBENOU, *Introduction à l'étude du droit. Perspectives africaines*, Cotonou, les éditions du CREDIJ, 2012, p. 229.

7 G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2004, p. 410.

tives<sup>8</sup>.

La notion de « droits fondamentaux » est apparue postérieurement à la Seconde guerre mondiale en droit international<sup>9</sup> et dans certaines Constitutions nationales<sup>10</sup>. Plusieurs Écoles<sup>11</sup> ont justifié la fondamentalité des droits sur la base de critères variables. Une lecture croisée de ces courants de pensée permet de retenir que la notion de droits fondamentaux peut être envisagée au double plan substantiel et formel. Au plan substantiel, la notion renvoie aux droits et libertés qui fondent le primat ontologique de l'être humain sur la société et le groupe. Sur le plan formel, les droits fondamentaux sont portés par des sources supra-légales, c'est-à-dire les sources constitutionnelles et internationales. En somme, les droits fondamentaux sont consacrés par des textes de valeur supra-légale et visent la protection de la dignité de l'homme<sup>12</sup>. La notion de « droits de l'homme » est plus restrictive que celle de « droits fondamentaux », car elle vise l'homme en tant qu'être humain. L'expression « droits fondamentaux », en revanche, est plus neutre. Cette neutralité permet de dépasser le rattachement du droit à l'être humain. La référence au fondamental rend notamment, possible la reconnaissance de droits fondamentaux aux personnes

morales<sup>13</sup>.

Cette notion s'invite de plus en plus en droit privé à la faveur de ce qu'on désigne par la « fondamentalisation » des droits<sup>14</sup>. Ce mouvement, qui « n'est pas allé sans critiques de fond »<sup>15</sup>, est présent en droit civil. Ainsi que le fait remarquer M. REMY, « tout le droit, notamment le droit civil, est désormais apprécié au regard des droits de l'homme qui constituent les fondements de la civilisation contemporaine. La finalité première et principale est la volonté de créer des valeurs transcendantes »<sup>16</sup>. On l'observe bien en droit des contrats<sup>17</sup> et dans une certaine mesure en droit des sociétés<sup>18</sup> où, par exemple, le droit de vote est qualifié de « droit fondamental de l'associé »<sup>19</sup>. Cependant, une partie de la doctrine est réticente vis-à-vis de cette notion en raison de ce que le droit des sociétés, de par son pragmatisme, est, « par essence (...) fort éloigné des préoccupations humanitaires »<sup>20</sup>. Des expressions telles que « droits propres »<sup>21</sup>, « prérogatives essentielles »<sup>22</sup> ou « attribut irréductible »<sup>23</sup> etc. lui sont préférées. Pourtant, il est possible d'utiliser la notion de droits fondamentaux en

8 E. DREYER, « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *D.*, n° 11, 2006, p.748.

9 L'expression « droits fondamentaux » apparaît pour la première fois dans la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945 qui énonce que : « Nous, peuples des Nations Unies, résolus à préserver les générations futures du fléau de la guerre qui, deux fois en l'espace d'une vie humaine, a infligé à l'humanité d'indicibles souffrances, à proclamer à nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine ».

10 Voir la loi fondamentale allemande de 1949 où on désigne les droits fondamentaux par l'expression de *Grundrechte*. On retrouve également la notion au paragraphe 3 du Préambule et à l'article 144 de la loi n°90-32 du 11 décembre 1990 portant Constitution de la République du Bénin. Cf., par exemple, J.-Y. MORIN, *Libertés et droits fondamentaux dans les Constitutions des Etats ayant le français en partage*, Paris, Bruylant/AUF, 1999, p.277. En droit français, l'expression a été utilisée pour la première fois par le Conseil constitutionnel français dans une décision du 22 janvier 1990 (En l'espèce, la Haute juridiction a déclaré contraire à la Constitution la disposition d'une loi qui excluait les étrangers résidant en France du bénéfice d'une prestation sociale. Voir Code constitutionnel, Lexis Nexis, 2011, commentaire de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC). Dans la Constitution béninoise du 11 décembre 1990, on la retrouve au paragraphe 3 du Préambule et à l'article 114.

11 Il s'agit de :  
-l'École dite « pure » ou « formelle » selon laquelle, le caractère fondamental d'un droit proviendrait de sa source ;  
-l'École dite « objectiviste », pour laquelle il faudrait davantage se référer à un critère substantiel, c'est à dire à la substance du droit, aux valeurs qu'il traduit ;  
-la troisième École qui défend l'idée selon laquelle un droit n'accéderait véritablement au rang de fondamental que s'il a une « valeur matricielle ». Sur tous ces points, voir J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op. cit., n° 14, p. 169 ; J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, p.332.

12 E. DREYER, *loc. cit.*, p. 748.

13 N. MATHEY, « Les droits et libertés fondamentaux des personnes morales de droit privé », *RTD civ.*, avril/juin 2008, p. 205 ; K. GARCIA, « Les droits fondamentaux des personnes morales », in F. COLLART DUTILLEUL et F. RIEM (dir.), *Droits fondamentaux, ordre public et libertés économiques*, Paris, LGDJ, 2013, p. 77. Cette assimilation des personnes morales aux personnes physiques est affirmée par un ensemble de décisions. C'est d'abord le Conseil constitutionnel qui, en 1983, a implicitement reconnu aux personnes morales un droit au respect de leur domicile afin de les protéger contre certaines mesures d'investigation (DC 83-164, du 29 déc. 1983, Loi de finances pour 1984, JCP 1984, II, 20160, note R. Drago et A. Decocq, § 29). En 2002, la Cour de Strasbourg a consacré la même solution dans une affaire concernant la France (Colas Est c/ France: D. 2003, Somm. p. 527, obs. C. Birsan, et p. 1541, obs. A. Lepage). En 2003, la Cour de cassation française est allée plus loin en admettant, notamment au visa de l'article 11 de la Convention européenne, le « droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association » d'une personne morale ( Cass. 3<sup>e</sup> civ. 12 juin 2003, *Bull. civ. III*, n° 125 ; *RTD civ.* 2003, p. 771, obs. Y. Rouquet ; *AJD* 2003, p. 663, obs. J.-P. BLATTER).

14 J. ROCHEFELD, *Les grandes notions de droit privé*, op. cit., p.170.

15 *Ibidem*. Selon F. RIEM, « les droits fondamentaux obscurcissent le droit davantage qu'ils ne le clarifient »: « Droits fondamentaux, ordre public et libertés économiques », in F. COLLART DUTILLEUL et F. RIEM (dir.), op. cit., p. 15:

16 Ph. REMY, « 100 ans de chronique », *RTD civ.*, 2002, p. 677. Voir aussi, R. DIJOUX, op. cit., p.19.

17 J. ROCHEFELD, « Du statut du droit contractuel "de protection de la partie faible": les interférences du droit du marché et des droits de l'homme », in *Etudes offertes à Geneviève VINEY, Liber amicorum*, Paris, LGDJ, n°13, p. 851 ; S. CHASSAGNARD-PINET, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel », in *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe le TOURNEAU*, Paris, Dalloz, 2008, p. 226 ; N. BAREÏT, « La liberté contractuelle sous la toise de la Convention européenne des droits de l'homme », in F. COLLART-DUTILLEUL et F. RIEM (dir.), op. cit., p. 51.

18 V. ALLEGAERT, *Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux*, Paris, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006.

19 A. GUENGANT et alii, *Juge et droit des sociétés en 70 thèmes, Textes. Commentaires. Jurisprudence*, Paris, Litec, 2008, p. 5.

20 V. ALLEGAERT, op. cit., p. 64.

21 M. GERMAIN, « La renonciation aux droits propres des associés : illustrations », in *Mélanges F. TERRE*, Paris, Dalloz, 1999, p. 401.

22 Voir par exemple, A.-V. LE FUR, « Concilier l'inconciliable: réflexions sur le droit de vote de l'actionnaire », *Recueil Dalloz*, 2008, n° 29, p. 2015.

23 Y. PACLOT, « L'irréductible droit de vote de l'associé exclu », note sous Cass. com., 23 octobre 2007, *D.*, 2008, n° 1, p.47;

laissant de côté sa « *dimension éthique* »<sup>24</sup> pour privilégier sa fonction « *technique* »<sup>25</sup>. Cette notion « *revêtirait alors une connotation fonctionnelle* »<sup>26</sup> permettant de justifier la nécessité de « *fixer les limites de la liberté contractuelle* »<sup>27</sup>. C'est l'objectif que s'assigne cette étude qui porte spécifiquement sur le droit OHADA.

L'expression « *droits fondamentaux* » n'est pas utilisée par le législateur de l'OHADA. Celui-ci consacre, néanmoins, un certain nombre de dispositions aux droits sociaux. L'article 53 de l'AUDSC<sup>28</sup> pose des droits attachés aux titres sociaux, notamment le droit sur les bénéficiaires, le droit de participer aux votes des décisions collectives. L'article 55 précise que : « *les droits mentionnés à l'article 53 (...) doivent être exercés dans les conditions prévues pour chaque forme de société. Ces droits ne peuvent être suspendus ou supprimés que par des dispositions expresses du présent acte uniforme* ». La lecture combinée de ces deux articles appelle quelques observations. D'abord, la liste des droits énoncés par l'article 53 n'est pas limitative. D'autres droits spécifiques ou complémentaires sont reconnus à chaque forme sociétale. Par exemple, pour ce qui concerne la société anonyme, le droit préférentiel de souscription<sup>29</sup>, les droits attachés aux actions amorties...<sup>30</sup> Ensuite, les termes utilisés dans la seconde phrase de l'article 55 traduisent la volonté du législateur de consacrer une catégorie spéciale de droits qui « *ne peuvent être suspendus ou supprimés que par des dispositions expresses de l'acte uniforme* ». Ce membre de phrase qui « *trace une limite à la liberté contractuelle* »<sup>31</sup> porte en lui des critères de fundamentalité des droits de l'associé. Il s'agira alors de les révéler au travers de leurs spécificités, c'est-à-dire, leur « *identité particulière* »<sup>32</sup>.

L'intérêt d'une telle réflexion est multiple au plan théorique. D'abord, en droit africain des sociétés commer-

ciales, l'analyse des droits de l'associé<sup>33</sup> a été envisagée sous une approche générale consistant à procéder à une classification variable des droits de l'associé. On a ainsi proposé plusieurs classifications<sup>34</sup> qui ne rendent pas compte des « *degrés de protection* »<sup>35</sup> desdits droits. Ce qui expose à un risque d'énumération extensible, incomplète, approximative et désordonnée<sup>36</sup> des droits de l'associé. Or, le droit a horreur du multiple, l'art du juriste consistant à « *classer les solutions (...) à trouver des critères* »,<sup>37</sup> car, l'image qui vient à l'esprit des juristes, c'est la pyramide des normes, construite pour l'éternité, plutôt que celle des nuages, fussent-ils ordonnés<sup>38</sup>. Ensuite, l'évolution législative récente du droit des sociétés commerciales<sup>39</sup> qui a renforcé la liberté contractuelle notamment avec la consécration des pactes extrastatutaires<sup>40</sup> et la création de la société par actions simplifiée (SAS)<sup>41</sup> peut conduire à une fragilisation des droits de l'associé. En effet, « *les droits individuels (le droit de faire partie de la société, le droit au bénéfice, le droit de vote...) des associés apparaissent de plus en plus comme pouvant supporter des atteintes* »<sup>42</sup>. L'apport des droits fondamentaux devrait permettre de fixer « *les digues que les vagues des stipulations contractuelles ne peuvent franchir* »<sup>43</sup>.

Au plan pratique, cette réflexion permettrait de situer les acteurs sociaux sur l'utilité des droits fondamentaux dans un contexte marqué par la « *crise de la notion d'as-*

24 E. DREYER, *loc. cit.*, p. 752.

25 *Ibidem*.

26 V. ALLEGAERT, *op. cit.*, p.106.

27 J. PAILLUSSEAU, « La liberté contractuelle dans les sociétés par actions simplifiée et le droit de vote », *D.*-2008, n°23, p. 1563.

28 Cet article dispose que : « *Les titres sociaux confèrent à leur titulaire :*

1°) un droit sur les bénéfices réalisés par la société lorsque leur distribution a été décidée ;

2°) un droit sur les actifs nets de la société lors de leur répartition, à sa dissolution ou à l'occasion d'une réduction de son capital ;

3°) le cas échéant, l'obligation de contribuer aux pertes sociales dans les conditions prévues pour chaque forme de société ;

4°) le droit de participer aux votes des décisions collectives des associés, à moins que le présent acte uniforme en dispose autrement pour certaines catégories de titres sociaux ».

29 Articles 573 et s.

30 Articles 657 et s.

31 J. PAILLUSSEAU, *loc. cit.*, p.1567.

32 V. ALLEGAERT, *op. cit.*, p. 56.

33 Un auteur a utilisé l'expression pour désigner les droits extrapécuniaires de l'associé, à savoir, les droits politiques (le droit à l'information et le droit de vote aux assemblées) et le droit préférentiel de souscription. Cf. M. NGOM, « Titres et valeurs mobilières », in P.-G. POUGOUE, *Encyclopédie du Droit OHADA*, Paris, Lamy, 2011, pp. 2094 et s.

34 Reprenant très souvent, la typologie faite par la doctrine française, on distingue, les droits politiques, les droits financiers et les droits patrimoniaux (E.KAMTA FENDOP, « Associés », in P.-G. POUGOUE, (dir.) *Encyclopédie du Droit OHADA*, *op. cit.*, pp. 353 et s.), les droits extra-pécuniaires et les droits pécuniaires (F. ANOUKAHA et alii, *Sociétés commerciales et GIE OHADA*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 74 et s ; P.-G. POUGOUE et alii, *Le droit des sociétés commerciales et du GIE OHADA*, Yaoundé, PUA, 1998, p. 66), les droits politiques et les droits pécuniaires « Société anonyme faisant appel public à l'épargne », in POUGOUE (P.G), *Encyclopédie du Droit OHADA*, *op. cit.*, pp. 2094 et s.), ou encore droits extrapécuniaires, droits pécuniaires et droits patrimoniaux (M.NGOM, « Titres et valeurs mobilières », in P.-G. POUGOUE, (dir.), *Encyclopédie du Droit OHADA*, *op. cit.*, pp. 2094 et s.).

35 N. MATHEY, *loc. cit.*, p. 218.

36 D. ALLAND et S. RIALS, *op. cit.*, p. 545.

37 Ph. JESTAZ, *Le droit*, Paris, Dalloz, 1992, p. 85.

38 M. DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Ed. du Seuil, 1998, p. 104.

39 La révision de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, le 30 janvier 2014, cf. par exemple, *Droit et Patrimoine*, n° 239, septembre 2014, pp. 47 et s.; *Penant*, n° 887, avril-juin 2014.

40 Article 2.1 de l'AUDSGIE. Voir par exemple, B. FAYE, « La consécration de nouveaux outils d'ingénierie juridique », *Droit et Patrimoine*, n° 239, septembre 2014, p. 68.

41 Articles 853-1 et s. Voir par exemple, Ph. MERLE, « Une grande nouveauté: l'introduction de la SAS dans l'espace OHADA », *Droit et Patrimoine*, *précit.*, p.55.

42 V. ALLEGAERT, *op. cit.*, n° 43, p.72.

43 J. PAILLUSSEAU, *loc. cit.*, p. 1568.

société »<sup>44</sup>.

L'analyse est conduite à l'aune du droit commun, des théories contractuelle et institutionnelle de la société<sup>45</sup>. Elle est nourrie de quelques décisions tirées de la jurisprudence de l'espace OHADA et complétées par le droit comparé; la comparaison étant indispensable pour guider tant l'émetteur de la norme que son récepteur, en particulier le juge<sup>46</sup>. Elle a alors permis « d'accéder à une meilleure compréhension des droits fondamentaux »<sup>47</sup> à travers l'étude de leurs spécificités qui revêtent deux aspects complémentaires. Le premier s'attache à identifier les droits fondamentaux, car, si certains droits sont fondamentaux, c'est que d'autres ne le sont pas. Le second, justifié par le caractère fonctionnel de la notion, s'attache aux rôles caractéristiques de ces droits. C'est pourquoi, il convient d'envisager d'une part, l'identification des droits fondamentaux (I) et d'autre part, leurs fonctions (II).

## I. L'IDENTIFICATION DES DROITS FONDAMENTAUX

Identifier, c'est « déterminer la nature de quelque chose »<sup>48</sup>. L'objectif ici n'est pas de procéder à une énumération des droits fondamentaux. Une telle démarche serait d'ailleurs descriptive et sans pertinence. Il s'agit plutôt de déterminer les critères d'identification. On entend par critère, le caractère « qui permet de distinguer une chose d'une autre »<sup>49</sup>. C'est en l'occurrence des caractères qui permettent de retenir, parmi les droits sociaux, ceux qui pourraient être élevés « au rang de fondamentaux »<sup>50</sup>. Deux faisceaux de critères paraissent pertinents pour identifier les droits fondamentaux: les critères d'objectifs (A) et les critères subjectifs (B).

### A. LES CRITÈRES OBJECTIFS D'IDENTIFICATION

Les premiers critères d'identification des droits fondamentaux de l'associé ont été recherchés dans les sources

44 C. HANNOUN, « Le droit des sociétés à l'épreuve de la modernité », in *Etudes à la mémoire du Professeur Bruno OPPETIT*, Paris, Litec, 2009, p. 328

45 La distinction entre ces deux théories renvoie au débat sur la nature juridique de la société qui existe aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence. Si le Code civil avait originairement perçu la société comme un contrat, cette analyse contractuelle fut remise en cause, à partir de la fin du XIX<sup>e</sup>, par la doctrine qui fit application de la théorie publiciste de l'institution. Sur la question, cf. par exemple, M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Paris, Litec, 2009, n°14, p. 4; F. LEFEBVRE, *Sociétés commerciales*, Mémento pratique, Paris, Editions Francis LEFEBVRE, 2005, p. 17.

46 M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 108.

47 G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2004, p. 374.

48 Le Petit Larousse illustré, 2008, p. 517, v° identifier.

49 *Idem*, p. 270, v° critère.

50 C. JAUFFRET-SPINOSI, « Les grands systèmes contractuels européens », in R. CABRILLAC et alii, *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain*, Colloque du 22 juin 2007, Société de législation comparée, Paris, 2008, p.36.

directes du droit en ce qu'elles sont investies d'une autorité suffisante nécessaire pour asseoir une analyse pertinente. On comprend pourquoi un auteur qualifie ces sources d'« éléments quasi indispensables »<sup>51</sup> de définition du droit. La contribution de ces sources à l'identification des droits fondamentaux s'appréhende à travers, la réglementation stricte des droits fondamentaux (1) et le contrôle judiciaire de l'atteinte à ces droits (2).

### 1/ Le critère tiré de la réglementation stricte des droits fondamentaux

Le droit des sociétés détermine ce que l'on pourrait appeler « les règles constitutionnelles du fonctionnement des sociétés et désigne nommément les organes par lesquels va s'exprimer la personne morale, définissant, avec plus ou moins de bonheur, les fonctions respectives et la hiérarchie »<sup>52</sup>. L'AUDSC a, certes, reconnu des droits aux associés, mais la lecture croisée des articles 53 et 55 permet de soutenir que ces droits ne sont pas logés à la même enseigne. Le premier énumère les droits attachés aux titres sociaux. Le second fixe, en quelque sorte, un certain nombre de droits que l'on pourrait qualifier de fondamentaux. La fundamentalité vise à soustraire ces droits aux atteintes provenant de deux catégories de personnes.

Il s'agit en premier lieu des coassociés qui seraient tentés de suspendre ou de supprimer lesdits droits. Leur degré de liberté est ainsi encadré par l'ordre public<sup>53</sup> porté par le membre de phrase « dispositions expresses du présent acte uniforme ». L'ordre public a notamment pour objectif la protection des associés, souvent isolés face aux fondateurs ou aux dirigeants. La loi garantit aux associés des droits minima<sup>54</sup> qui ne sauraient être remis en cause par « l'infra droit des sociétés »<sup>55</sup>. En clair, « la loi prime la volonté des associés »<sup>56</sup>.

Dans le viseur du législateur, se retrouve en second lieu, toute autre personne qui pourrait être tenté de s'immiscer dans les affaires sociétales par l'exercice de l'action oblique. Pareille immixtion n'est pas admise. Une affaire examinée par les juridictions françaises permet de l'illustrer. En l'espèce, un créancier dont les débiteurs sont associés d'une société civile a exercé l'action oblique aux fins d'obtenir leur retrait de la société et, conséquemment, de saisir dans le patrimoine des rede-

51 Ph. JESTAZ, *op. cit.*, p. 16.

52 B. SAINTOURENS, *loc. cit.*, n°82, p. 488.

53 Y. De CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 312.

54 *Ibidem*.

55 B. SAINTOURENS, *op. cit.*, n° 82 et 89; voir aussi M. GERMAIN, « Pactes, statuts et ordre public », in *Mélanges en l'honneur de Philippe MERLE*, Paris, Dalloz, 2013, p. 305; S. SCHILLER, « Pactes, statuts, règlement intérieur: quelle hiérarchie? », *Rev. Sociétés*, juin 2011, pp. 331 et s.

56 F. K. DECKON, « Les pouvoirs du dirigeant de société commerciale en droit uniforme OHADA », *Rev. Sociétés*, sept. 2013, p. 469.

vables le montant du remboursement de la valeur de leurs parts sociales. Selon la Cour de cassation, le droit de retrait est « *strictement personnel. Il ne peut donc être exercé par un créancier invoquant l'action oblique de l'article 1166 du code civil au lieu et place d'un associé, qui serait son débiteur* »<sup>57</sup>. Cette solution est s'appliquable aux autres droits strictement personnels de l'associé, notamment le droit de vote. Ainsi, le créancier ne pourrait-il prétendre voter à la place de son débiteur<sup>58</sup>. En définitive, le droit des sociétés demeure, en dépit des réformes tendant à renforcer la liberté contractuelle<sup>59</sup>, un droit largement influencé par des dispositions d'ordre public et des principes, non écrits pour certains d'entre eux, dont le caractère impératif est unanimement reconnu<sup>60</sup>. Comme on peut le lire sous la plume de Mme PELISSIER, « *si l'on s'intéresse à la substance des droits fondamentaux et que l'on réalise une comparaison avec les valeurs garanties par l'ordre public, on ne peut que conclure à de fortes similitudes* »<sup>61</sup> qui participent de la spécificité de ces droits. Cette spécificité peut être également tirée de l'intervention du juge.

## 2/ Le critère lié au contrôle judiciaire de l'atteinte aux droits fondamentaux

La théorie institutionnelle permet de justifier l'intervention du juge dans la vie de la société. Celle-ci étant une institution, elle intéresse non seulement les actionnaires, mais aussi les tiers et surtout l'économie tout entière<sup>62</sup>. Le rôle du juge est plus complexe ici pour plusieurs raisons. D'abord, le droit des sociétés est un « *droit de clivage* » en ce qu'on y oppose traditionnellement « *les minoritaires aux majoritaires, les associés aux dirigeants, la nature contractuelle à la nature institutionnelle* »<sup>63</sup>. Ensuite, comme dans les contrats échange, il appartient au juge « *d'interpréter la convention et d'en faire assurer le respect en cas de besoin. Mais il lui revient en outre de veiller au bon fonctionnement des organes institués par les parties* »<sup>64</sup>. Enfin, dans un contexte marqué par une place prépondérante

de la liberté contractuelle, la vigilance du juge doit être plus accrue, car, au nom de cette liberté, les associés peuvent signer diverses conventions extra-statutaires ou profiter du silence du législateur pour développer les constructions purement volontaristes<sup>65</sup>. La formule utilisée par la Cour d'appel de Port-Gentil pour l'exprimer mérite d'être relevée: « *le caractère impératif attaché au droit des sociétés commerciales, combiné à l'autorité reconnue ou refusée, à la fois aux délibérations d'une assemblée générale et aux états financiers de synthèse annuels en raison des modalités qui président à leur convocation et à la tenue des comptes qui y sont soumis, autorisent le juge à ordonner toutes vérifications utiles, chaque fois qu'il en est requis, ainsi qu'il résulte des dispositions des articles 2 et 348 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique...* »<sup>66</sup> Pour y parvenir, le juge adopte la méthode finaliste selon laquelle, la fundamentalité du droit est invoquée « *pour justifier la prépondérance ou la prééminence d'un droit face à ce qui pourrait le compromettre* »<sup>67</sup>. En toute logique, cette méthode aboutit à la nullité d'actes ou délibérations portant atteinte aux droits fondamentaux. Sanction normalement attachée à la violation d'une règle impérative, la nullité a un domaine restreint en droit des sociétés<sup>68</sup>. Les juges y ont fréquemment recours en cas d'atteinte au droit de vote. Il a ainsi été prononcé la nullité d'une clause des statuts d'une société en commandite par actions qui « *instituait, pour certains associés, une suppression du droit de vote non prévue par la loi* »<sup>69</sup>. Dans une autre décision, les juges ont privé d'effet une clause stipulant que: « *l'associé objet de la procédure d'exclusion ne peut prendre part au vote de la résolution relative à son exclusion et les calculs (de quorum) et majorité sont faits sans tenir compte des voix dont il dispose* »<sup>70</sup>. En l'espèce, « *la Chambre commerciale a approuvé la Cour d'appel sur le terrain des droits de l'associé* »<sup>71</sup>.

Les critères objectifs, même s'ils sont satisfaisants, ne sont pas suffisants, car, selon une belle formule d'un au-

57 Com., 4 décembre 2012, Directeur général des douanes et droits indirects c/ Dahan, *Rev. Sociétés*, avril 2013, p. 228, note A. REYGROBELLET.

58 A. REYGROBELLET, note précit., p. 233.

59 Il s'agit, entre autres, de l'admission du pacte d'actionnaire (article 2.1 de l'AUDSC), de l'institution de la société par actions simplifiées (article 853-1, al. 1<sup>er</sup> de l'AUDSC). Sur tous ces points, voir par exemple, *Droit et Patrimoine*, n° 239, précit., pp. 48 et s.

60 M. JEANTIN, *loc. cit.*, p. 307.

61 A. PELISSIER, « La participation des droits fondamentaux à la construction d'un droit européen des contrats », in R. CABRILLAC et alii (dir.), *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain*, Colloque du 27 juin 2007, Société et législation comparée, Paris, 2008, p. 33.

62 A. KONGATOUA-KASSONZO, *L'intervention des actionnaires dans le fonctionnement des sociétés anonymes*, Thèse, Paris I Panthéon-Sorbonne, 1997, p. 289.

63 V. ALLEGAERT, *op. cit.*, p. 149.

64 P. DIDIER, « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *Mélanges François TERRE*, Paris, Dalloz, 1999, p. 639.

65 M. JEANTIN, *loc. cit.* p. 151.

66 Cour d'appel de Port-Gentil, 1<sup>er</sup> Chambre civile et commerciale, arrêt du 1<sup>er</sup> mars 2007, affaire Gabon Voyage c/ Descarceaux. Appel d'un jugement rendu le 1<sup>er</sup> avril 2004 par le Tribunal de Première Instance de Port-Gentil. Ohadata J-08-129. Voir aussi, J. ISSA-SAYEGH, *Répertoire quinquennal OHADA, 2006-2010*, Tome II, 4<sup>ème</sup> partie: jurisprudence, p. 748.

67 V. ALLEGAERT, *op. cit.*, n° 71, p. 106.

68 Y. De CORDT, *op. cit.*, p. 313; O. KASSIA BI, « Le recul de la nullité dans l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique », *Penant*, n° 848, juillet-septembre 2004, p. 352 et s.; K. FADIKA, « La clarification du régime des nullités », *Droit et Patrimoine*, n° 239, précit., p. 89.

69 Cass. 9 fév. 1999, *Rev. sociétés* 1999, 79, note P. Le Cannu; JCP E 1999, 724, note Y. Guyon; JCP 1999, II, 10168, note G. Blanc; *RTD com.* 1999, 902, obs. Y. Reinhard.

70 Com., 6 mai 2014, *Rev. sociétés* octobre 2014, note P. Le Cannu; *D.* 2014, 1485, note B. Dondero.

71 P. Le CANNU, note sous Com., 6 mai 2014, précit., p. 552.

teur, « le droit marche toujours sur deux jambes »<sup>72</sup>. Il importe alors de rechercher les critères représentatifs de la seconde jambe.

## B. LES CRITÈRES SUBJECTIFS D'IDENTIFICATION

L'acte fondateur de la société doit remplir toutes les conditions de validité prévues par les dispositions relatives au droit commun des contrats. En raison de son caractère particulier, cette convention nécessite, en plus, l'intervention de trois éléments constitutifs complémentaires, notamment « l'existence des apports, la soumission au risque de perte articulée à la participation à la chance d'avoir des bénéficiaires, et l'affectio societatis »<sup>73</sup>. Ces conditions fournissent des éléments de justification à la fondamentale des droits. Cependant, il ne sera pas tenu compte de l'apport qui est un préalable à la constitution de la société.

En réalité, c'est lui qui donne lieu à l'attribution de titres sociaux<sup>74</sup>. Il ne reste donc plus qu'à s'intéresser à l'affectio societatis (1) et à la vocation de l'associé à participer aux résultats (2).

### 1/ Le critère tenant à l'affectio societatis

La notion d'affectio societatis n'est pas utilisée par le législateur<sup>75</sup>, mais on peut la déduire de l'article 4 alinéa 2 de l'AUDSC, selon lequel, la société commerciale doit être créée « dans l'intérêt commun des associés ». En l'absence de définition législative, l'effort doctrinal a consisté à conceptualiser la notion. Ainsi, de multiples conceptions se sont-elles succédé pour satisfaire l'ambition et tenter de cerner la notion<sup>76</sup>. De toute évidence, l'affectio societatis est un élément caractéristique de la société. Son existence même est subordonnée à la présence de l'affectio societatis. Ainsi, la

démonstration de l'existence d'une société créée de fait nécessite la preuve d'une affectio societatis. De même, la présence de celle-ci permet de distinguer le contrat de société d'autres contrats, tels que le contrat de travail ou le contrat de prêt<sup>77</sup>. C'est un élément constitutif et constant du contrat de société, car d'une part, elle doit exister au moment de la formation de la société et d'autre part, elle demeure durant la vie sociale<sup>78</sup>. Le caractère fonctionnel de cette notion lui permet de garder « toute sa souplesse afin de mieux pouvoir s'adapter »<sup>79</sup>. L'affectio societatis conserve ainsi le même contenu aussi bien dans la société pluripersonnelle que dans la société unipersonnelle<sup>80</sup>.

La fondamentale provient de ce que l'affectio societatis se traduit par une exigence d'égalité qui justifie « l'attribution aux associés de droits de même nature et donc l'absence de lien de subordination »<sup>81</sup>. L'affectio societatis constitue la juste mesure sans laquelle on ne peut prétendre bénéficier de droits qui n'appartiennent qu'aux associés de la société<sup>82</sup>. De ce que l'affectio societatis est un dérivé de l'intuitu personae, on peut déduire que les droits fondamentaux sont attachés à la personne de l'associé qui ne saurait en être dépossédé. Les droits nés de l'affectio societatis constituent un « minimum irréductible de participation à la gestion sans lequel il ne peut y avoir d'associé »<sup>83</sup>. Dans le même ordre d'idées, l'affaiblissement de l'affectio societatis est parfois à la base des litiges entre associés. Ce qui peut conduire le juge à prononcer la dissolution anticipée de la société qui, bien que présentant à l'origine toutes les conditions de validité et de prospérité, est ainsi au cours de son existence perturbée par des divergences sérieuses entre associés<sup>84</sup>. Le Tribunal de grande instance de Ouagadougou en donne une illustration: « La demande de dissolution formée par l'associé gérant doit être accueillie, par application de l'article 200 AUDSC, si les faits de la cause démontrent une mésentente entre les associés. Il s'ensuit que le tribunal doit désigner un liquidateur et un

72 A. COURET, «Expertises de gestion: les décisions plus favorables pour les actionnaires minoritaires», *Les Echos*, 9 janvier, 2003, in M.-A. FRISON-ROCHE et S. BONFILS, *Les grandes questions du droit économique. Introduction et documents*, Paris, PUF, 2005, p. 222; voir aussi, F. GRUA, «Les divisions du droit», *RTD civ.* 92 (1), janv.-mars 1993, p.58.

73 M.-A. FRISON-ROCHE et S. BONFILS, *op. cit.*, p. 160.

74 Y. GUYON, «Apports», in *Répertoire des sociétés*, Dalloz, 2002, p. 2; voir aussi, E. M. KAMTA FENDOP, «Associés», in P.G. POUGOUÉ, *Encyclopédie du Droit OHADA*, *op. cit.*, p.363; E. GONÇALVES, *Droit des sociétés*, Cotonou, Pothier, 2<sup>e</sup> éditions, 2015, p. 27. Pour des applications, Req. 15 déc. 1920: S. 1922, 1. 17, note Bourcart. Com. 20 juin 1976: *Rev. sociétés* 1977. 237, note Hémarid;

75 Historiquement, tout part d'un texte d'Ulpien rapporté au Digeste de Justinien. Dans ce texte, Ulpien s'adonne à résoudre un problème qui s'était déjà posé à Rome: «tel contrat ouvrirait-il l'action pro socio ou une action praescriptis verbis?» Ce qui revient plus précisément à se demander comment peut-on distinguer une simple communauté d'une société véritable? Pour ce faire, Ulpien répond en cherchant si les parties ont eu ou non pas eu l'animus contrahendae societatis. Ainsi, l'affectio societatis apparaît en droit romain comme le synonyme de contrat de société. Voir N. REBOUL, *loc. cit.*, n° 1.

76 N. REBOUL, «Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle: l'affectio societatis», *Rev. sociétés* (3), juill.-sept. 2000, p. 430; P. SERLOOTEN, «L'affectio societatis, une notion à revisiter», in *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves GUYON*, Paris, Dalloz, 2003, p. 1008.

77 P.DIDIER, «Brèves notes sur le contrat-organisation», *loc. cit.*, p. 636.

78 D.NZOUABETH, *op. cit.*, n° 220, p. 86. Pour quelques applications, TGI, Paris, 14 mars 1973, *Gaz. Pal.* 1973, II, p. 913, note M. Peisse: l'affectio societatis est «un élément spécifique du contrat de société, qui doit durer aussi longtemps que la société et plus particulièrement comme c'est le cas, lorsque les statuts prévoient un agrément»; Com., 3 juin 1986, *Rev. Soc.* 1986, 585, note Y. Guyon: en l'espèce, la haute juridiction a censuré l'arrêt d'une cour d'appel qui n'avait pas recherché «si en s'intéressant à la gestion, R. avait collaboré de façon effective à l'exploitation de ce fonds dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité avec son associé pour participer aux bénéfices comme aux pertes».

79 N. REBOUL, *loc. cit.*, p. 434.

80 M. ADAMO, «La notion d'affectio societatis en droit des sociétés commerciales (OHADA)», *Revue togolaise des sciences juridiques*, juillet-décembre 2012, n° 0003, p. 84.

81 P. SERLOOTEN, *loc. cit.*, p. 1012.

82 N. REBOUL, *loc. cit.*, p.440.

83 D. NZOUABETH, *op. cit.*, note infrapaginale n° 336, p. 91.

84 D. NZOUABETH, *thèse précit.*, spéc., pp.75 et s.

*juge-commissaire pour les besoins de la liquidation* »<sup>85</sup>. En clair, de l'existence de l'*affectio societatis* dépend la poursuite des activités sociales susceptibles de produire les résultats escomptés.

## 2/ Le critère fondé sur la vocation de l'associé à participer aux résultats

Plusieurs arguments militent en faveur de la fondamentalité tenant à la vocation de l'associé à participer aux résultats. *Primo*, la répartition des richesses est un procédé du droit : « *Suum cuique tribuere* »<sup>86</sup>, disaient les Romains. Plus précisément, « *le droit fixe la part de chacun, part qui peut être extra-économique (...) ou négative* »<sup>87</sup>. *Deuxio*, la participation aux résultats a un ancrage philosophique. En effet, le droit aux dividendes<sup>88</sup> participe de la justice commutative, c'est-à-dire, celle qui préside aux échanges dans les relations d'individu à individu. En effet, il est légitime et opportun qu'un individu reçoive plus qu'un autre s'il contribue davantage au bien commun. Aristote considère le juste politique comme « *la forme du juste qui doit régner entre des gens associés en vue d'une existence qui se suffit à elle-même, associés supposés libres et égaux en droits, d'une égalité soit proportionnelle, soit arithmétique* »<sup>89</sup>. *Tertio*, la théorie de la cause est intéressante pour justifier la fondamentalité du critère de participation aux résultats. En effet, parmi les conditions de formation de tout contrat, figure la cause qui est une « *condition essentielle à la validité du contrat* »<sup>90</sup>. La cause de l'engagement de l'associé correspond « *au pourquoi de la création de la société* »<sup>91</sup>. La société a pour cause l'enrichissement des associés qu'il s'agisse pour chacun d'eux de partager un bénéfice ou de profiter d'une économie. Concrètement, l'acte de société étant un acte intéressé, il en résulte que tout participant a le droit de prétendre au résultat. Le caractère commercial de la société, c'est-à-dire, sa vocation à rechercher le profit, est de nature à justifier que les bénéfices qu'elle génère de par son activité soient nécessairement destinés aux personnes

qui l'ont constituée précisément dans cette intention<sup>92</sup>. En somme, les droits fondamentaux sont identifiables à partir de deux types de critères tirés du droit commun et du droit spécial des sociétés. Ces critères sont cumulatifs, c'est-à-dire qu'un droit ne peut être qualifié de fondamental que s'il réunit à la fois tous ces critères. Cependant, la fondamentalité n'est pas achevée par la réunion desdits critères. Elle trouve un prolongement dans la détermination de leurs fonctions.

## II. LES FONCTIONS DES DROITS FONDAMENTAUX

À la lumière des critères identifiés, on se rend compte que les droits fondamentaux sont consubstantiels à la qualité d'associé. Déterminer les fonctions de ces droits est une nécessité, car, il s'agit de démontrer leur utilité, le vocable « fonction » étant défini comme « *(le) rôle, (l') utilité d'un élément dans un ensemble* »<sup>93</sup>. Selon un auteur, les fonctions des droits fondamentaux se situent au plan objectif et subjectif. Les fonctions subjectives subissent une « *division* »<sup>94</sup> en quatre grandes dimensions, à savoir, la fonction de garantie ou protectrice, la fonction participative, la fonction promotionnelle et la fonction de dissension face au consensus<sup>95</sup>. Deux de ces fonctions paraissent faire écho aux critères identifiés : la fonction protectrice (A) et la fonction participative (B).

### A. LA FONCTION PROTECTRICE

Les droits fondamentaux étant par essence des droits subjectifs, c'est d'abord à leurs titulaires qu'ils s'adressent. Pour l'essentiel, l'associé a des prérogatives individuelles, et son influence dans la société est proportionnée, théoriquement, à la fraction de capital qu'il détient<sup>96</sup>. Les droits fondamentaux permettent d'assurer la protection de ces prérogatives de l'associé qui sont d'une part, politiques (A) et d'autre part, économiques (B).

### 1/ La protection des prérogatives politiques

Le critère de l'*affectio societatis* permet de mieux justifier la fonction protection des prérogatives politiques « *reconnues aux citoyens et à travers lesquelles ils peuvent participer à la vie politique* »<sup>97</sup>. Les droits « *nés de l'affectio societatis consistent à permettre aux associés de participer aux assemblées ou aux consultations et d'y voter, c'est-à-dire d'avoir accès aux assemblées, en s'exprimant afin de faire valoir leurs opinions, en réfutant les opinions des autres associés et, enfin, en prenant*

85 TGI, Ouagadougou, n°303; 14-4-1999: Ilboudo Ambroise c/ Vandamme Raphaël, www.ohada.com, ohadata J-02-47; voir aussi, Voir exemple, Civ, 3°, 16 mars 2011, 10-15. 459, *Bull.* 2011, III, n°42.

86 Rendre à chacun le sien.

87 Ph. JESTAZ, *op. cit.*, p. 7.

88 Sur la nature juridique des dividendes, voir R. MICHA GOUDET, « Nature juridique des dividendes », *La semaine juridique*, n° 3 du 15 janvier 1998, pp. 68 et s.

89 ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, trad. J. TRICOT, Paris, Vrin, 1997, V,5-7, 1130b-1132b.

90 J. CARBONNIER, *Droit civil, Tome 4: les obligations*, Paris, PUF, 1995, n°58; J. DJOGBENOU, « La cause dans les contrats conclus sur le fondement des actes uniformes de l'OHADA », *RBSJA*, n° 20 et 21, 2008-2009, p. 57; X. LAGARDE, « Sur l'utilité de la cause », *D.* 2007, n° 11, p. 740.

91 M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Paris, Litec, 2010, p. 57.

92 E. M. KAMTA FENDOP, « Associés », in P.G. POUGOUE, *Encyclopédie du droit OHADA*, *op. cit.*, p.371

93 Dictionnaire *Le Petit Larousse* 2008, p. 429.

94 F. GRUA, « Les divisions du droit », *RTD civ.* (1), janv.-mars 1993, p. 59 et s.

95 M. PECES-BARBA, *op. cit.*, p. 383.

96 B. SAINTOURENS, *loc.cit.*, n°85, p. 489.

97 J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, *op. cit.*, p.320.

part au vote »<sup>98</sup>.

Les prérogatives politiques de l'associé sont envisagées à un double point de vue positif et négatif. Négativement, l'associé ne peut être exclu. En d'autres termes, sa citoyenneté ne peut lui être retirée contre son gré. L'exclusion de l'associé pose plus un problème de forme que de fond qui sera envisagé ultérieurement. Positivement, « tout associé a le droit de participer aux décisions collectives »<sup>99</sup>. Cette prérogative revêt deux formes. Le droit de participer aux décisions stratégiques qui englobe, d'une part, le droit de participer aux assemblées et, d'autre part, le droit d'y exprimer un vote. L'examen des droits politiques ne mentionne que rarement le droit de participation. Or, selon M. Le CANNU, le droit de participer aux décisions collectives est le droit politique de base, « encore plus large que le droit de vote »<sup>100</sup>. À sa suite, M. NZOUABETH, s'appuyant entre autres sur les dispositions de l'article 125 de l'Acte uniforme<sup>101</sup>, relève que « le droit de vote n'est qu'une expression du droit de participation à défaut d'en être l'unique objet. Il s'entend comme l'expression d'un suffrage lorsqu'une décision doit être prise par l'assemblée des associés. Le droit de participation aux décisions collectives recouvre assurément le droit d'être présent lors de la prise de décision, ce qui revient à dire que les dirigeants ont le devoir de convoquer tous les associés »<sup>102</sup>. Selon le même auteur, le droit de participer aux décisions collectives ne souffre pas d'exceptions, à la différence du droit de vote, dont l'exercice peut être conventionnellement aménagé<sup>103</sup>. La Cour de cassation française semble opérer cette distinction dans l'arrêt de *Gaste*<sup>104</sup> sans remettre en cause la fundamentalité du droit de vote affirmé depuis des lustres par la même juridiction dans un arrêt resté célèbre<sup>105</sup>. Certes, le droit de vote a connu des

aménagements<sup>106</sup> en permettant la création d'actions de préférence « avec ou sans droit de vote, assorties de droits particuliers de toute nature, à titre temporaire ou permanent »<sup>107</sup>. Mais l'on doit se garder de conclure à une « désacralisation du droit de vote »,<sup>108</sup> car, les nouvelles formes d'action, loin de remettre en cause la fundamentalité de ce droit, visent plutôt « à faciliter le financement des entreprises »<sup>109</sup>. Au demeurant, l'article 752 prescrit que ce type de préférence est conditionné à « une inscription nominative depuis au moins deux ans d'un même actionnaire ». En droit comparé, le caractère fondamental du droit de vote a trouvé une nouvelle vigueur dans les principes anglo-saxons de la *corporate governance*<sup>110</sup>, lesquels entendent réhabiliter l'actionnaire, et au-delà, l'associé dans la plénitude de ses prérogatives<sup>111</sup>.

La protection des prérogatives politiques tient aussi dans l'appréciation stricte des abus de vote<sup>112</sup>, et, en particulier, de l'abus de minorité. On sait que l'abus de minorité est constitué lorsque deux conditions sont satisfaites: d'une part, si l'opposition du minoritaire est contraire à l'intérêt social et, d'autre part, si cette opposition est fondée sur l'unique dessein du minoritaire de favoriser ses propres intérêts au détriment de celui de l'ensemble des autres associés<sup>113</sup>. En réalité, « la voie de l'abus de minorité est plus difficile à mettre en œuvre qu'on ne le croit »<sup>114</sup>, surtout en ce qui concerne la seconde condition. Un arrêt de la Cour de cassation en est une illustration renouvelée. En l'espèce, la Haute juridiction, censurant un arrêt qui admet l'existence de l'abus de minorité, a affirmé que: « Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs, impropres à établir qu'en refusant d'approuver le projet présenté par la société GDF-Suez, la société Soper avait agi dans l'unique des-

98 D. NZOUABETH, *op. cit.*, n°229, p. 91.

99 Article 53. 4) et article 125 et s.

100 P. Le CANNU, «Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives», in *Mélanges Philippe MERLE*, Paris, Dalloz, 2013, pp.447-448.

101 Aux termes de cet article, «sauf disposition contraire du présent Acte uniforme, tout associé a le droit de participer aux décisions collectives. Toute clause statutaire contraire est réputée non écrite».

102 D. NZOUABETH, *op. cit.*, p. 216.

103 *Ibidem*.

104 Com. 4 janv. 1994, Bull. civ.IV, n° 10; D. 1994. IR. 40; *Rev. sociétés* 1994.278, note M. Lecène Marénaud; RTD civ. 1994. 644, obs. F. Zenati; JCP E 1994. I. 363, obs. Viandier et J.-J. Caussain; Bull. Joly 1994. 279, § 68, comm. J.-J. Daigre; Dr. sociétés, mars 1994, n°45, obs. T. Bonneau.

105 Cass. Civ. 7 avr. 1932, aff. Kopf C. Société de filature et de tissage de Ligugé, DP 1933, I, p. 153, note P. CORDONNIER; S. 1933, I, p.177, note H. ROUSSEAU; Journ. Sociétés 1934, p. 289, H. LECOMPTE; Voir aussi, dans le même sens Paris, 2 juin 1954, JCP 1955 II, n. 8715, note D. BASTIAN; CA Paris, 24 nov. 1954, D. 1955, p. 236, note RIPERT; JCP 1955, II, n. 8448, concl. LAMBERT; CA, Paris, 6 dec. 1954, D. 1955, p.119; Com., 21 janvier 2014, pourvoi n° 13-10.151, Bull. 2014, IV, n°16.

106 Il s'agit, entre autres, des actions de préférence, voir notamment: J.J. LECAT, «Les actions de préférence dans le nouvel acte uniforme sur les sociétés commerciales», *Penant*, 887, p. 196; A.VIANDIER, «Les actions de préférence», *JCP E* 2004, 1440; E. GONCALVES, «La rupture de l'égalité dans les souscriptions prioritaires d'actions en droit OHADA», in *De l'esprit du droit africain, Mélanges en l'honneur de Paul Gérard POUGOUÉ*, Wolters Kluwer/ Credij, 2014, p.329.

107 Article 544.

108 A.-V. LE FUR, *loc. cit.*, p. 2016.

109 J. LECAT, *loc. cit.*, p. 196; B. FAYE et J. NYEMB, «La consécration de nouveaux outils d'ingénierie juridique», *Droit et Patrimoine*, n° 239, *précit.*, p.71.

110 Sur la notion, voir par exemple, M.-A. FRISON-ROCHE, et S. BONFILS (dir.), *op. cit.*, p. 175.

111 R. KADDOUCH, *op. cit.*, p.514.

112 Articles 130 et s. de l'AUDSC.

113 Voir article 131 de l'AUDSC. Ces critères ont été dégagés par la jurisprudence française: Cass. Com. 22 avr. 1976, *Rev. sociétés* 1976, p. 479, note D. Schmidt; Cass. Com, 23 juin 1987, *Petites Affiches*, 19 oct. 1987. Lire par exemple, B. KAMENA, *thèse précit.*; A.-M. CARTRON, et B. MARTOR, «L'associé minoritaire dans les sociétés régies par le droit OHADA», *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 1, janvier-février 2010, pp. 21 et s.

114 A. VIANDIER, «Note sous Cour de cassation (com.)», 4 décembre 2012, F-D, n°11-25. 408, Sté de Participation dans les énergies renouvelables (SOPER) SASU c/ Sté GDF Suez, *Rev. des Soc.*, mars 2013, p. 151.

«... de favoriser ses propres intérêts au détriment des autres associés, la cour d'appel n'a pas donné de base égale à sa décision »<sup>115</sup>. Cette position de la Haute juridiction, conforme à sa jurisprudence antérieure, « ne doit pas étonner dans la mesure où la liberté de vote de tous les associés est le principe et ce n'est (...) qu'à titre exceptionnel que l'on peut rechercher la responsabilité du minoritaire, qui, par son vote, aura empêché une décision d'être prise »<sup>116</sup>. Cette démarche de la Cour de cassation mérite d'être approuvée, car, elle participe de la sauvegarde du caractère fondamental du droit de vote dont la protection appelle celle des droits économiques en raison de l'interdépendance entre ces droits.

## 2/ La protection des intérêts économiques

On est amené à faire ici application du critère tiré de la participation aux résultats. Aux termes de l'article 52 de l'AUDSC, « les titres sociaux sont des biens meubles ». Le caractère de bien tient au fait que le titre social est susceptible à la fois d'une évaluation économique et d'une appropriation privative<sup>117</sup>. La protection des intérêts économiques de l'associé revêt deux aspects: la sauvegarde du droit de propriété et l'encadrement des modalités de répartition du dividende.

Le droit de propriété « est un droit économique dans la mesure où il établit un lien nécessaire entre le sujet, un bien et la société (...) »<sup>118</sup>. Certains philosophes considèrent le droit de propriété comme absolument nécessaire. Ainsi, pour John LOCKE, il se fonde sur le travail humain et tire sa légitimité de l'activité humaine de maîtrise de la nature<sup>119</sup>. Un autre auteur voit dans le droit de propriété un droit économique dans la mesure où « il établit un lien nécessaire entre le sujet, un bien et la société »<sup>120</sup>. Le premier des droits fondamentaux « à avoir été sollicité à l'occasion d'un litige ayant pour cadre

une société est sans doute le droit de propriété »<sup>121</sup>. En l'espèce, la question s'était posée de savoir si l'atteinte portée aux prérogatives des actionnaires pouvait être regardée comme une atteinte au droit de propriété protégé par l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, relatif au respect des biens et par les articles 2 et 17 de la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen. Précisément, l'interrogation a surgi à l'occasion des décisions que les actionnaires expropriés regardaient comme attentatoires à leur droit de propriété<sup>122</sup>. Cette atteinte de jouissance a reçu satisfaction<sup>123</sup>. En effet, il est établi aujourd'hui, même s'il s'agit d'une approximation au regard des catégories du droit civil<sup>124</sup>, que l'associé doit être regardé comme un propriétaire de cette créance qu'est la part sociale ou l'action et qu'il bénéficie de la protection conférée à ce droit fondamental qu'est la propriété. Le droit au respect des biens vaut pour tous les biens quelle que soit leur nature et il est désormais acquis qu'il protège le titre de l'associé<sup>125</sup>. Cette analyse reçoit un écho favorable en jurisprudence. Ainsi, dans un arrêt de la Cour d'appel de Versailles où il était question d'un conflit entre deux groupes d'associés dans une SARL, les juges ont précisé, entre autres, que l'article 544 du Code civil<sup>126</sup> s'opposait au rachat forcé des parts sociales<sup>127</sup>.

La protection des droits économiques de l'associé trouve une seconde manifestation dans l'encadrement de la distribution du dividende. En effet, une fois la distribution de dividende décidée par l'Assemblée Générale des associés, la mise en paiement doit avoir lieu dans un délai maximum de neuf (9) mois après la clôture de l'exercice. La prorogation de ce délai ne peut être accordée que par le juge<sup>128</sup>. Le législateur veille ainsi « à la protection des droits de l'associé dont les dividendes ne doivent pas servir à d'autres fins alors que leur distribution est décidée »<sup>129</sup>.

Qu'elle soit économique ou politique, la protection trouve un prolongement dans l'exercice de la fonction participative.

115 Cour de cassation (com.), 4 décembre 2012, *précit.*; voir aussi, Tribunal régional de Niamey, Jugement civil n° 96 du 26 mars 2003, Abass Hammoud c/ Jacques Claude Lacour: Ohadata J-04-78.

116 A. VIANDIER, « Note sous Cour de cassation (com.), 4 décembre 2012, *précit.*, p. 151. On peut saluer la clairvoyance du législateur qui a prévu à l'alinéa 3 l'article 131 de l'AUDSC que « la juridiction compétente peut désigner un mandataire ad hoc aux fins de représenter à une prochaine assemblée les associés minoritaires ou égalitaires dont le comportement est jugé abusif et de voter en leur nom dans le sens des décisions conformes à l'intérêt social y compris celui des différents associés ».

117 P.-G. POUGOUE, NGUEBOUE-TOUKAM et F. ANOUKAHA, Commentaire de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, OHADA, *Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2014, p. 402.

118 S. MARCUS-HELMONS, « Le droit de propriété est-il un droit fondamental au sens de la Convention européenne des droits de l'homme? », *loc. cit.*, pp. 194-195; voir aussi, R. LIBCHABER, « La propriété, droit fondamental », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et Th. REVET, *op. cit.*, p. 739.

119 J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, Paris, Garnier-Flammarion, 1984, pp. 193 et s; LIBCHABER (R.), *loc. cit.*, p. 743.

120 P. MEYER-BISH, « Légitimations démocratiques des limites au droit de propriété », *op. cit.*, pp. 30 à 34.

121 F.X. LUCAS, « Le principe du contradictoire », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et Th. REVET, *op. cit.*, p. 782.

122 *Ibidem*.

123 Cons. const., déc. n° 82-139 du 11 févr. 1982, in DU BOURG-LAVROFF et A. PANTELIS, *Les décisions du essentielles du Conseil constitutionnel: des origines à nos jours*, Paris, l'Harmattan, 1994, p. 64.

124 L'associé est, en réalité, bénéficiaire d'un droit de créance sur la société.

125 F.-X. LUCAS, *loc. cit.*, p. 800.

126 Aux termes de cet article, « La propriété est le droit de jouir des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et par les règlements ».

127 Bull. Joly 1990, p. 327, note le Cannu. Dans le même sens, Aix-en-Provence, 26 juin 1984, D. 1985, p. 372, note J. Mestre.

128 Article 146 AUDSC.

129 E. GONÇALVES, *op. cit.*, p. 52.

## B. LA FONCTION PARTICIPATIVE

Si la société commerciale est comme une cité politique, dont les actionnaires seraient les citoyens, il est logique d'attendre de ceux-ci la participation à la réalisation de l'intérêt social. La participation considérée ici est celle qui intervient dans un contexte de menace. Celle-ci désigne la « situation qui présente objectivement (quelle qu'en soit la cause) un risque de dommage »<sup>130</sup>. La menace peut porter sur la personne de l'associé (1) ou sur l'intérêt social (2).

### 1/ La participation en cas de menace sur la qualité d'associé

En principe, tout associé a le droit de rester dans la société et ne peut être exclu ou contraint de céder ses parts ou actions contre son gré<sup>131</sup>. Ce droit qualifié de fondamental par la jurisprudence<sup>132</sup>, n'est cependant, pas à l'abri d'une remise en cause, notamment de la part des coassociés<sup>133</sup>. Le cas échéant, les droits fondamentaux processuels volent à son secours. Il s'agit plus précisément du principe des droits de la défense et de l'exigence d'un débat contradictoire<sup>134</sup> qui ont été sollicités pour apprécier la régularité d'une procédure d'exclusion d'un associé<sup>135</sup>. En effet, « il serait contraire à un certain sentiment de justice que l'exclusion soit abandonnée à la seule loi de la majorité »<sup>136</sup>. Le principe du contradictoire est, sans aucun doute, « le fondement même de toute justice et par là même, d'une certaine façon, au fondement du droit »<sup>137</sup>. Ce principe doit être particulièrement observé en cas d'exclusion de l'associé qui est une sanction grave, « traduisant à l'évidence le défaut d'affectio societatis »<sup>138</sup>. La possibilité d'exclusion ne devrait pas être abandonnée au bon vouloir des majoritaires. Le contrôle judiciaire s'impose en considération de la gravité de la décision d'exclusion qui ne saurait

être décidée de façon discrétionnaire par ceux qui détiennent le pouvoir. La Cour de cassation française a précisé que ce contrôle judiciaire de l'exclusion et la gravité des motifs invoqués pour la justifier était d'ordre public et qu'il ne pouvait être écarté par une clause des statuts<sup>139</sup>. Une partie de la doctrine soutient que le principe du contradictoire semble étranger au fonctionnement des sociétés, même lorsqu'il s'agit de prendre une décision d'exclusion d'un associé ou de révocation d'un dirigeant<sup>140</sup>. Selon M. LUCAS, l'irruption du contradictoire dans le fonctionnement des organes sociaux est le fruit d'une erreur de perspective sans doute imputable à des juges qui transposent les exigences du procès équitable hors du cadre du procès. Il convient, d'après ce même auteur, « de laisser tout cela de côté et se souvenir que l'acte juridique qu'est une délibération sociale n'est soumis qu'au formalisme imposé par la loi pour son adoption. Or, les textes n'imposent nullement qu'une décision de révocation ou d'exclusion satisfasse aux exigences du contradictoire. La vérité est que le principe de la contradiction, au sens où l'entend le droit processuel, n'a pas sa place dans le processus d'élaboration des délibérations sociales. En décider autrement procède d'une confusion sur la nature et la fonction des organes sociaux »<sup>141</sup>. La jurisprudence semble conforter cette analyse. En effet, d'après la Cour de cassation française, dans un arrêt du 16 juin 1993<sup>142</sup>, l'Assemblée générale, même lorsqu'elle se prononce sur une mesure d'exclusion, « n'est pas un organisme juridictionnel ou disciplinaire, établi par la loi, mais un organe de gestion interne à la société, dont la décision relève du contrôle juridictionnel du tribunal de grande instance, puis de la cour d'appel » devant lesquels l'associé exclu peut se faire assister par un avocat. Cette analyse a été réaffirmée par un arrêt en présence d'une société autre qu'une coopérative<sup>143</sup>. Cette constance dans la jurisprudence permet de conclure que les exigences qui découlent du droit à un procès équitable ne valent pas au sein des conseils d'administration ou des assemblées générales, mais seulement devant la juridiction qui pourra être ultérieurement saisie<sup>144</sup>.

Selon M. LUCAS, en lieu et place du principe du contradictoire, il faudra plutôt organiser un débat. Cette nécessité d'un débat préalable n'est pas fondée sur le principe du contradictoire, mais sur le formalisme des

130 G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 574.

131 A. GUENGANT, D. DAVODET, S. de VENDEUIL et Ph. ENGEL, op. cit., p.113.

132 Voir par exemple, Paris, 26 mai 1989, *JCP E*, 1990, 15677, n° 1, p. 53, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN.

133 On retrouve à nouveau le clivage entre théorie contractuelle et théorie institutionnelle. La première fait obstacle à l'exclusion au nom de la force obligatoire des contrats alors que la seconde l'admet comme l'illustre une décision selon laquelle, une mesure d'exclusion prononcée à l'encontre d'un associé est conforme « à la notion institutionnelle de la société qui veut qu'une société n'est pas un contrat abandonné en tant que tel à la volonté de ceux qui lui ont donné naissance, mais plutôt une institution, c'est-à-dire un corps social dépassant les volontés individuelles » : CA Reims, 24-4-1989; *Bulletin rapide de droit des affaires Francis Lefebvre* (BRDA), 1989/18, p. 20.

134 Sur l'évolution des liens entre les droits de la défense et le principe du contradictoire, voir par exemple, G. RAVARANI, « Interrogations autour d'un droit fondamental: l'appel », in *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, Dalloz, 2010, p. 357.

135 M. GERMAIN, « Pactes, statuts et ordre public », loc. cit., p.309.

136 *Idem*, p. 310.

137 N. MATHEY, loc. cit., p.223; voir notamment, L. CADIET et alii, *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, 2010, pp. 628 et s.

138 D. NZOUABETH, op. cit., n°544, p. 257.

139 Com. 21 oct. 1997, *RTD com.* 1998.169, obs.B. Petit et Y. Reinhard; *Rev. sociétés*1998. 99, note B. Saintourens.

140 F.-X. LUCAS, « Le principe du contradictoire », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et Th. REVET, op.cit., p. 800.

141 *Idem*, p. 796.

142 Civ. 1<sup>re</sup>, 16 juin 1993, PÉrorini c. Cave coopérative vinicole Santa Bara de Sartène; *RTD Com.*1994. 71, n°4, obs. E. Alfandari et M. Jeantin; *Rev. Sociétés* 1994.295, note Y. Chartier.

143 Cass. com., 13 juillet 2010, pourvoi n° 09-16.156, *Bull.*2010, IV, n°129.

144 F.-X. LUCAS, loc. cit., p. 799.

délibérations sociales<sup>145</sup>. Il s'agit là d'une preuve supplémentaire de la réticence de certains auteurs à recevoir en droit des sociétés commerciales des notions propres aux droits de l'homme. En dernière analyse, au-delà des termes, c'est la finalité qui importe qu'il s'agisse de la protection de la personne de l'associé ou de la sauvegarde de l'intérêt social.

## 2/ La participation en cas de menace sur l'intérêt social

La notion d'intérêt social<sup>146</sup> à laquelle la jurisprudence française a, peu à peu, fait référence trouve aujourd'hui sa consécration législative dans l'Acte uniforme OHADA sur les sociétés commerciales<sup>147</sup>. Ainsi, l'article 891 de l'AUDSC punit les actes contraires à l'intérêt social. Cette référence est également visée par les articles 130 alinéa 2 et 131 alinéa 2 relatifs à l'abus de majorité et de minorité, pour lesquels l'intérêt social est assimilé à celui des associés, sans exclure pour autant celui de la société en tant que personne morale<sup>148</sup>. Il a été notamment jugé que l'*affectio societatis* impliquait un pouvoir de contrôle et de critique ainsi qu'un concours actif à l'administration de l'affaire<sup>149</sup>. Deux mécanismes permettent d'atteindre cet objectif: l'expertise de gestion et l'alerte. L'une et l'autre concrétisent le droit à l'information qui est un corollaire du droit de l'associé « à participer et à voter lors des assemblées générales »<sup>150</sup>. D'abord, l'expertise de gestion, prévue par l'article 159, est la possibilité offerte à un ou plusieurs associés représentant au moins le dixième<sup>151</sup> du capital social de pouvoir, soit individuellement, soit en se groupant sous quelque forme que ce soit, demander à la juridiction compétente du siège social, statuant à bref délai, la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion<sup>152</sup>. Cette procédure constitue l'une des innovations les plus significatives du droit OHADA<sup>153</sup>. Son introduction dans le corpus juridique des États membres de l'OHADA participe à cette modernisation du droit, nécessaire dans le contexte de la mondialisation et « vient considérable-

ment renforcer les droits des associés »<sup>154</sup>. En règle générale, le prononcé d'une expertise de gestion suppose que le ou les actionnaires demandeurs ne bénéficient pas d'informations suffisantes sur les opérations concernées<sup>155</sup>. Si plusieurs articles de l'AUDSC ont consacré le droit à l'information de l'actionnaire en vue d'une participation conséquente à la vie sociale<sup>156</sup>, la délivrance effective d'informations ne signifie en aucun cas que celles-ci présentent un caractère exhaustif<sup>157</sup>. En toute logique, un associé non satisfait des réponses du dirigeant et qui dispose de « *présomptions d'irrégularités ou d'atteintes à l'intérêt social* » peut emprunter la voie tracée par l'article 159 de l'Acte uniforme. Un arrêt de la Cour de cassation française permet de l'illustrer. En l'espèce, un actionnaire significatif d'une société anonyme s'était ému des termes des relations qu'elle entretenait avec deux autres sociétés lui étant liées, l'une en tant que filiale, l'autre en tant que dirigée par son propre président-directeur général. Jugeant insuffisants les éléments d'information dont il disposait sur ce point, cet actionnaire avait posé par écrit à son P-DG plusieurs questions y afférentes. Ayant estimé que les réponses apportées étaient insatisfaisantes, il décida de saisir le président du tribunal de commerce d'une demande de désignation d'expert de gestion. Alors que le juge saisi avait refusé de faire droit à cette demande, la Cour d'appel fut d'un avis différent et ordonna l'expertise de gestion sollicitée<sup>158</sup>. Il s'en est suivi un pourvoi exclusivement articulé autour de l'absence d'établissement d'une non-conformité des actes litigieux à l'intérêt social. La Cour de cassation qui a rejeté ce pourvoi, considère que les juges du fond avaient fait ressortir des « *présomptions d'irrégularités ou un risque d'atteinte à l'intérêt social* », ce qui justifiait à ses yeux la mesure d'expertise sollicitée. Le rapport de l'expert pourrait alors fonder une future action en justice<sup>159</sup>.

Ensuite, l'exercice des droits politiques de l'associé implique qu'il puisse obtenir les informations de manière directe en interpellant les organes de direction lorsqu'il lui apparaît que la bonne marche de la société est en jeu<sup>160</sup>. Prévue par les articles 158 et 526, alinéa 3 de l'AUSCGIE relatifs à la société anonyme, et l'article 157 de l'AUSCGIE applicable aux autres sociétés, la procédure d'alerte est reconnue même à l'associé minoritaire. C'est une procédure que connaît, certes, le droit fran-

145 *Idem*, p. 801.

146 Voir par exemple, M.A. MOUTHIEU épouse NDJANDEU, *L'intérêt social en droit des sociétés*, Paris, l'Harmattan, 2009.

147 Aux termes de l'article 4, alinéa 2 de l'AUDSC, « la société commerciale est créée dans l'intérêt commun des associés ».

148 A. FENEON, « La mésentente entre associés dans les sociétés anonymes OHADA. Prévention et modes de règlement », *Penant*, n° 848, juil.-sept., p. 266.

149 Paris, 11 juill. 1951: S. 1953. 2. 81, note Dalsace.

150 A.-M. CARTON et B. MARTOR, *loc. cit.*, p. 22.

151 Sous l'empire de l'ancien Acte uniforme, il s'agissait du cinquième.

152 A. TIENMFOLTIEU TRAORE, « La promotion d'une meilleure gouvernance des sociétés commerciales », *Droit et Patrimoine*, n° 239, *Précit.*, p. 76.

153 Le législateur français l'a instituée en 1966.

154 A.-M. CARTRON et B. MATOR, *op. cit.*, p. 25.

155 E. SCHLUMBERGER, note sous Cour de cassation (com.), 10 décembre 2013, n°12-24.232 (F.D.), Sté Matouba Source Roudelette c/ H., *Rev. des Soc.*, octobre 2014, p. 566.

156 Voir articles 289, 307, 344, 525; 526.

157 E. SCHLUMBERGER, note précit., p. 567.

158 Basse-Terre, 2<sup>e</sup> ch., 26 mars 2012, *Juris-Data*, n° 2012-010778.

159 E. SCHLUMBERGER, *loc. cit.*, p. 566.

160 A.-M. CARTRON et B. MATOR, *loc. cit.*, p. 25.

çais, mais, qui est beaucoup plus large en droit OHADA<sup>161</sup>. En effet, aux termes de l'article L.225-232 du Code du commerce français, cette procédure n'est ouverte qu'aux actionnaires détenant au moins 5% du capital social. Or, le droit OHADA n'impose pas la réalisation d'une telle condition. La procédure est donc ouverte à tout actionnaire, ce qui est une véritable innovation du droit OHADA par rapport au droit français<sup>162</sup>. Dans une espèce examinée par les juridictions béninoises, un associé, qui arguait de mouvements de fonds suspects, a saisi le juge des référés aux fins de voir désigner un expert chargé d'élucider des opérations, ainsi qu'un administrateur provisoire pour la période de l'expertise. Le juge des référés a nommé deux experts pour vérifier certains actes de gestion, et un administrateur provisoire pour assurer le fonctionnement et la gestion comptable de la société pendant la durée de l'expertise. La réaction du juge d'appel est digne d'intérêt. Dans un premier temps, il a relevé que la procédure d'expertise n'était pas en soi une procédure d'urgence, mais qu'il y a néanmoins urgence et la compétence du juge des référés est acquise s'il apparaît qu'un retard dans la décision à intervenir au fond pourrait mettre en péril les intérêts d'une des parties. Dans un second temps, il a infirmé la décision pour avoir nommé deux experts au lieu d'un seul sollicité par le demandeur<sup>163</sup>. En clair, la nomination de deux experts n'était pas nécessaire en l'espèce.

Au total, les fonctions des droits fondamentaux complètent le tableau de l'étude de cette notion et donnent la mesure de l'utilité de ces droits pour l'associé.

## CONCLUSION

Au terme de cette étude, on peut soutenir que les droits fondamentaux de l'associé existent. Il s'est agi d'établir la carte d'identité de ces droits à l'aune de certains critères et de leurs fonctions.

Les critères proviennent du droit commun et du droit spécial des sociétés. Ils ont été regroupés en deux catégories. La première regroupe les critères objectifs que sont la réglementation stricte des droits fondamentaux et le contrôle judiciaire de l'atteinte à ces droits. La seconde contient les critères subjectifs c'est-à-dire ceux liés à la qualité d'associé : l'*affectio societatis* et la vocation à participer aux résultats. Ces critères sont cumulatifs; en d'autres termes, un droit qui ne réunit pas ces critères à la fois n'est pas fondamental.

Les fonctions des droits fondamentaux sont le second

pilier de l'édifice qui a notamment permis de saisir l'efficacité des droits fondamentaux. Ces fonctions sont relatives à la protection et à participation. La protection porte sur les prérogatives politiques et les intérêts économiques de l'associé. La participation intervient en cas de menace qui peut porter, soit sur la qualité d'associé, soit sur l'intérêt social. Dans la première hypothèse, l'associé menacé d'exclusion devrait être écouté en vertu du principe du contradictoire. Dans la seconde hypothèse, l'associé contribue à la bonne gouvernance à travers la demande de l'expertise de gestion ou la procédure d'alerte qui sont une manifestation de l'exercice du droit à l'information de l'associé.

En somme, les droits fondamentaux de l'associé apparaissent comme le noyau dur des droits sociaux qui semblent menacés par la flexibilité exponentielle du droit des sociétés. On comprend la réticence d'une partie de la doctrine à inviter cette notion en droit des sociétés commerciales, mais il s'agit d'une notion fonctionnelle qui fortifie à sa manière le droit des sociétés. La force d'attraction des droits fondamentaux est une évidence qui relance le débat sur le sort de la *summa divisio*.

161 *Ibidem*.

162 *Ibidem*.

163 Cour d'appel de Cotonou, arrêt n° 256/2000 du 17 août 2000, Affaire Société Continentale des Pétroles et d'Investissements, Monsieur Séfou FAGBOHOUN, SONACOP, Monsieur Cyr KOTY, Monsieur Mounirou OMICHESSAN C/ Etat béninois, Ohadata J-06-101; J. ISSA-SAYEGH, *Répertoire quinquennal OHADA, 2006-2010*, Tome 2, p.747.