

# Annales de l'Université de Parakou

Série "Droit et Science Politique"



ISSN PAPIER : 1840-9512  
ISSN EN LIGNE : 1840-9520

**Volume 5, numéro 2(2022) TOME 1**

**Revue Scientifique publiée par l'Université de Parakou**

# Annales de l'Université de Parakou, Série "Droit et Science Politique"

## ORGANES DE GESTION

### I- COMITE DE LECTURE

- **Président d'honneur** : Théodore HOLO, Professeur titulaire, Université d'Abomey Calavi, Ancien Président de la Cour Constitutionnelle du Bénin.
- **Président** : Noël GBAGUIDI; Agrégé de Droit Privé; Professeur Titulaire; Titulaire de la Chaire UNESCO des Droits de la Personne et de la Démocratie à l'Université d'Abomey Calavi (BENIN).
- **Membres** :
  - Diouf NDIAW; Agrégé de Droit Privé; Professeur Titulaire à l'Université Cheikh Anta Diop Dakar (SENEGAL); Membre de la Cour Constitutionnelle du Sénégal.
  - Dorothe SOSSA; Agrégé de Droit Privé; Professeur Titulaire à l'Université d'Abomey Calavi (BENIN); Secrétaire Permanent OHADA.
  - Melège DJEDJRO; Agrégé de Droit Public; Professeur Titulaire; Doyen honoraire de la Faculté de Droit de l'Université de Cocodi à Abidjan (CÔTE D'IVOIRE).
  - Adama KPODAR; Agrégé de Droit Public; Professeur Titulaire; Vice-Président de l'Université de Kara (TOGO).
  - François ANOUKAHA; Agrégé de Droit Privé; Professeur Titulaire; Doyen Honoraire; Université de Yaoundé2 SOA (CAMEROUN).
  - Mba OWONO; Agrégé de Droit Privé; Professeur Titulaire à Université Omar BONGO de Libreville (GABON).
  - Akouété SANTOS; Agrégé de Droit Privé; Doyen honoraire de la Faculté de Droit de l'Université de Lomé (TOGO).
  - Barnabé GBAGO; Agrégé en histoire du Droit et des Institutions ; Doyen de la Faculté de Droit et de Sciences Politiques de l'Université d'Abomey Calavi (BENIN).
  - Victor TOPANOU; Maître de Conférences en Science Politique ; Chef de Département honoraire de la Faculté de Droit et de Sciences Politiques de l'Université d'Abomey Calavi (BENIN) ; ancien Ministre.
  - Ibrahim SALAMI ; Agrégé de Droit Public, Professeur Titulaire ; Vice Doyen honoraire de la Faculté de Droit et de Sciences Politiques de l'Université d'Abomey Calavi (BENIN).
  - Joël AÏVO ; Agrégé de Droit Public ; Professeur Titulaire ; Doyen honoraire de la Faculté de Droit et de Sciences Politiques de l'Université d'Abomey Calavi (BENIN).
  - Arsène-Joël ADELOUI, Agrégé de Droit Public, Directeur de l'école doctorale de la Faculté de Droit et de Sciences Politiques de l'Université d'Abomey Calavi (BENIN).
  - Jacques MESTRE; Agrégé de Droit Privé; Professeur des Universités; France.
  - Silvette GUILLEMARD; Professeur Titulaire; Université Laval (CANADA).

### II- COMITE DE PUBLICATION

- **Directeur de Publication** : Dr. Moktar ADAMOUM, Maître de Conférences Agrégé de Droit Privé.
- **Secrétaire de Publication** : Dr. Baï Irène Aimée KOOVI, Maître Assistante.
- **Membres** :
  - Dr. AHLINVI Emmanuel Etienne Messanh ; Maître de Conférences Agrégé de Science Politique.
  - Dr. HOUNTONDJI Eric, Maître-Assistant
  - Dr. SOUNON TAMOU Abdou Soumaïla, Maître Assistant.

### III- COMITE D'EDITION

- **Président** : Dr. SOGBOSSI BOCCO Bertrand, Professeur titulaire
- **Vice-Président** : Dr. BACO Mohamed Nasser, Professeur titulaire
- **Membres** :
  - Dr. ALLODE Salako Alexandre, Professeur titulaire
  - Dr. ONIBON Obo Yvette épouse DOUBOUGAN, Professeure Titulaire
  - Dr. GANDONOU Oboubé Mélone Diane, Assistante
- **Comité d'impression** :
  - Dr. VODOUNOU Jean Bosco Kpatindé, Professeur titulaire
  - Dr. AHOTONDJI Sosthène Armand Dèmondji, Assistant
  - Dr. ZAKARI Sissou, Maître-Assistant
  - Monsieur KIMBA B. Ahmed
  - Monsieur CHABI K. Roland
- **Comité annales et TIC** :
  - Dr. MOUSSE Anges Michaël, Maître Assistant
  - Monsieur ADOUHOUNKLA Sènou Gontrand Hilaire

# Annales de l'Université de Parakou, Série "Droit et Science Politique"

## NOTE A L'ATTENTION DES AUTEURS

La série "Droit et Science Politique" des Annales de l'Université de Parakou s'adresse tant aux lecteurs de la communauté RESAO, CAMES qu'à un public international plus large.

Elle ne publie que des manuscrits originaux n'ayant pas fait l'objet de publication précédente sous quelque forme que ce soit (revue papier ou revue électronique). Les manuscrits déjà publiés sous forme de working paper peuvent être acceptés sous certaines conditions (voir avec la rédaction). La présentation des manuscrits doit satisfaire les intérêts et besoins de toute l'audience que la revue et ses auteurs veulent atteindre.

Tous les manuscrits doivent être soumis aux exigences d'excellence internationale, la rédaction doit demander aux auteurs soumettant des articles de bien vouloir se tenir strictement à un nombre minimal de règles de présentation de leurs manuscrits. Tous les manuscrits doivent être soumis en version écrite (en interligne un quinze pour le texte, sans espace pour les notes de bas de page) et obligatoirement envoyés en **format Word** par courriel à l'adresse sous indiquée. Les auteurs veilleront à ce que leur manuscrit ne dépasse pas 30 pages.

Le manuscrit doit indiquer le titre de l'article, le nom de l'auteur, le titre et la position professionnelle principale de l'auteur. Il doit être accompagné d'une lettre/courriel indiquant l'adresse électronique et, pour l'envoi des tirés-à-part, l'adresse postale de l'auteur.

L'article doit être précédé d'un bref résumé en français (150 mots environ) et d'une **table des matières structurée conformément au système numérique**.

La numérotation de la table des matières et du texte inclut l'introduction et la conclusion de l'article. Il n'est pas demandé de numérotation des paragraphes du texte.

La citation se fait de préférence suivant le style juridique traditionnel, c'est-à-dire en bas de page.

Les citations dans le texte doivent être faites entre guillemets en romain en langue française et entre guillemets en italique en langue étrangère.

Les indications suivantes sont obligatoires :

- pour les monographies et traités : auteur (initiale du prénom et nom), titre (en italique), lieu et année de publication, page. L'indication additionnelle de la maison d'édition est optionnelle, mais si elle est donnée, elle doit être donnée de façon systématique ;
- pour les œuvres collectives et livres édités : l'auteur et le titre (entre guillemets) de la contribution à laquelle il est fait référence, les auteurs ou les éditeurs de l'œuvre ou du livre et le titre de l'œuvre ou du livre suivant le mode indiqué pour les monographies ;
- pour les articles de revue : auteur (initiale du prénom et nom), titre de la contribution (entre guillemets), nom de la revue (en italique), volume (si possible et usuel), année de parution (plus, si besoin en est, numéro ou date du cahier), page ;
- pour les textes de loi : titre, numéro, date suivant le style le plus détaillé usuel dans le pays de référence et source de publication (à l'exception des textes qui sont généralement connus tels le code civil ou le code de commerce), la revue s'adressant également à un public non spécialisé et étranger ;
- pour les arrêts de jurisprudence et les décisions administratives : suivre les recommandations de citation données par les institutions en question (par exemple : Cour de justice des Communautés européennes (= CJCE) : date, n° de l'affaire, nom des parties, recueil, année, partie, page), à défaut le style de citation le plus détaillé généralement suivi dans le pays d'origine ;
- pour les comptes rendus de livre : nom et prénom de l'auteur du livre, titre et éventuellement sous-titre, lieu de publication et maison d'édition, année de parution, nombre de pages.

Tous les manuscrits, même ceux qui ont été acceptés pour la publication, seront renvoyés à l'auteur avec demande de complément s'ils ne répondent pas aux critères de présentation sus-indiqués, la rédaction ne disposant pas de moyens pour apporter les compléments nécessaires. Les manuscrits reçus ne sont généralement acceptés pour la publication qu'après avis favorable d'au moins un expert externe (procédure de pré-lecture obligatoire). Les textes retenus seront publiés dans la version papier et dans la version électronique des annales. Les manuscrits doivent être adressés en version papier au Secrétariat de la rédaction des annales des sciences juridique et politique de la Faculté de droit et de science politique et en version électronique directement par courriel à [annalesupsjpa@gmail.com](mailto:annalesupsjpa@gmail.com) et [aimeekoovi@gmail.com](mailto:aimeekoovi@gmail.com).

# Annales de l'Université de Parakou, Série "Droit et Science Politique"

1.	« LE DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS TRANSPLANTE EN REPUBLIQUE CENTRAFRICAINE : ENTRE RECEPTIBILITE ET APPLICABILITE ». <b>Dr. Augustin Jérémie DOU-WAWAYE</b>	<b>550-583</b>
2.	LE JUGE ADMINISTRATIF DANS LES CONTRATS DE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVE EN AFRIQUE FRANCOPHONE <b>Dr. Luciano Sèwènan HOUNKPONOU</b>	<b>584-613</b>
3.	« LA PREUVE ÉLECTRONIQUE EN DROIT PÉNAL MALIEN » <b>Dr. Cheick Tidiami SANGHO</b>	<b>614-640</b>
4.	« LE PRINCIPE D'ÉGALITE APPLIQUE AU NOM DANS LA REFORME DU CODE BENINOIS DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE » <b>Dr. Lisette AKAM TEDJO</b>	<b>641-663</b>
5.	« LA PERTE DE L'EFFICACITE DE LA SENTENCE ARBITRALE EN DROIT OHADA » <b>Dr. Malick Oluchègoun FALOLA</b>	<b>664-694</b>
6.	« VARIATIONS SAISONNIERES DU CONSTITUTIONNALISME AU MALI ET EN GUINEE : IMPASSE OU METIS DE LA DEMOCRATIE ? » <b>Dr. Alia DIABY</b>	<b>695-722</b>
7.	« LA LICEITE DES PACTES ENTRE EPOUX : REFLEXION A PARTIR DE QUELQUES DROITS AFRICAINS » <b>Dr. Christiane Nicole BEKADA ETOUNDI</b>	<b>723-752</b>
8.	LA HIERARCHIE DANS LES SOCIETES ANONYMES EN DROIT OHADA <b>Dr. Baï Irène Aimée KOOVI &amp; Dr. Médédodé Arnaud Frédéric HOUÉDJISSIN</b>	<b>753-785</b>
9.	« LA VOLONTÉ DU SALARIÉ EN CAS DE MODIFICATION DANS LA SITUATION JURIDIQUE DE L'EMPLOYEUR EN DROIT BÉNINOIS » <b>Dr. Nounagnon Gislaine DOHOU</b>	<b>786-811</b>
10.	« LE CUMUL DE QUALITES EN DROIT OHADA » <b>Dr. Zakari Ibrahim HAROUNA</b>	<b>812-838</b>
11.	« LA PREVENTION DU TERRORISME ET L'ORDRE PUBLIC » <b>Dr. Malick Oluchègoun FALOLA</b>	<b>839-869</b>
12.	« L'ORDRE PUBLIC SOCIETAIRE A L'EPREUVE DE LA LIBERTE CONTRACTUELLE DANS LES SOCIETES COMMERCIALES OHADA » <b>Dr. Dogodana COULIBALY</b>	<b>870-911</b>
13.	« UNE INDISPENSABLE DISSOCIATION, CELLE DES FONCTIONS DE DIRECTEUR FINANCIER ET DU MATERIEL « DFM » ET DE RESPONSABLE DE PROGRAMME « RPROG » AU MALI » <b>Dr. Sory Ibrahima dit Sériba SAMAKE</b>	<b>912-939</b>
14.	« LE VICE-PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE DANS LES REGIMES POLITIQUES AFRICAINS » <b>Dr. Sylla SOW</b>	<b>940-973</b>
15.	L'EXPROPRIATION POUR CAUSE D'UTILITE PUBLIQUE A L'EPREUVE DE LA FONDAMENTALITE DU DROIT DE PROPRIETE FONCIERE <b>Médédodé Arnaud Frédéric HOUÉDJISSIN</b>	<b>974-1001</b>
16.	DROIT DE VOTE ET PRESERVATION DE L'INTEGRITE DU TERRITOIRE EN PERIODE DE CRISE SECURITAIRE EN AFRIQUE : ETUDE A PARTIR DE LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE DES ETATS D'AFRIQUE NOIRE D'EXPRESSION FRANÇAISE <b>Dr. Martine BIKOE</b>	<b>1002-1033</b>

17.	L'ORDRE PUBLIC DEVANT L'ETAT D'URGENCE SANITAIRE EN AFRIQUE FRANCOPHONE  Dr. Patrick OKIOH	1034-1061
18.	L'EFFICACITE DES MOYENS DE LUTTE CONTRE LE BLANCHIMENT DES CAPITAUX AU MALI  Dr. Issouf DIALLO & Dr. Youssouf SIDIBE	1062-1090
19.	LA FRATERNITE EN DROIT CIVIL CONTEMPORAIN  Diane Carlyne WAGOUE TONGOUE	1091-1128
20.	« LES POUVOIRS DE L'EMPLOYEUR A L'ERE DU NUMERIQUE »  Dr. Zowatchy Oswald KPENGLA-SOUNOU	1029-1159
21.	L'INFLUENCE DE LA CAUSE SUR LA LIBERTE DU PROFESSIONNEL EN DROIT BENINOIS DE LA CONSOMMATION  Dr. Apollinaire GOUDOU	1160-1189
22.	LES POSITIONS DE LA COUR AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES ET LES (OP) POSITIONS DES ETATS  Thierry Sèdjro BIDOZO	1190-1217
23.	CRISE DE LA PÉNALITE ET ÉMERGENCE D'UN NOUVEAU MODELE DE JUSTICE : LA JUSTICE TRANSITIONNELLE  Dr. Moussa BERTHE	1218-1242
<b>Vol.5, n°2(2022) TOME 2</b>		
24.	« La réfaction unilatérale du contrat <sup>1</sup>  Charles IBIKOUNLE	1243-1279
25.	« La responsabilité sociale de l'entreprise et le droit Ohada »  Dr. NKEA NDZIGUE Francis	1280-1318
26.	Réflexion sur la nature juridique de la clause <i>pari passu</i>  Dr. FOLLY Messan Agbo	1319-1346
27.	La phase présentencielle du proces pénal malien: la construction d'une culpabilité présumée  Dr. Nianankoro DAO	1347-1378
28.	De l'auteur intellectuel de l'infraction dans le nouveau code pénal ivoirien  Dr. COULIBALY Mamadou Kounvolou	1379-1415
29.	La femme enseignante dans les réformes éducatives au Bénin  Dr. Fidèle K. AYENA	1416-1440
30.	La notion de devoir de l'actionnaire  Dr. Félix FANOU	1441-1476
31.	Représentativité des parlements africains : cas du Bénin  Dr. Christophe LIHOUÉNOU	1477-1511
32.	« les droits de l'enfant à naître au Bénin »  Dr. Abdou Soumaïla SOUNON TAMOU	1512-1539
33.	Les mesures patrimoniales de protection du couple non marié en droit togolais  Richard ALEMDJRODO	1540-1569

<sup>1</sup> Dans le cadre du présent travail, les termes réfaction du contrat et réduction du prix seront considérés comme synonymes et utilisés indifféremment pour désigner la même chose.

34.	<b>L'abeille et le droit : Jalons pour un droit apicole au Cameroun</b> <b>Dr. Rodrigue OBA'A AKONO</b>	<b>1570-1616</b>
35.	<b>Le divorce a l'initiative de la femme au niger : cas de la communaute urbaine de Niamey</b> <b>Dr. KABIR SANI</b>	<b>1617-1643</b>
36.	<b>La fonction constituante dans les processus de sortie de crise en Afrique</b> <b>Dr. Thierry Sèdjro BIDOUZO</b>	<b>1644-1670</b>
37.	<b>La vocation contractuelle de la responsabilite du fait de l'engagement unilateral de volonte</b> <b>Dr. Windpagnangé Dominique KABRE</b>	<b>1671-1708</b>
38.	<b>« La neutralité en droit international Un essai de déconstruction »</b> <b>Dr. Adékoniyé Arsène-Joël ADELOUI</b>	<b>1709-1741</b>
39.	<b>« Le chasseur et le militaire. Ethnographie des petites guerres électorales au Bénin »</b> <b>Dr. Expédit OLOGOU</b>	<b>1742-1766</b>
40.	<b>Le principe d'egalite mis a l'epreuve dans la devolution du nom en droit beninois de la famille</b> <b>M. DAKEYE Kossi Florentin</b>	<b>1767-1793</b>
41.	<b>« La récupération des domaines de l'Etat à l'épreuve de la transition en Guinée : plaidoyer pour une cause perdue »</b> <b>Dr. Ansoumane SACKO</b>	<b>1767-1802</b>
42.	<b>« Les partis politiques béninois à l'épreuve du financement public »</b> <b>Dr. ZINSOUGA LEANDRE</b>	<b>1803-1830</b>
43.	<b>« Les expériences de formation de la conscience politique nationale au Bénin »</b> <b>Dr. KITTI Hinnougnon Nathaniel</b>	<b>1831-1870</b>
44.	<b>Spécialité et compétences implicites des organisations internationales</b> <b>Dr. KPEDU Yawovi Amedzofé</b>	<b>1907-1936</b>
45.	<b>Conflits intercomunautaires entre agriculteurs et eleveurs sur la problematique de transhumance au benin : une approche sociologique de la question et des solutions plus pratiques</b> <b>Dr. BOUKO Chabi Dramane</b>	<b>1937-1970</b>

## LA HIERARCHIE DANS LES SOCIETES ANONYMES EN DROIT OHADA

**KOOVI Baï Irène Aimée**

[bai.koovi@univ-parakou.bj](mailto:bai.koovi@univ-parakou.bj)

[aimeekoovi@gmail.com](mailto:aimeekoovi@gmail.com)

<https://orcid.org/0000-0003-3031-2374> *Aperçudel'enregistrementpublic*

Maitre-assistante à la Faculté de droit et de science politique

Université de Parakou

&

**HOUEJISSIN Arnaud**

[arnaud\\_houedjissin@yahoo.fr](mailto:arnaud_houedjissin@yahoo.fr)

Assistant à la Faculté de droit et de science politique

Université d'Abomey-Calavi

<https://doi.org/10.56109/aup-dsp.V5i2.8>

Date de réception 10 Mars 2022

Date d'acceptation 29 Août 2022

Publié le 31 Décembre 2022

### SOMMAIRE

#### INTRODUCTION

- I- LES EXIGENCES D'UNE HIERARCHIE INNOVANTE
  - A- *UNE CONSTRUCTION LEGALE DE LA SOUVERAINETE*
    - 1- Une nature contractuelle limitée
    - 2- Une nature institutionnelle prononcée
  - B- *LES LIMITES LEGALES A LA SOUVERAINETE*
    - 1- Une subordination comme condition de la hiérarchie innovante
    - 2- Une gradation entre organes, source d'une hiérarchie innovante
- II- LES EXIGENCES D'UNE HIERARCHIE CORRECTIVE
  - A- *UN CORRECTIF LIE AUX LIMITES LEGALES*
    - 1- Les limites justifiées par la concurrence de pouvoirs
    - 2- Les limites consolidées par une souveraineté partagée
  - B- *UN CORRECTIF DE LA DESAFFECTION PAR UNE REFONDATION SECURISEE*
    - 1- Une exigence de réaménagement des pouvoirs
    - 2- Une exigence de rationalisation des pouvoirs

#### CONCLUSION

### Résumé

Le droit des sociétés commerciales n'est pas imperméable aux changements du milieu social dans lequel il vit. Le principe de la séparation des pouvoirs, essentiel à la démocratie, très accentué dans le système démocratique a muté pour atteindre les sociétés anonymes pluripersonnelles. Il irrigue les relations juridiques et innerve tous les pouvoirs. C'est donc à l'analyse juridique du rapport qu'entretient le principe de la hiérarchie au sein de la société anonyme que la présente étude s'invite au débat à partir du modèle politique. L'entreprise reflète la structure verticale de la société. Le pouvoir est une organisation hiérarchisée et structurée. La société anonyme dont les organes sont dotés de pouvoirs propres est qualifiée de la plus politisée. Elle se voit appliquer le principe de la hiérarchie. Elle ne peut évoluer qu'au cœur du marché régional, communautaire, international. Principes cardinaux qui fondent le bon fonctionnement de la société anonyme. La structure hiérarchique proposée par Henry Fayol repose sur l'unicité du commandement. La prééminence du marché sur la norme s'épanouit en le battant en brèche. Ni le rejet ni le maintien en l'état ne serait une solution logique. C'est pourquoi, une refondation conditionnée s'impose. Existe-t-il en son sein une démocratie actionnariale ? Quel rapport entretient ce principe au sein de la société anonyme de type classique ? Une hiérarchie innovante doit être suivie d'une hiérarchie correctrice afin qu'elle soit mieux adaptée au principe de la séparation des pouvoirs dans ladite société. L'application du principe de la hiérarchie permet d'envisager la construction de ladite société en lien avec d'autres principes. Il y a nécessité de refonder ce principe pour le rayonnement de la société anonyme de type classique.

**Mots-clés** : hiérarchie, séparation des pouvoirs, société anonyme, classique.

## INTRODUCTION

Pour qu'on ne puisse pas exagérer du pouvoir, il faut que par l'orientation des choses, le pouvoir arrête le pouvoir<sup>1</sup>. Le droit des sociétés commerciales n'est pas imperméable aux changements du milieu social dans lequel ces sociétés sont implantées. La hiérarchie, principe marquant en démocratie, a muté pour atteindre les sociétés anonymes pluripersonnelles dans lesquelles elle irrigue les relations juridiques et innerve tous les pouvoirs. D'extrême actualité, la hiérarchie innerve le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique en droit OHADA, et permet de faire confiance à la gestion des *managers* dans la société anonyme. C'est à l'analyse juridique de l'échelle des rapports qu'entretient le principe de la hiérarchie des pouvoirs au sein de la société anonyme que la présente étude se propose de réfléchir en engageant « **La hiérarchie dans les sociétés anonymes en droit OHADA** ».

Etymologiquement, le mot hiérarchie est composé de deux concepts d'origine grecque : « *hieros* » signifiant « sacré » et « *arkhein* » signifiant « commandement ». La hiérarchie est le *commandement sacré* qui désigne une classification en rapport avec une échelle de pouvoirs, de valeurs ou de normes. Elle existe, catégorisée. La hiérarchie *des normes*<sup>2</sup>, des personnes, des organes ou des besoins<sup>3</sup>, etc. Celle des normes est un fondement défendu par Hans Kelsen dans les éléments constitutifs du rapport hiérarchique<sup>4</sup>. La hiérarchie est un ensemble de personnes, agents ou services participant à l'exercice d'une autorité, considérés dans leur échelonnement et fondés sur l'obligation, pour un élément subordonné, d'exécuter les ordres et de suivre les instructions de l'élément qui est immédiatement supérieur<sup>5</sup>. C'est aussi « *une subordination sérielle de personnes* »<sup>6</sup> et « *une classification dans laquelle les termes classés sont dans une relation de subordination, chaque terme dépendant du précédent et commandant le suivant* »<sup>7</sup> et/ou « *une classification dans laquelle les éléments sont ordonnés en une*

<sup>1</sup> Ch. MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Livre XI, chapitre VI : De la constitution d'Angleterre, éd. 1748, p. 4.

<sup>2</sup> Ainsi, la hiérarchie des normes qui n'est pas l'objet de notre étude est un type particulier de relation entre normes juridiques envisagées du point de vue de leur validité. H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, PUF, Paris, 1999, 604p.

<sup>3</sup> La pyramide des besoins, dite pyramide de Maslow, est une représentation pyramidale de la *hiérarchie des besoins* qui interprète la théorie de la motivation basée à partir des observations réalisées dans les années 1940 par le psychologue Abraham Maslow. A. MASLOW, « *A Theory of Human Motivation* », *Psychological Review*, n° 50, 1943, p. 370-396.

<sup>4</sup> H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, PUF, Paris, 1996. La philosophie de Kelsen est développée par M. TROPER, *Le système pur du droit : le positivisme de Kelsen*, in *La force du droit, Panorama des débats contemporains*, sous la direction de P. BOURETZ, éd. Esprit, série philosophie, 1991, p. 117.

<sup>5</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 12<sup>ème</sup> édition, Paris, 2016, p. 1096.

<sup>6</sup> C'est aussi « *une subordination sérielle de personnes, telle que chacune soit supérieure à la précédente par l'étendue de son pouvoir ou par l'élévation de son rang social. Par extension, toute subordination sérielle de personnes, de faits ou d'idées, telle que chaque terme de la série soit supérieur au précédent par un caractère de nature normative (soit appréciatif, soit impératif) : hiérarchie de devoirs, hiérarchie des sciences, hiérarchie des formes de l'énergie, hiérarchie des phénomènes sociaux...* ». A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 14<sup>ème</sup> éd., Paris, 1983, p. 413.

<sup>7</sup> *Grand LAROUSSE UNIVERSEL*, tome 8, V. Hiérarchie.

série croissante ou décroissante, selon un critère de valeur, numérique ou autre, ou d'importance (...) hiérarchie des besoins (...) hiérarchie des valeurs »<sup>8</sup>. Elle désigne donc une classification de valeurs ou de pouvoirs selon une échelle qui établit un ordre de subordination, une stratification de jugements, de valeurs ou de pouvoirs<sup>9</sup>. La hiérarchie est envisagée comme un mode de gouvernement de toute action collective. La société est la collaboration volontaire de plusieurs personnes vers un bien commun, par des moyens communs. Elle est instituée par deux ou plusieurs personnes qui décident de l'affectation à une entreprise commune des biens ou leur industrie avec le dessein de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter<sup>10</sup>. « *Instrument merveilleux du capitalisme moderne* »<sup>11</sup>, elle ne cesse de dévoiler ses secrets et ses valeurs. La société commerciale est instituée par un contrat qui lie entre eux des actionnaires autour d'une entreprise commune. La société anonyme<sup>12</sup> est donc un « *instrument du prodigieux essor économique* »<sup>13</sup>. Elle représente le modèle parfait de démocratie doté d'un gouvernement populaire<sup>14</sup>, qui n'échappe pas au phénomène de la hiérarchie. « *L'associé est citoyen de cette cité qu'est la société, d'où des prérogatives politiques* »<sup>15</sup>». C'est une société dont les organes sont hiérarchisés et dans laquelle l'administration est exercée par un Conseil élu par l'assemblée générale qui ne peut excéder les facultés du Conseil en matière d'administration. C'est donc à bon droit qu'un arrêt<sup>16</sup> a annulé la résolution votée par l'assemblée générale qui a investi le Président-directeur général des mêmes attributions que le Conseil d'administration<sup>17</sup>.

Le droit des sociétés est gouverné par trois principes apparus au XVIII<sup>ème</sup> siècle. Mais pour des raisons d'efficacité, seul le principe de hiérarchie fait l'objet de cette étude. C'est donc à la lumière du droit des sociétés commerciales régissant les sociétés anonymes de type classique qu'il convient de traiter le sujet en droit OHADA. Au besoin, des incursions dans le droit français peuvent s'avérer nécessaires.

<sup>8</sup> *Grand LAROUSSE UNIVERSEL*, tome 8, V. Hiérarchie.

<sup>9</sup> R. MOUSNIER, *Hiérarchies sociales de 1450 à nos jours*, PUF, Paris, 1969, p. 8.

<sup>10</sup> Article 1832, al. 1 du Code civil.

<sup>11</sup> G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, Paris, 1951, 2e éd., p. 52.

<sup>12</sup> Connue en France depuis le XVII<sup>ème</sup> siècle.

<sup>13</sup> E. ESCARRA, J. RAULT, *Traité théorique et pratique de droit commercial, Les sociétés commerciales*, Sirey, Tome 2, Paris, 1951, n° 504, p. 1.

<sup>14</sup> G. RIPERT, *op. cit.*

<sup>15</sup> E.-D. KAMTA FENDOP, « Associés » in *Encyclopédie du droit OHADA*, sous la direction de P.-G. POUGOUE, éd. Lamy, Paris, 2011, n° 57, p. 370.

<sup>16</sup> Arrêt *Motte*, Cass. civ., 4 juin 1946, JCP G, 1947, II, note Bastian, 3518 ; Sirey 1947. I. 153, note Barby. Cet arrêt qui casse la décision de la Cour d'appel de Douai, du 7 mai 1943 est confirmée par la cour d'appel. « L'ensemble des pouvoirs attribués jusqu'alors au conseil d'administration » fut attribué au président de la société de teinture et d'impression par l'assemblée générale. L'annulation de la résolution par la Cour d'appel de Douai fut confirmée par la Cour de cassation.

<sup>17</sup> N. ABDELMOUMEN, *Hiérarchie et séparation des pouvoirs dans les sociétés anonymes de type classique*, Thèse, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2013, 727p.

Tumultueux dans les relations entretenues, ce principe semble ne pas avoir un socle légal. D'essence jurisprudentielle, l'arrêt *Motte* du 4 juin 1946<sup>18</sup> institue cette démocratie politique. Le pouvoir présente la propriété d'épouser les caractéristiques des groupements au sein desquels il se manifeste. Tel est le sens des sociétés politiques au sens strict et des sociétés commerciales. « *Le pouvoir est une organisation hiérarchisée, structurée* »<sup>19</sup> et la société anonyme est l'une des sociétés politiques au sens large, dès l'instant où le phénomène de pouvoir s'y manifeste. Elle est la plus politisée, *hiérarchisée dans laquelle chaque organe dispose de pouvoirs propres*<sup>20</sup>. La hiérarchie permet à chaque organe de posséder des pouvoirs propres sur lesquels aucun autre organe ne peut empiéter. Chargé de compétences propres, il est le seul détenteur reconnu. Le pouvoir, polysémique, signifie organe, fonction, faculté ou aptitude<sup>21</sup>. Le pouvoir est « *la prérogative qui permet à son titulaire d'exprimer un intérêt au moins partiellement distinct du sien par l'émission d'actes juridiques unilatéraux contraignants pour autrui* »<sup>22</sup>. Plusieurs arrêts<sup>23</sup> montrent l'évolution de la nature contractuelle<sup>24</sup> ou institutionnelle<sup>25</sup> de la société anonyme. Cette institution prend la forme d'une organisation hiérarchisée apte à exprimer la volonté des actionnaires<sup>26</sup>, dans laquelle le fondement de la souveraineté de l'assemblée d'actionnaires est dû à son institutionnalisation. Ainsi, il revient aux associés le pouvoir de prise de décisions les plus importantes<sup>27</sup>. Ce sont des *managers*, qui détiennent l'administration quotidienne et technique de l'entreprise<sup>28</sup>. Toutefois, seules les finalités de la

<sup>18</sup> Cass. Civ., 4 juin 1946 ; J.C.P., éd. G., 1947, II, n°3518, note Bastian ; S. 1947, I, P.153, note Barbery. Cet arrêt a été rendu sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867, et donc au temps de l'administration française, période pendant laquelle les décisions rendues par les juridictions implantées en Afrique étaient soumises à la censure de la juridiction suprême de la métropole. La jurisprudence dégagée tant par les juges du fond que par le juge suprême métropolitains peut ainsi, dans une certaine mesure, permettre une interprétation de cette législation ; telle qu'elle avait été rendue applicable et successivement modifiée dans les anciennes colonies françaises d'Afrique.

<sup>19</sup> M. DUVERGER, *Introduction à la politique*, Gallimard, coll. "Folio/essais", 1985, p. 16.

<sup>20</sup> M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, Paris, 2010, n° 484, p. 268 ; J. ISSA-SAYEGH, P.-G. POUGOUE et F.-M. SAWADOGO, *OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés (coord.)*, Juriscope, 2012, p. 89.

<sup>21</sup> F. MARMOZ, *La délégation de pouvoir*, Litec, Paris, 2000, n° 203 et s. Cl. LECLERCQ et H. TRNKA, *Droit constitutionnel*, Litec, 2<sup>ème</sup> édition, Paris, 1997, p. 30. D'une part, c'est une prérogative juridique permettant à une personne au moins d'agir sur les droits subjectifs d'autrui, et d'une manière plus générale sur un tiers. D'autre part, la mise en œuvre du pouvoir doit se faire dans l'intérêt exclusif de celui qui l'exerce. Ces critères sont généralement théorisés par la doctrine.

<sup>22</sup> E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Thèse, Paris II, Economica, Paris, 1985, p. 232.

<sup>23</sup> Un arrêt très ancien de la Cour de Paris, en date du 26 novembre 1896, in Houpin et Bosvieux, Tr. Des sociétés, 7e éd., II, n° 1226, Paris, 26 novembre 1896, Journ. Soc. 1897. 434, D. Bastian, note sous Cass. civ., 4 mai 1946, JCP G, 1947, II, 3518 (Arrêt Motte), Cass. com., 31 janvier 1968, Dalloz, 1968, p. 321, Cass. com., 30 avril 1968, D, 1969, note Lacombe et Cour d'appel d'Aix, 28 septembre 1982, Rev. soc., 1983, p. 773, note J. Mestre ; Cass. com., 18 mai 1982, Bull. Civ., IV, n°185, p. 164 ; Rev. soc., 1983, p. 71, note, Sibon.

<sup>24</sup> I. CORBISIER, *La société : contrat ou institution*, Larcier, 2011. Traditionnellement, le pouvoir des dirigeants repose sur un mandat.

<sup>25</sup> L'arrêt *Motte* a un double apport. D'abord, il pose le principe de hiérarchie et de séparation de pouvoirs. Ensuite, il affirme que la société anonyme a une nature institutionnelle.

<sup>26</sup> L. JULLIEN, *Le gouvernement des sociétés par actions*, Thèse, Paris 1, 2001, p. 66.

<sup>27</sup> P. Le CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, 2012, n° 452, p. 281.

<sup>28</sup> J. AYANGMA, *Le dirigeant sociétal*, Thèse, Université de Douala, Faculté des sciences juridiques et politiques, 2009-2010, p. 77.

technique sociétaire<sup>29</sup> devraient prévaloir. La lecture croisée de certains arrêts nous montre que l'intensification du fonctionnement de ladite société est basée sur le principe fort<sup>30</sup> de hiérarchie en lien avec la séparation des pouvoirs. Dans cette société, les exigences d'ordre public, la gouvernance, les nécessités du principe de hiérarchie sociétale justifient l'étude. Ces exigences s'inscrivent dans un contexte économique et juridique qui exige de moderniser la gouvernance des sociétés anonymes. En droit OHADA, ces pouvoirs sont représentés respectivement par les assemblées d'actionnaires, les mandataires sociaux, les commissaires aux comptes. Marquée par l'ordre public, la souveraine assemblée des actionnaires<sup>31</sup> bénéficie de l'extrême contrôle de la gestion des affaires sociales qui, elle, échoit aux dirigeants sociaux. La notion de pouvoir présente dans les sociétés commerciales deux facettes qui correspondent au droit de commander et à la puissance de commander. Si ces deux aspects se confondent parfois dans certains types de sociétés<sup>32</sup>, cela est en revanche beaucoup plus rare dans les sociétés anonymes pluripersonnelles. Celles-ci connaissent généralement une dissociation de ces deux sources de pouvoir que sont la prise de décision et la maîtrise de la décision. C'est le cas de l'adoption formelle des orientations de la société et le contrôle du fond de ces orientations. Ainsi, l'emprise que chacun cherche à avoir sur l'orientation sociale fait l'objet de luttes et d'oppositions, sources de la vision conflictuelle du droit<sup>33</sup>. Le détenteur de la décision se trouve confronté à la contestation éventuelle des personnes qui la subissent. Il s'agit de contrepoids à l'omnipotence du pouvoir, qui pourront être de nature légale, judiciaire et se situer au sein de l'assemblée, dans les organes même de gestion, dans les organes légaux de contrôle ou en tout autre lieu<sup>34</sup>. Les contrepoids intéresseront généralement les salariés, les créanciers, l'autorité publique, mais surtout les actionnaires qui, eux, contrairement aux premiers, sont propriétaires du capital social. Dans les sociétés anonymes au sein desquelles, en droit ou en fait, il n'existe qu'un seul associé réel, ce dernier détient la totalité du pouvoir et si contre-pouvoir il y a, ceci devra être recherché dans les relations avec les salariés, les fournisseurs, les prêteurs, le trésor, ou le conjoint. Le droit de commander fait référence aux mandataires sociaux qui détiennent le pouvoir de commander grâce au mandat. Les pouvoirs patronaux sont connus, ils forment ce qu'il est convenu d'appeler la « direction et l'organisation<sup>35</sup> » et se

<sup>29</sup> M. JEANTIN, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, 1994, p. 25.

<sup>30</sup> P. Le CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 4<sup>ème</sup> éd., op. cit., p. 281.

<sup>31</sup> Y. GUYON, *Droit des affaires*, Tome1, *Droit commercial général et sociétés*, Economica, Paris, 2003, n° 279, p. 280.

<sup>32</sup> La situation se rapproche de celle des SARL et SA unipersonnelles (art. 5 AUSC-GIE) prévues respectivement par les articles 309 et 385 AUSC-GIE. En effet dans ces sociétés, « la société ne vit qu'à travers la personnalité juridique de la personne physique l'ayant créée ; il est propriétaire des biens de production, [...] c'est lui qui détient le pouvoir et qui l'exerce directement ou indirectement ». J. PAILLUSSEAU, « L'efficacité des entreprises et la légitimité du pouvoir », *PA*, 19 juin 1996, p. 17.

<sup>33</sup> R.V. JHERING, *La lutte pour le droit*, Dalloz, Collection Bibliothèque Dalloz, Paris, 2006, 114p.

<sup>34</sup> C. DUCOULOUX- FAVARD, « Actionnariat et pouvoir », *Dalloz*, n° 23, Chr., Paris, 1995, pp.177 et 178.

<sup>35</sup> K.-F. DECKON, « Les pouvoirs du dirigeant de société commerciale en droit uniforme de l'OHADA », in *RTSJ*, n° 0001 juillet-décembre 2011, n° 9, p. 11.

décomposent en un pouvoir que le chef d'entreprise exerce sur les personnes<sup>36</sup> et sur les biens. C'est la direction patrimoniale<sup>37</sup>. Les dispositions de l'OHADA sont d'ordre public excepté les cas où l'acte autorise l'associé ou les associés à lui substituer les dispositions dont ils ont convenu. Le pouvoir législatif poursuit deux objectifs : simplifier la vie des entreprises et adapter les règles à l'environnement socioculturel. Les sociétés commerciales ont laissé une marge de manœuvre aux associés et actionnaires pour organiser leurs relations. Au XX<sup>ème</sup> siècle, l'émergence de l'ordre public de direction a caractérisé le droit des sociétés commerciales, même s'il existe l'ordre public de protection. La conception institutionnelle des sociétés commerciales a influencé les législations africaines.

« Dans la grande entreprise moderne tel que la société anonyme, seul compte le pouvoir et non la propriété. Même réunis en assemblée générale, les actionnaires qui ont la propriété, sont des êtres économiquement insignifiants en face des directeurs, des managers, détenteurs du pouvoir : à eux-ci l'initiative, la décision, le prestige et en définitive l'essentiel du profit »<sup>38</sup>. Dans la pratique, l'assemblée d'actionnaires à laquelle devrait s'appliquer le principe de la hiérarchie s'érode par les exigences du marché. Or, sur le marché, les règles compétitives jouent et imposent leur diktat. C'est pourquoi, le principe de la hiérarchie au sein de ladite société s'efface laissant apparaître des déséquilibres significatifs, conduisant à une distorsion entre la pratique sociétaire et les exigences de leurs déterminants. Outre les difficultés entravant, il existe une cohérence et une cohésion qui induisent une harmonie fonctionnelle consolidant les remèdes alternatifs de la fonction sociale et économique sur le marché. Le principe de la hiérarchie est un principe cardinal fondateur de la bonne marche de la société anonyme. La structure hiérarchique proposée par Henry Fayol<sup>39</sup> repose sur le principe d'unicité du commandement. *Un établissement est une communauté hiérarchisée. Elle a un chef qui ne représente pas seulement le capital, mais aussi toutes les forces engagées dans l'entreprise et qui doit la diriger dans l'intérêt commun* »<sup>40</sup>. Or, plusieurs paradigmes remettent en cause régulièrement cette hiérarchie. Sous la pression des besoins de l'économie<sup>41</sup>, ce droit est astreint à des réformes substantielles. Le marché dicte ses propres règles parce qu'il a ses propres exigences<sup>42</sup>. Grâce à la compétition, la

<sup>36</sup> H. Le NABASQUE, *Le pouvoir dans l'entreprise, Essai sur le droit de l'entreprise*, Thèse, Rennes I, 1986, p. 421. Il s'agit de la direction de la collectivité des associés.

<sup>37</sup> Idem.

<sup>38</sup> J. CARBONNIER, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, Paris, 2001, pp. 360 et 361.

<sup>39</sup> Henri Jules Fayol né à Istanbul en 1841 est décédé à Paris en 1925. C'est un architecte civil des mines français. Son ouvrage est « L'administration industrielle et générale en 1916 » l'a propulsé sur la scène. Grâce à ses travaux, il est estimé comme l'un des promoteurs de la gestion d'entreprise et l'un des annonciateurs du management. In [HENRI FAYOL \(1841-1925\) - Encyclopædia Universalis](#), consulté le 17 juillet 2021.

<sup>40</sup> G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. 1, 17<sup>ème</sup> éd., par M. Germain et L. Vogel, LGDJ, 1998, n° 130.

<sup>41</sup> P. BEZARD, *La société anonyme*, Montchrestien, Paris, 1998, n° 86.

<sup>42</sup> A. PIETRANCOSTA, *Le droit des sociétés sous l'effet des impératifs financiers*, Thèse, Paris 1, 1999.

structure et le fonctionnement répondent aux conditions du jeu de la loi de l'offre et de la demande. Il s'impose à la hiérarchie et affirme sa suprématie par rapport à ses acteurs. La prééminence du marché sur la norme semble s'épanouir graduellement<sup>43</sup>. Ainsi, il a besoin de la souplesse du libéralisme, de règles adaptées et d'encadrement. Le contrôle du processus de la régulation est confié aux autorités régulatrices. L'univers économique est à la quête *de souplesse et d'attractivité dans les activités économiques*<sup>44</sup>. Le maintien de la hiérarchie des pouvoirs dans la sphère économique fonde les actions du législateur. *Le droit est l'ensemble des règles objectives et générales qui organisent les rapports sociaux. Mais le marché a prétention à être l'ensemble des règles objectives et générales qui organisent les rapports sociaux. Le marché possède ses propres lois dont nul ne peut disposer. Le droit du marché est un instrument au service de ce dernier ; il doit en adopter la prétendue neutralité. Il ne pourrait pas contrarier la loi du marché ou même surajouter d'autres impératifs. Le droit n'a le pouvoir que de servir : il devient une discipline proprement ancillaire*<sup>45</sup>. La conception démocratique de la société anonyme est fondée sur ce principe. Est-elle effective dès lors qu'à « *l'ouverture de l'assemblée, le conseil d'administration a en main les pouvoirs qu'il a reçus, une majorité de voix disposée à ratifier toutes ses propositions. Dès lors, que lui importent les observations ou les critiques dont il pourrait être l'objet de la part d'un actionnaire présent à l'assemblée ?* »<sup>46</sup>. Ce principe est battu en brèche avec la notion de souveraineté dans la vie politique mais notion présentée comme un mirage. Ainsi, « *peuple souverain, assemblée souveraine, actionnaires souverains, tous souverains, consacrés par la loi, semblent n'être qu'un leurre. Ce ne sont que des mots, une parodie, un peu comme la souveraineté du peuple, toujours invoquée par les destructeurs de libertés. Nulle part, sans doute, dans notre droit, n'existe une parodie aussi complet de la loi et de la réalité* »<sup>47</sup>. Au final, l'affirmation du principe de hiérarchie n'est pas un simple principe d'organisation des pouvoirs mais une technique essentielle inhérente au fonctionnement de la société anonyme. C'est pourquoi, nous devrions proposer une figure hiérarchique innovante des rapports de pouvoirs. Ni le rejet, ni le maintien en l'état du principe de la hiérarchie ne seraient une solution logique. La destruction de tout impose des nouvelles contraintes, parce qu'on ne peut guère tout construire sans déstabiliser d'autres institutions. Pour ce faire, une refondation dudit principe s'impose. D'abord, en rationalisant les pouvoirs de gestion et de représentation au sein de l'organe de gestion ; ensuite, en redéfinissant les pouvoirs de l'assemblée d'actionnaires. L'état et l'utilité dudit principe permettraient de proposer la fonction correctrice et

<sup>43</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, « Le modèle du marché », *APD*, vol 40, 1995, p. 286 et s.

<sup>44</sup> D. MBOW, « L'attractivité juridique et économique de l'OHADA », *Revue libre de droit*, 2020, pp. 87-108, in <http://www.revue-libre-de-droit.fr>, le 17 juillet 2021 à 4h 45.

<sup>45</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, « Le modèle de marché », op. cit., p. 286.

<sup>46</sup> J. PERROUD, « La condition de l'actionnaire », *Mélanges Georges RIPERT*, tome 2, p. 321.

<sup>47</sup> L. MAZEAUD, « Rapport sur la souveraineté de fait dans les sociétés anonymes en droit français », *Travaux H. Capitant*, Tome XV, p. 330 s.

d'identifier leurs finalités dans l'environnement sociétaire. Pour les sociologues, il faut en finir avec le principe de hiérarchie<sup>48</sup> en raison de sa complexité. Il doit être traité comme une feuille de papier qu'il faudra envoyer à la déchiqueteuse pour libérer l'entreprise de son joug afin qu'elle récupère sa performance<sup>49</sup>. Pour Peters, c'est un verbiage stérile qui n'apporte rien à l'entreprise<sup>50</sup>. Il encourage plutôt le concret à la théorie. Pour qu'un tel principe soit maintenu, il faut qu'il promeuve sa nécessité, son efficacité, son rôle, sa forme, son utilité et son devenir dans les organisations. D'où la nécessité de *nouvelles conceptualisations surmontables*<sup>51</sup> *puisqu'en elle-même, elle paraît inévitable à moins d'accepter des sacrifices d'efficacité*<sup>52</sup>.

Existe-t-il dans la société anonyme une démocratie actionnariale ? La problématique de cette étude porte sur les exigences et les vertus du principe de la hiérarchie dans les sociétés anonymes de type classique en droit Ohada. De cette problématique découle la nécessité de clarifier les finalités du principe de la hiérarchie dans les sociétés anonymes en droit OHADA. Et de ressortir que l'application de ce principe dans la société anonyme de type classique nécessite une refondation. Les rapports sont conflictuels, d'où la nécessité d'une conciliation et d'une franche collaboration. Le principe de hiérarchie ne s'applique que dans les sociétés anonymes pluripersonnelles.

La vie elle-même est hiérarchisée et il serait utopique de décliner la fin de la hiérarchie tant dans la société que dans la vie. Alors, si tel est le cas, ce principe ne peut être écarté. Il convient alors de trouver les correctifs à ce principe pour son opérationnalité et sa refondation appropriée dans la société anonyme. L'idée d'hiérarchie était toujours associée à la bureaucratie, source de rigidité, d'immuabilité et surtout de centralisation du pouvoir de décision. La hiérarchie apparaît comme une idée intrinsèquement complexe, cette complexité s'accroissant au fur et à mesure que l'entreprise comprend de nouveaux acteurs<sup>53</sup> et de nouveaux rapports. La hiérarchie est un impératif organisationnel<sup>54</sup> dont l'objectif est la nécessité d'encadrement des nouveaux rapports et des nouveaux acteurs qui s'intègrent dans la société anonyme. Le rejet de ce principe n'est point la solution mais il convient de veiller à son évolution harmonieuse.

Toutefois, le modèle de principe de hiérarchie, en conservant ses critères de base, peut évoluer vers l'accueil de nouveaux critères et de nouvelles valeurs. Le droit positif des sociétés commerciales n'a que l'ambition d'être attrayant et attractif en promouvant la transparence, la sécurité, la souplesse,

<sup>48</sup> M. CROZIER, *L'entreprise à l'écoute : apprendre le management post-industriel*, Inter éditions, 1989, p. 49.

<sup>49</sup> T. PETERS, *L'entreprise libérée : libération management*, Dunod, Paris, 1993, p. 142.

<sup>50</sup> Ibid.

<sup>51</sup> C. RAVERA-THOMAS, *Déterminants et évolution de la hiérarchie au sein des organisations*, Th., Nice, 1997, p. 18.

<sup>52</sup> O. WILLIAMSON, *Institutions de l'économie*, Inter éd., traduit de l'américain par R. Cœurderoy, 1994, p. 274.

<sup>53</sup> M. COZIAN et A. VIANDIER, *Droit des sociétés*, Litec, 21<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 129.

<sup>54</sup> D. LOCHAK, *Le sens hiérarchique*, Cahiers du SURRAP, Psychologie et science administrative, 1985, p. 147.

l'attractivité des activités économiques, la malléabilité, etc. La gouvernance de ladite société devrait être le socle des valeurs irréfutables. Son fonctionnement selon ses principes vise à assurer la gouvernance des caractères multiples et des effets multiples<sup>55</sup>. Dès lors, l'organisation hiérarchique de la société anonyme n'est pas impérativement transcendante et verticale, elle est immanente et horizontale parce qu'elle est atténuée par la présence parallèle du principe de la séparation des pouvoirs. Nous pensons qu'une hiérarchie innovante doit être suivie d'une hiérarchie correctrice afin qu'elle soit mieux adaptée dans le principe séparatiste dans la société anonyme. « *On assiste aujourd'hui, à un brouillage du concept de hiérarchie et corrélativement de son mode de légitimation. Par ailleurs, le repérage de la hiérarchie est faussé par le fait qu'on voit en elle à la fois un corps unique d'encadrement mais aussi un corps hétérogène et aux contours mal définis. La hiérarchie représente un groupe à l'extrême diversité se composant du directeur général, des cadres supérieurs, de l'encadrement intermédiaire et de la maîtrise, c'est-à-dire des cultures de métiers fortement distinctes, un univers socialement mitigé et métissé* »<sup>56</sup>. Le régime de ladite société permet l'instauration de la démocratie universelle comme principe de base. Les différents organes de la société anonyme disposent de pouvoirs propres mais l'évolution de ce droit fait tendre vers un équilibre des pouvoirs au sein de ladite société. L'ordre public apparaît comme la barrière de l'autonomie de la volonté. Il contraint l'individu à respecter certaines règles supérieures qui ont pour but le maintien de l'organisation sociale au détriment de sa liberté et de l'autonomie de sa volonté<sup>57</sup>. Sa caractéristique est de défendre l'intérêt public<sup>58</sup> et de consolider « l'existence d'une société organisée où l'intérêt général l'emporte sur l'intérêt particulier »<sup>59</sup>. Le droit des sociétés comporte de multiples règles impératives dont la finalité essentielle recherchée par le législateur révèle une effectivité relative des règles de gouvernance qui, pour des raisons diverses, se heurtent à des difficultés de mise en œuvre pratique. L'application de ce principe dans la société anonyme nécessite une application des exigences d'une hiérarchie innovante dans la construction graduelle de la souveraineté (I) avant les exigences d'une hiérarchie correctrice liée à la désagrégation et la refondation dudit principe (II).

## I- LES EXIGENCES D'UNE HIERARCHIE INNOVANTE

Selon Fayol, la fonction administrative est la plus importante, puisque c'est la seule qu'un dirigeant ne peut déléguer et d'elle dépend le bon fonctionnement et l'organisation de l'entreprise en général et la société anonyme en particulier. La théorie séparatiste a valu à Locke et à

<sup>55</sup> L. JULLIEN, *Le gouvernement des sociétés par actions*, Thèse, Paris, 2001, V. Conclusion.

<sup>56</sup> C. RAVERA-THOMAS, Article précité, p. 14.

<sup>57</sup> V. KARIM, « L'ordre public en droit économique : contrats, concurrence, consommation », in *Les cahiers de droit*, vol. 40, n° 2, p. 405.

<sup>58</sup> G. RIPERT, *op. cit.*, p. 222.

<sup>59</sup> P. MALAURIE, « Rapport sur l'ordre public et les bonnes mœurs dans le droit privé », *Travaux de l'association Capitant*, 1952, p. 758.

Montesquieu, le prestigieux titre de pères de cette doctrine<sup>60</sup>. Pour Montesquieu, il faut diviser le pouvoir afin de prémunir le groupe social contre tout abus. C'est pourquoi, elle est l'équivalent d'une limitation du pouvoir par sa division<sup>61</sup>. Il revient donc à *séparer des fonctions* de sorte à « *spécialiser des organes* »<sup>62</sup>. La spécialisation signifie une séparation fonctionnelle des pouvoirs. La théorie postule qu'à l'exercice de chaque fonction correspond un pouvoir. A la fonction d'édition des règles générales correspond le pouvoir législatif, à celle d'exécution de ces mêmes règles, le pouvoir exécutif ; et à celle de règlement des litiges correspondent le pouvoir judiciaire<sup>63</sup>. L'essentiel ne réside cependant pas dans la différenciation des organes mais dans leur interdépendance qui, si elle ne peut être totale, doit être aussi large que possible. Dans leur désignation et dans leurs attributions, les différents pouvoirs doivent dépendre le moins possible les uns des autres. Tel est le fondement de l'exigence d'une applicabilité rigoureuse du principe de la hiérarchie. L'entreprise reflète la structure verticale de la société. Elle fait sien le modèle pyramidal<sup>64</sup> par la concentration du pouvoir au sommet, avec des échelons intermédiaires et une base tournée vers le marché<sup>65</sup> ; sauf si le législateur OHADA envisage « *la fragilité sociétale que de confier le pouvoir de faire exécuter les lois à ceux-là même qui détiennent le pouvoir* »<sup>66</sup>. Le législateur OHADA a conçu la société anonyme comme un véritable Etat démocratique<sup>67</sup>. Comme dans toutes les sociétés, on y retrouve une assemblée générale qui constitue l'organe souverain. Les règles présidant à l'organisation de la société anonyme sont d'ordre public<sup>68</sup>. C'est pourquoi, un organe même plus élevé dans la hiérarchie, ne peut se substituer à l'organe d'administration. La construction du principe de hiérarchie conduit à l'analyse déterminant les fondements et limites dans la société anonyme à la suite des réformes<sup>69</sup>. L'assemblée d'actionnaires, « *autrefois critiquée* »<sup>70</sup>, occupe la position souveraine avec la spécialisation de fonctions qui se plie au principe de séparation des pouvoirs. La souveraineté de l'assemblée d'actionnaires trouve sa légitimation dans l'idée de la hiérarchie. Ainsi, l'attribution des pouvoirs propres au conseil d'administration et à la direction générale se justifie par le principe de la séparation des pouvoirs. Ainsi, il s'avère nécessaire de revenir au modèle de la hiérarchie dans la société anonyme.

<sup>60</sup> G. BERGERON, *Tout était dans Montesquieu. Une relecture de l'esprit des lois*, L'Harmattan, Série "Logiques juridiques", 1996, p. 187.

<sup>61</sup> B. BINOCHE, *Introduction à « De l'esprit des lois de Montesquieu »*, PUF, coll. "Les grands livres de la philosophie", 1998, p. 260-261.

<sup>62</sup> M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ, Paris, 1980, p. 19 ; M. TROPER et F. HAMON, *Droit constitutionnel*, LGDJ, Paris, 2003, p. 99.

<sup>63</sup> P. PACTET, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2010, p. 110.

<sup>64</sup> I. CORBISIER, *La société : contrat ou institution*, Larcier, 2011, p. 27.

<sup>65</sup> J. CARLZON, *Président-directeur général de SAS, Renversons la pyramide*, Inter Editions, Paris, 1986, p. 17.

<sup>66</sup> J. LOCKE, *Le second traité du gouvernement. Essai sur la véritable origine, l'étendue et la fin du gouvernement civil*, chapitre XII, éd. 1689.

<sup>67</sup> Le principe de la séparation des pouvoirs développé tour à tour par John LOCKE et MONTESQUIEU postule une indépendance et une égalité entre les différents organes de la société : l'organe délibérant, l'organe exécutif et l'organe de contrôle, afin d'éviter toute concentration du pouvoir, annonciatrice de la mort des droits.

<sup>68</sup> Cass. Civ., 4 juin 1946, JCP 1947, II, 3158, note D. Bastian.

<sup>69</sup> A. COURET, « Les dispositions de la loi de sécurité financière intéressant le droit des sociétés », *JCP*, E, 2003, p. 1290.

<sup>70</sup> P. Le CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, Montchrestien, op. cit., n° 833, p. 563.

L'application de la théorie de Montesquieu laisse apparaître dans l'édifice que la souveraineté de l'organe de contrôle n'est que relative en raison de ce qu'elle ne peut outrepasser les pouvoirs propres de l'organe de gestion. Il convient de s'attarder sur une construction légale de la souveraineté (A) avant d'aborder les limites légales de la souveraineté (B).

## A- UNE CONSTRUCTION LEGALE DE LA SOUVERAINETE

La société<sup>71</sup> anonyme est gouvernée par le principe de hiérarchie et est à la fois contractuelle et institutionnelle. La première est issue du droit romain et donne naissance à la personne morale<sup>72</sup>. La seconde, quant à elle, s'est produite à une époque où la conception contractuelle de la société souffrait de plusieurs incohérences. L'analyse de l'arrêt *Motte*<sup>73</sup> permet de déduire que la société anonyme a une nature contractuelle limitée (1) et une nature institutionnelle prononcée (2).

### 1- Une nature contractuelle limitée

*La société doit être créée conformément à l'intérêt commun des associés*<sup>74</sup>. Le contrat est un accord par lequel une ou plusieurs personnes s'engagent, envers une ou plusieurs autres à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose<sup>75</sup>. Le contrat « s'impose à l'ère de la globalisation comme l'outil de régulation par excellence des rapports juridiques »<sup>76</sup>. On peut tout faire avec un contrat : promettre, échanger, établir des rapports de pouvoir, créer des êtres juridiques<sup>77</sup>. Il est donc l'acte licite qui fonde

<sup>71</sup> « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes ». Article 4 relatif au Droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

<sup>72</sup> C. FREYRIA, « La personnalité morale à la dérive », *Mélanges Breton-Derrida*, Paris, 1992, p. 121.

<sup>73</sup> Si les rapports entre l'assemblée et le conseil d'administration étaient gouvernés par le mandat, l'assemblée générale aurait pu priver le conseil de l'ensemble de ses pouvoirs. Or, la Cour de cassation affirme clairement que les rapports de pouvoirs dans la société anonyme sont hiérarchisés ; elle affirme également le principe de séparation de pouvoirs, donnant lieu à une spécialisation de fonctions. Ainsi, l'arrêt *Motte* a un double apport : d'abord, il pose le principe de hiérarchie et de séparation de pouvoirs. Ensuite, il affirme que la société anonyme a une nature institutionnelle et ne peut guère continuer à fonctionner selon les règles de mandat, ce qui signifie qu'elle n'a pas une nature contractuelle.

<sup>74</sup> Il en est de même de l'article inspireur, 1832 du Code civil de 1804 applicable au Bénin.

<sup>75</sup> Article 1101 du Code civil.

<sup>76</sup> L. HENNEBEL, G. LEWKOWICZ, « La contractualisation des droits de l'homme. De la pratique à la théorie du pluralisme politique et juridique », in G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS (Dir.), *Repenser le contrat*, Dalloz, Paris, 2009, p. 221 ; voir aussi, M. MEKKI, « Le discours du contrat : quand dire, ce n'est pas toujours faire », *Revue des contrats*, 2006/2, p. 298 : « Le contrat gagne toutes les sphères juridiques, que ce soit en se diffusant au sein du droit public ou en se banalisant au sein du droit privé, qu'il s'agisse du droit substantiel ou du droit processuel, qu'il soit question du discours juridique, politique ou économique ». La vie courante est faite des obligations, lesquelles résultent souvent des contrats, en ce que pour se nourrir, se vêtir, se loger, se déplacer, se soigner... chaque personne conclut, parfois sans le savoir, des contrats d'origine variée : vente, bail, transport, contrat de travail, contrat médical... pour ne citer que ceux-là. In J.-D. BAKALA DIBANSILA, *Les techniques d'obtention d'un titre exécutoire en vue de l'exécution forcée dans l'espace OHADA*.

<sup>77</sup> G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS, (Dir.), « Pluralisme politique et juridique », in *Repenser le contrat*, op. cit.

l'obligation, selon le droit civil<sup>78</sup>. C'est une variété de convention<sup>79</sup>, un accord de deux ou plusieurs volontés sur un objet d'intérêt juridique qui a pour effet de créer des obligations. Juridiquement, il constitue la source principale des obligations, un mode spécial de création et de transfert des droits<sup>80</sup>. Au plan économique, le contrat est l'instrument des échanges économiques, qu'il s'agisse de la circulation des biens ou des services. La société est une convention permettant à deux ou plusieurs personnes de convenir de la mise en commun de quelque chose avec l'intention de partager le bénéfice qui pourra en résulter<sup>81</sup>. Chaque associé dispose d'un droit de vote, à l'exemple des citoyens du peuple. Le mode majoritaire est préféré à l'unanimité, les minoritaires étant présumés protégés. « Le contrat de société se règle par le droit civil, par les lois particulières au commerce et par les conventions des parties »<sup>82</sup>. En conséquence, ce code accordait à l'assemblée d'actionnaires, le pouvoir souverain pour nommer et révoquer des personnes chargées de représenter la société. Sa contractualisation est influencée par la doctrine de Rousseau<sup>83</sup> et gouvernée par les règles civilistes accordées aux associés. Créé par les associés, il a un objet direct qui permet de réaliser leur volonté commune<sup>84</sup>. Comme tout contrat, celui-ci obéit au principe civil général de l'autonomie de la volonté<sup>85</sup>. Cependant, le développement de l'ordre public économique de direction<sup>86</sup> et de l'ordre public économique de protection<sup>87</sup> a engendré le recul de la toute-puissance de la volonté des parties dans le lien contractuel. Les contrats s'ouvrent sur l'avenir, dans un environnement économique mouvant et doivent intégrer les nouveaux problèmes et besoins liés à celui-ci. On assiste à une sorte d'institutionnalisation du lien contractuel caractérisée par la recherche de la justice contractuelle à travers l'exaltation de l'intérêt commun et la protection du contrat. Cette nouvelle philosophie exige le rééquilibrage des rapports contractuels et des prestations qui en découlent. Le contrat de société ne peut avoir pour *critérium* une

<sup>78</sup> J. GAUDEMET, « Naissance d'une notion juridique. Les débuts de l'« obligation » dans le droit de la Rome antique », in Archives de Philosophie du droit, *L'obligation*, t. 44, Dalloz, Paris, 2000, p. 25.

<sup>79</sup> En pratique, l'on confond les termes de contrat et de convention. Mais dans le sens strict, la convention a un objet plus large que le contrat.

<sup>80</sup> Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, 17<sup>e</sup> éd. Sirey, 2021, n° 611, p. 217.

<sup>81</sup> J. PAILLUSSEAU, « La personnalité morale des sociétés », *RTD civ.*, 1993, p. 705.

<sup>82</sup> J.-C. MAY, « La société : contrat ou institution ? », in BASDEVANT-GAUDEMET, *Contrat ou société : un enjeu de société*, LGDJ, 2004, p. 122.

<sup>83</sup> J.-J. ROUSSEAU, « Le contrat social », Union générale d'éditions, 1973, Livre 1, chap. VI, p. 36.

<sup>84</sup> P. Le CANNU, Note sous cass. com 11 juin 2013, Bull. Joly 2013, p.624.

<sup>85</sup> L'article 1134 al. 1. du Code civil, selon lequel : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». V., J. GHESTIN, *La notion de contrat*, D, 1990, chr., p. 149. Toutefois, il convient de préciser qu'en dépit de l'évolution du domaine des conventions, ce qui incite une grande partie de la doctrine à défendre la nature contractuelle de la société, la conclusion des conventions par les parties est aujourd'hui largement encadrée par le droit, tel que l'article 6 du Code civil. Les conventions représentent, au même titre que la loi, une source de droit dépendante d'une hiérarchie de normes. V. sur ce sujet, H. KELSEN, *La théorie juridique de la convention*, APD, 1940, n° spécial : Le problème du contrat, p. 33 à 76. Sur une étude plus approfondie de la hiérarchie des conventions, V. J. PERROUIN, *La hiérarchie des conventions en droit privé*, Thèse, Toulouse, 1, 2000.

<sup>86</sup> G. COUTURIER, « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », *Mélange Jacques FLOUR*, 1979, p. 95.

<sup>87</sup> G. FARJAT, *L'ordre public économique*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1963. G. COUTURIER, op. cit.

*affectio societatis* qui serait la volonté de créer une société<sup>88</sup>. L'*affectio societatis* se confond avec la volonté de contracter une société, ce qui n'est pas le cas, puisque le consentement est une condition de validité des contrats en général, alors que l'*affectio societatis* est un élément de validité propre au contrat de société<sup>89</sup>. Ce serait un élément du contrat de société autour duquel se résume la définition de la volonté commune. *Volonté de collaboration active, pour la réalisation commune d'un enrichissement par la mise en commun des capitaux et de l'activité des associés*<sup>90</sup>. Dans l'approche contractuelle, l'actionnaire est protégé par les règles du droit des contrats<sup>91</sup> et « *l'associé se présente avant tout comme un contractant* »<sup>92</sup> disposant d'un droit de vote pour sa participation à la réalisation de la volonté commune au sein d'une assemblée d'actionnaires souveraine. La société est créée par certains actionnaires en vue de réaliser des bénéfices ou de réaliser une économie. Cette situation révèle le caractère souverain de l'assemblée d'actionnaires, lieu de rencontre des actionnaires dont l'*affectio societatis*<sup>93</sup>, terme romain, fonde la volonté d'entreprendre dans un esprit « d'union », et « *la volonté de participer directement aux risques de l'entreprise* »<sup>94</sup> dans le contrat de société<sup>95</sup>. Elle repose sur la volonté de s'associer sur un pied d'égalité<sup>96</sup>. La doctrine moderne, dans sa majorité, adopte cette même idée, à l'instar de l'éminent professeur Guyon qui a réfuté les conceptions unitaires et prôné une approche protéiforme de la notion d'*affectio societatis*<sup>97</sup>. Il s'agit « *d'une volonté, au moins implicite, de collaboration égalitaire, dans une perspective commune intéressée* »<sup>98</sup> qui exprime l'« *intention des associés d'interagir comme des égaux tout en poursuivant ensemble l'œuvre commune* »<sup>99</sup>. C'est cette thèse que défend la jurisprudence<sup>100</sup>. L'association de la qualité d'associé et de la présence de l'*affectio societatis* est une idée très controversée dans les débats actuels<sup>101</sup>. Elle apparaît comme un critère

<sup>88</sup> J. HAMEL, « L'*affectio societatis* », *RTD Com*, 1925, p. 763.

<sup>89</sup> J. et E. ESCARRA et J. RAULT, *Traité de droit commercial*, t. 1, Paris, 1950-1955, n° 162.

<sup>90</sup> P. PIC, « De l'élément intentionnel dans le contrat de société », *Ann. Dr. comm.*, 1906, p. 153. G. RIPERT, « Prêt avec participation aux bénéfices et sociétés en participation », *Ann. Dr. comm.*, 1905, p. 53.

<sup>91</sup> Voir article 1832 et s. du Code civil.

<sup>92</sup> J. CALAIS-AULOY, Rép. Sociétés, V° « Associé », 1970, n° 1 et s.

<sup>93</sup> P. DIDIER, *Droit commercial*, tome 2, L'entreprise en société, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, 1997, p. 54.

<sup>94</sup> C. COUPET, *L'attribution du droit de vote dans les sociétés*, Thèse Paris 1.

<sup>95</sup> Le doyen Hamel avait déjà fondé la définition de l'*affectio societatis* sur ces deux éléments. V. J. HAMEL, « L'*affectio societatis* », *RTD civ.*, 1925. Pour une étude récente sur l'*affectio societatis*, V., V. CUISINIER, *L'affectio societatis*, Litec, 2008 ; M. ADAMO, « La notion d'*affectio societatis* en droit des sociétés commerciales (OHADA) », *RTSJ, Lomé*, 2013, pp. 69 - 85.

<sup>96</sup> L. GODON, *Les obligations des associés*, Economica, Paris, 1999, p. 90.

<sup>97</sup> Y. GUYON, *Droit des affaires, Droit commercial général des sociétés*, précité, n° 124.

<sup>98</sup> J. MESTRE, *Sociétés commerciales*, Lamy, éd. 2010, n° 296.

<sup>99</sup> G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. 1, 17<sup>ème</sup> éd., par M. Germain, op. cit., n° 683.

<sup>100</sup> TGI Paris, 14 mars 1973, *Gaz. Pal.*, 1973, 2, p. 913, note M. Peisse ; *Rev. soc.*, 1974, p. 92, note M. Guilberteau, *RTD com.*, 1974, p. 104, obs. R. Houin ; dans le même sens, la Cour de cassation, par un arrêt du 3 juin 1986, a affirmé que l'*affectio societatis* impliquait que les « associés collaborent de façon effective à l'exploitation dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité, chacun participant aux bénéfices comme aux pertes ». De même, « *pour les associés, outre leur vocation à la répartition des bénéfices, une participation à la conduite des affaires sociales sur un pied d'égalité, un pouvoir de contrôle et de critique, un concours actif à l'administration de l'affaire*. *Cass. com.*, 3 juin 1986, *Rev. soc.*, 1986, p. 585 et s., note Y. Guyon.

<sup>101</sup> D. ESKINAZI, *La qualité d'associé*, Thèse, Cergy Pontoise, 2005.

intentionnel, sentimental « à forte connotation psychologique »<sup>102</sup>, mais essentiel dans les sociétés commerciales.

La contractualisation de la société est remise en cause par l'inefficacité à résoudre les problèmes liés au contrat de société<sup>103</sup>. Le contrat est « un accord de volontés »<sup>104</sup> dont le contenu se dédouble<sup>105</sup> et comprend plusieurs éléments en interaction. Ainsi, l'assemblée étant en position pyramidale supérieure, elle délègue des personnes afin d'administrer son patrimoine selon un contrat de mandat indiquant l'étendue de leurs pouvoirs. Mais cette situation n'assurait pas la protection des tiers<sup>106</sup> et la multiplication des règles impératives mettait en crise l'autonomie de la volonté<sup>107</sup>. « *Le droit des sociétés est ainsi assoupli, infléchi et enrichi par des contrats conclus par la société ou par les associés, entre eux ou avec des tiers* »<sup>108</sup>. Les actionnaires sont étouffés<sup>109</sup> par les règles très impératives, en déphasage avec les besoins des entreprises<sup>110</sup> car *le faisceau de relations contractuelles augmente*<sup>111</sup>. En revanche, les conventions contractuelles, qu'elles soient politique ou économique, ne permettent pas de consolider la position souveraine des actionnaires. Il est incontestable que le recours aux mécanismes contractuels ne peut proposer des solutions au décalage entre la réalité des rapports de pouvoirs et les règles impératives. Bien au-delà, l'excès des rapports extrastatutaires déstabilise ceux sociétaires. Ainsi, la jurisprudence a rappelé à maintes reprises que les aménagements conventionnels doivent respecter le principe hiérarchique. La Cour de cassation fait une double affirmation<sup>112</sup>.

<sup>102</sup> N. REBOUL, « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'affectio societatis », *Rev. Sociétés*, 07-09/2000, p. 425.

<sup>103</sup> M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, 25<sup>ème</sup> éd., 2006, p. 4, n° 9.

<sup>104</sup> F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 8<sup>ème</sup> éd., Paris, 2002, n° 17, p. 27 et s. ; Ph. MALINVAUD, *Droit des obligations*, Litec, 9<sup>ème</sup> éd., Paris, 2005, n° 49, p. 34. Le contrat est un accord de volontés qui sont exprimées pour produire des effets de droit auxquels le droit objectif fait produire de tels effets »

<sup>105</sup> L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, LGDJ, Paris, 2002, p. 157. D'une part, le contrat représente l'ensemble des droits et obligations permettant à l'échange économique de se réaliser. D'autre part, le contrat représente cet échange économique entre des prestations.

<sup>106</sup> C. BERR, *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, Sirey, 1961, p. 29, n°19.

<sup>107</sup> M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., p. 5.

<sup>108</sup> Y. GUYON, *Traité des contrats*, 5<sup>ème</sup> éd., 2002, p. 9 ; V. également J. MESTRE, « La société est bien encore un contrat... », *Mélanges C. MOULY*, Litec, 1998, T. 2, p. 131 à 140.

<sup>109</sup> J.-J. DAIGRE, « Transformer les sociétés », in *De nouveaux espaces à la liberté contractuelle*, colloque organisé au Sénat, le 14 février 1995, JCP éd. E, supplément au n° du 18 mai 1995, p. 16.

<sup>110</sup> Ph. BISSARA, « L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions », *Rev. Soc.*, 1990, p. 553.

<sup>111</sup> Y. GUYON, *Traité des contrats, les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5<sup>ème</sup> éd., LGDJ, p. 146.

<sup>112</sup> CA Aix, 28 septembre 1982, « si les statuts peuvent aménager, au mieux des intérêts sociaux les modalités de l'administration et de la direction, cette liberté s'exerce sous la condition expresse d'absence de bouleversement des principes généraux de hiérarchie et de compétence des divers rouages institués par la loi », *Rev. Soc.*, 1983, p. 773, note Mestre. L'arrêt *Motte*, pose d'abord le principe de hiérarchie et de séparation de pouvoirs ; ensuite, il affirme que la société anonyme a une nature institutionnelle et ne peut guère continuer à fonctionner selon les règles de mandat, ce qui signifie qu'elle n'a pas une nature contractuelle.

## 2- Une nature institutionnelle prononcée

Les partisans de la nature institutionnelle de la société s'appuient sur la jurisprudence issue de l'arrêt *Motte* et du changement de l'expression « constituée » par « instituée » dans l'article 1832, al. 2 du Code civil. L'assemblée d'actionnaires est l'organe incontournable à qui est attribuée une position souveraine dans la construction hiérarchique de la société anonyme. La règle de droit portant acte uniforme de l'OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique attribue la souveraineté à l'assemblée d'actionnaires. La compréhension de la souveraineté de l'assemblée d'actionnaires nécessite le retour à l'idée de la hiérarchie. La nature du pouvoir souverain, l'association du pouvoir de décision à l'idée de souveraineté semble *a priori* évidente, voire essentielle. Mais la dissociation de la souveraineté de l'assemblée d'actionnaires et le pouvoir de décision est une idée qui n'est pas contestable. Le couple hiérarchie et séparation des pouvoirs montre que le premier trouve des limites justifiées par le principe de séparation des pouvoirs. L'organe de gestion est subordonné à l'organe de contrôle qui juge le bien-fondé de la décision en toute transparence. La transparence renvoie à la bonne gestion qui garantit la sécurité aux actionnaires et aux créanciers de la société, témoignant d'un esprit d'ouverture et d'un désir de communication qui doit conférer une forme de légitimité aux actes et décisions<sup>113</sup>. La transparence n'est pas une vertu, elle est une mécanique au service de la vertu autant que le secret<sup>114</sup>. La nature institutionnelle de la société est basée sur la forme d'une organisation hiérarchisée, tandis que la conception contractuelle classique défend plutôt l'idée que la société anonyme est un contrat au sein duquel se créent des rapports inégalitaires en faveur de l'assemblée d'actionnaires<sup>115</sup>. L'organisation des sociétés anonymes repose initialement sur le principe de hiérarchie des organes sociaux<sup>116</sup>. C'est le fondement d'une crise dans les rapports entre l'organe de contrôle et l'organe de gestion. S'il en est ainsi, quelle est la base attributive de la souveraineté à l'assemblée d'actionnaires ? La nature de la société « revêt un intérêt pratique indéniable », et dès lors, « il ne se confine pas à la querelle théorique ou académique »<sup>117</sup>. Elle répond au principe hiérarchique. Comme dans toutes les sociétés, on y retrouve une assemblée générale qui constitue l'organe souverain<sup>118</sup>. La souveraineté de l'assemblée d'actionnaires a pour base légale, la nature contractuelle et/ou institutionnelle de la société<sup>119</sup>. La souveraineté de l'assemblée

<sup>113</sup> M. SAMB, *Gouvernance et transparence en droit des sociétés de l'espace OHADA : perspectives de droit dur (hard law) et de droit souple (soft law)*, BDE 2017-1.

<sup>114</sup> D. SOULEZ-LARIVIERE, *La transparence et la vertu*, Albin Michel éditeur, 2014, 188p.

<sup>115</sup> En revanche, la conception contractuelle moderne néglige la question de la souveraineté de l'assemblée d'actionnaires pour aborder le débat en termes de finalités ; il s'agit alors de l'intérêt souverain de l'actionnaire.

<sup>116</sup> V. MAGNIER, *Droit des sociétés*, Dalloz, 3<sup>ème</sup> édition, Paris, 2007, n° 483, p. 261.

<sup>117</sup> I. CORBISIER, *La société : contrat ou institution ?*, éd. Larcier, Paris, 2011, p. 31.

<sup>118</sup> V. MAGNIER, *Droit des sociétés*, Dalloz, 3<sup>ème</sup> édition, Paris, 2007, n° 483, p. 261.

<sup>119</sup> Y. PUYO, *Essai sur le contrat et l'institution, les relations entre les groupements institutionnels et le contrat en droit privé*, Thèse, Toulouse, 2006.

d'actionnaires est issue du contrat de société<sup>120</sup> selon le code civil<sup>121</sup>, même s'il y a des voix dissidentes<sup>122</sup>. La finalité sociale voire économique découlant du contrat est davantage perçue comme un instrument par excellence des échanges économiques.

Il est utile de rappeler que le développement de la nature institutionnelle de la société s'est produit à une époque où la conception contractuelle de la société souffrait de plusieurs incohérences. Les partisans de la nature institutionnelle de la société s'appuient sur la jurisprudence issue de l'arrêt *Motte*<sup>123</sup> et du changement de l'expression « constituée » par « instituée » dans l'article 1832, al. 2 du Code civil. Sur ce fondement, ils considèrent que la société anonyme est une institution qui prend la forme d'une organisation hiérarchisée apte à exprimer la volonté des actionnaires<sup>124</sup>. Dans la conception institutionnelle, la souveraineté de l'assemblée d'actionnaires se fonde sur l'idée qu'elle est une institution. L'arrêt *Motte* a permis d'amorcer l'ère de l'institutionnalisation de la société. C'est « une organisation sociale quelconque [...] instituée lorsque le pouvoir de réalisation qu'il y a en elle, est soumis dans une certaine mesure, à l'idée mère de l'entreprise et, par-là, à sa fonction par des règles de droit établies par des moyens objectifs efficaces »<sup>125</sup>. L'institution « est une allégorie d'œuvre ou d'entreprise qui s'accomplit et dure réglementairement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; entre les acteurs du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures »<sup>126</sup>. Développé par les théoriciens publicistes<sup>127</sup> et repris par les privatistes<sup>128</sup>, il est déconnecté du modèle contractuel. Le droit des sociétés commerciales

<sup>120</sup> G. RIPERT, R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, LGDJ, t. 1, 17<sup>ème</sup> éd., Paris, n°1056, pp. 12 et 13.

<sup>121</sup> Ce courant classique remonte en effet à la doctrine de Rousseau, « Le contrat social ». Pour ce grand philosophe des Lumières, tout pouvoir a une origine humaine, il est alors conventionnel ; les hommes, par la suite, se mettent d'accord pour mettre en œuvre « une organisation politique ». Pour Rousseau, toute organisation est une émanation d'une volonté commune des hommes, et le contrat social permet d'établir l'équilibre entre les hommes. « *Trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé et par laquelle chacun s'unissant à tous n'obéisse pourtant qu'à lui-même* », tel est le problème fondamental auquel le contrat social donne la solution. J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Union générale d'éditions, 1973, Livre 1, chap. VI, p. 73.

<sup>122</sup> G. FLORES et J. MESTRE, *Brèves réflexions sur l'approche institutionnelle de la société*, LPA, 14 mai 1986, n° 58, p. 25.

<sup>123</sup> Si les rapports entre l'assemblée et le conseil d'administration étaient gouvernés par le mandat, l'assemblée générale aurait pu priver le conseil de l'ensemble de ses pouvoirs. Or, la Cour de cassation affirme clairement que les rapports de pouvoirs dans la société anonyme sont hiérarchisés ; elle affirme également le principe de séparation de pouvoirs, donnant lieu à une spécialisation de fonctions. Ainsi, l'arrêt *Motte* a un double apport : d'abord, il pose le principe de hiérarchie et de séparation de pouvoirs. Ensuite, il affirme que la société anonyme a une nature institutionnelle et ne peut guère continuer à fonctionner selon les règles de mandat, ce qui signifie qu'elle n'a pas une nature contractuelle.

<sup>124</sup> L. JULLIEN, *Le gouvernement des sociétés par actions*, Thèse, Paris 1, 2001, p. 66.

<sup>125</sup> M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12<sup>ème</sup> éd., réimpression, Hachette Bnf, 2014, pp. 118 et 119.

<sup>126</sup> M. HAURIOU, *La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)*, 4<sup>ème</sup> Cahier de la nouvelle journée, 1925, reproduit in M. Hauriou, *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Cahiers de la nouvelle journée (23), Paris, Bloud & Gay, 1933, p. 89, spéc. p. 96.

<sup>127</sup> G. RENARD, *La théorie de l'institution, Essai d'ontologie juridique*, Sirey, Paris, 1930, p. XV. Léon DUGUIT est représentant du courant positiviste sociologique, influencé par les idées de Durkheim et A. Comte. L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 1929.

<sup>128</sup> J. LEBLOND, « Les pouvoirs respectifs de l'assemblée générale du conseil d'administration, du président-directeur général et du directeur général adjoint dans la doctrine institutionnelle », *Gaz. Pal.*, 1957, I, Doctr. n° 29.

et du groupement d'intérêt économique a permis de promouvoir des sociétés mieux structurées garantissant la limitation de responsabilité aux associés<sup>129</sup>. *La société* a une double nature : *contractuelle et institutionnelle*<sup>130</sup>. Mais *aucune de ces deux théories, contractuelle ou institutionnelle, n'est [...] assez satisfaisante en elle-même pour exclure l'autre*, ce qui justifie la nécessité d'une *synthèse*<sup>131</sup>. Dans la pratique, le consentement individuel se trouve nécessairement à l'origine de toute société et la « *la volonté individuelle s'efface ensuite* »<sup>132</sup>. Toutefois, si le recours au concept d'institution a été utile historiquement pour mettre en lumière les particularités du contrat de société, il semble aujourd'hui possible d'en faire l'économie. C'est pourquoi, « *le pouvoir créateur se situe dans les institutions et non dans les règles de droit qui ne constituent que des limites imposées aux pouvoirs institutionnels et individuels* »<sup>133</sup>.

## B- LES LIMITES LEGALES A LA SOUVERAINETE

La structure pyramidale est la représentation par excellence de la hiérarchie<sup>134</sup> dont le sommet représente l'unité du pouvoir qui se démultiplie d'un degré à l'autre. Nous avons l'impression que la justification de l'attribution de la souveraineté à l'assemblée d'actionnaires ne peut se réaliser sans évoquer ces différentes connotations. Deux critères centraux sont communément associés au principe hiérarchique : la souveraineté et la subordination. C'est pourtant, « *les assemblées d'actionnaires ont été toujours dans l'organisation des sociétés anonymes, l'organe souverain* »<sup>135</sup>. L'attribution de la position souveraine à l'assemblée d'actionnaires dépend du principe de la hiérarchie et d'une mise en œuvre concordante de l'ensemble des critères du modèle hiérarchie. Ainsi, une subordination comme conditions de mise en œuvre d'une hiérarchie innovante (1) est suivie d'une gradation entre organes, source d'une hiérarchie innovante (2).

### 1- Une subordination comme condition d'une hiérarchie innovante

Le principe hiérarchique est un mode de pensée, qui justifie la création d'un monde fondé sur l'idée péjorative de subordination<sup>136</sup>, d'autorité et d'ordre qui fonde un équilibre général, l'unilatéralité de décision ou de commandement ou d'ordre. La hiérarchie mérite d'être clarifié comme la

<sup>129</sup> C. HANNOUN, « Le droit des sociétés à l'épreuve de la modernité », in *Etudes à la mémoire du professeur Bruno OPPETIT*, Litec, 2009.

<sup>130</sup> M. JEANTIN, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, 1994, p. 12, note 54.

<sup>131</sup> Ph. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., Paris, 2005, p. 36.

<sup>132</sup> Y. GUYON, *op. cit.*, p. 96.

<sup>133</sup> I. CORBISIER, *La société : contrat ou institution ?*, *op. cit.*, p. 137.

<sup>134</sup> « *Cette construction pyramidale est caractéristique de l'organisation bureaucratique, au sens wébérien du terme : l'administration est composée de strates superposées et hiérarchisées au sein d'un édifice qui va en rétrécissant de la base au sommet* », M. WEBER, *La théorie de la bureaucratie de Weber : ses idées et ses caractéristiques*, In [La théorie de la bureaucratie de Weber : ses idées et ses caractéristiques \(nairaquest.com\)](http://La.theorie.de.la.bureaucratie.de.Weber:ses.idees.et.ses.caracteristiques.nairaquest.com), consulté le 17 juillet 2021.

<sup>135</sup> H. CHEZAUD, *Les assemblées d'actionnaires*, Thèse, Paris 1, 1989, p. 28.

<sup>136</sup> M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Thèse, Paris 1, 2003, p. 61.

subordination, l'autorité, le pouvoir hiérarchique, l'ordre<sup>137</sup>. La hiérarchie comme modèle de gouvernement échappe à toute analyse juridique, est une « *idée générale et abstraite que se fait l'esprit humain d'un objet de pensée concret ou abstrait, et qui lui permet de rattacher à ce même objet les diverses perceptions qu'il en a, et d'en organiser les connaissances* »<sup>138</sup>. C'est « *une formulation abstraite, mais elle est moins rigoureuse et non problématisée* »<sup>139</sup>. Elle est un phénomène qui fait vivre les rapports de pouvoirs et une réalité concrète qui est également une idée<sup>140</sup>. La notion de hiérarchie est complexe et ses déterminants sont multiples et parfois hétérogènes. Elle revêt des connotations plurielles comme souveraineté, ordonnancement, commandement, subordination, autorité, contrôle, unité, continuité. La souveraineté est définie « *comme le pouvoir dont dispose l'Etat de commander, contraindre, réprimer* »<sup>141</sup>. « La souveraineté, c'est le caractère d'un organe qui n'est soumis au contrôle d'aucun autre et se trouve investi des compétences les plus élevées, c'est aussi l'ensemble des compétences et privilèges susceptibles d'être exercés par un être souverain »<sup>142</sup>. Elle présente des difficultés d'application en droit des sociétés<sup>143</sup>. Elle « *désigne une qualité, une certaine façon d'être, un certain degré de puissance. C'est le caractère suprême d'un pouvoir suprême qui n'admet ni supériorité ni concurrence. L'Etat est souverain s'il détient une puissance qui ne relève d'aucun autre pouvoir et qui ne peut être égalée par aucun autre pouvoir* »<sup>144</sup>. La souveraineté de l'assemblée d'actionnaires est le pouvoir attribué pour contrôler la gestion sociale, la possibilité de réprimer les décisions jugées non conformes aux choix stratégiques. Elle se réfère aux critères de vérification dont le but est d'exercer le contrôle et l'autorité sur des organes en position inférieure. En droit des sociétés, le pouvoir prend « *une influence déterminante dans la société* »<sup>145</sup> ou du « *pouvoir de décider dans les assemblées générales et de donner des ordres à la direction, en vertu de prérogatives juridiques conférées aux détenteurs d'actions* »<sup>146</sup>. Pour le Professeur Dominique Schmidt, le contrôle d'une société reflète le pouvoir assigné à la politique sociale de même que la décision de l'exploitation et de la cession des actifs<sup>147</sup>. Le contrôle attribue à l'assemblée d'actionnaires

<sup>137</sup> Le dictionnaire *Grand Larousse Universel* retient une définition fondée sur l'idée de classification dans un certain ordre : la hiérarchie signifie « *une classification dans laquelle les éléments sont ordonnés en une série croissante ou décroissante, selon un critère de valeur, numérique ou autre, ou d'importance* ».

<sup>138</sup> Définitions, *Grand Larousse encyclopédie*.

<sup>139</sup> V° *Lexique de sociologie*.

<sup>140</sup> Le terme « idée » signifie, en philosophie, essence éternelle et purement intelligible des choses sensibles, selon le dictionnaire *le Petit Robert* ; sens 2 : « Toute représentation élaborée par la pensée. Expression des idées par le langage... » Sens 6 : « Façon particulière de se représenter le réel, de voir les choses... ».

<sup>141</sup> *Le Petit Larousse*.

<sup>142</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, H. Capitant, V° Souveraineté.

<sup>143</sup> *Lexique de sociologie*, il définit la souveraineté en tant que « pouvoir suprême, qui n'est soumis à aucun autre et qui est indivisible. La souveraineté est l'attribut distinctif de l'Etat... ». Pour J. BODIN, il faut que ceux qui « *sont souverains ne soient aucunement sujets au commandement d'autrui, qu'ils puissent donner loi aux sujets, et casser ou anéantir les lois inutiles pour en faire d'autres* ». Par ailleurs, cet auteur considère la souveraineté en tant que « *puissance ultime et perpétuelle* », ouvrage précité.

<sup>144</sup> C. De MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome 1, Sirey, 1920, p. 70.

<sup>145</sup> A. CHARVERIAT, A. COURET et B. MERCADAL, *Mémento Sociétés commerciales*, éd. Francis Lefebvre, n° 3343.

<sup>146</sup> B. OPPETIT, « La prise de contrôle d'une société au moyen d'une cession d'actions », *JCP*, 1970, I, 2361, spéc., n° 3.

<sup>147</sup> D. SCHMIDT, « Les définitions du contrôle d'une société », *RJCom.*, novembre 1998, n° spéc., p. 9.

le pouvoir d'exercer un contrôle sur la gestion sociale<sup>148</sup>. « *L'analyse substantielle s'oppose à une analyse ou à une qualification qui serait purement formelle* »<sup>149</sup> et permet de trouver des justifications à la réalité de la hiérarchie. Certes, elle ne peut être uniquement un concept dogmatique réduit à des règles de droit, considérées comme des acquis incontestables. Le contrôle a un critère consubstantiel à toute organisation hiérarchisée et est attaché à l'idée de surveillance ou de vérification. « *Contrôler une société, c'est détenir le contrôle des biens sociaux de manière que l'on soit maître de l'activité économique de l'entreprise sociale* »<sup>150</sup>. Le chef de l'entreprise dispose d'un pouvoir de direction<sup>151</sup>. L'analyse substantielle s'est accélérée<sup>152</sup> en faisant éclore les catégories formelles usuelles et il est même estimé **de la même** manière qu'une spéculation créatrice qui est fondatrice du droit économique<sup>153</sup>. L'actionnaire de contrôle est celui qui a le désir d'acquérir une part active dans la gouvernance de la société, soit en se faisant hisser aux fonctions d'administrateur, soit en y promouvant un individu interposé<sup>154</sup>. En somme, le mot contrôle est allotropique, « *contaminé* »<sup>155</sup>, *identifié par cette stratification de sens* »<sup>156</sup>. Il a été défini comme la capacité d'exercer un pouvoir souverain de gouvernance et de commandement sur la société, une entité subtile<sup>157</sup>. Il ne s'exerce pas sur des biens mais sur des personnes, qu'elles soient des dirigeants ou des salariés. « *Dans la mesure où aucun droit de propriété ne saurait être exercé sur des individus, il ne paraît pas possible de soutenir qu'il est l'exercice d'un "quasi" droit réel sur la société contrôlée* »<sup>158</sup>. Le contrôle portant sur le patrimoine ne peut ignorer l'intérêt social de la société contrôlée<sup>159</sup>. C'est « *le droit de décider dans les assemblées générales et de donner des ordres de direction en vertu des prérogatives juridiques conférées aux détenteurs d'actions* »<sup>160</sup>. Le contrôle de fait utilise essentiellement des moyens et des techniques contractuels parfaitement valides pour exercer ou renforcer le contrôle<sup>161</sup>. Il apparaît comme une notion révélatrice « *des faiblesses de l'analyse classique de la société, et que, dans cette mesure, elle a joué le rôle d'un instrument de critique remarquable. Elle a permis de prendre conscience de tout un*

<sup>148</sup> B. MERCADAL, Ph. JANIN et Fr. LEFEBVRE, *Sociétés commerciales*, 1998.

<sup>149</sup> G. FARJAT, *Pour un droit économique*, PUF, 2004.

<sup>150</sup> Cl. BERR, « La place de la notion de contrôle en droit des sociétés », Sirey, 1961, n° 184 bis.

<sup>151</sup> J. SAVATIER, « Pouvoir patrimonial et direction des personnes », *Dr. Sociétés*, 1982, p. 1, spéc. p. 5.

<sup>152</sup> L'analyse substantielle est une méthode privilégiée du droit économique.

<sup>153</sup> G. FARJAT, « Les pouvoirs privés économiques », in Mélanges en l'honneur de Ph. Kahn, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXe siècle*, Litec, 2000, p. 221.

<sup>154</sup> P. Le CANNU, « Légitimité du pouvoir et efficacité du contrôle dans les sociétés par actions », *Bull. Joly*, 1995, n° 29, p. 29.

<sup>155</sup> Selon l'expression de J. DARDELNET, *Regards sur le français actuel*, Beauchemin, Montréal, 1966, p. 29.

<sup>156</sup> M.-P. BLIN-FRANCHOMME, *Essai sur la notion de contrôle en droit des affaires*, Thèse, Toulouse 1, 1998, p. 10. Pour le « *contrôle économique* », voir R. MICHEL, *Le contrôle économique des sociétés et ses rapports avec leur nationalité*, Thèse, Paris, 1923. Pour le « *contrôle-pouvoir* », voir Ch. LEBEN, « Le contrôle multinational », in B. GOLDMAN et Ph. FRANCESKAKIS (Dir.), *L'entreprise multinationale face au droit*, Litec, 1977, p. 76 ; A. LYON-CAEN, *Le contrôle de la croissance des entreprises par les autorités publiques*, Thèse, Paris II, 1975, p. 76 et s.

<sup>157</sup> M. STORCK, « Définition légale d'une société en droit français », *Rev. soc.*, 1986, p. 385.

<sup>158</sup> A. CONSTANTIN, *Les rapports de pouvoirs entre actionnaires*, Thèse, Paris 1, 1998, p. 466.

<sup>159</sup> Ibid.

<sup>160</sup> B. OPPETIT, « La prise de contrôle d'une société au moyen d'une cession d'actions », précité, n° 3.

<sup>161</sup> Les partisans de la théorie contractuelle de la nature de la société se fondent sur le développement des techniques contractuelles pour justifier la nature contractuelle de la société.

ensemble d'insuffisances, d'illusions ou d'idées reçues que dissimulait l'approche purement juridique de la société »<sup>162</sup>. La subordination apparaît comme un critère irréductible au modèle de la hiérarchie<sup>163</sup>. Elle est la subordination de certaines choses ou de certaines personnes les unes aux autres<sup>164</sup>. La subordination permet de légitimer la hiérarchie qui est une relation d'autorité se décroissant en une succession de rangs, c'est non seulement une échelle de transmission des ordres, mais aussi une succession "hiérarchisée" de niveaux de responsabilités où s'exerce une autorité relative sur un domaine spécifique »<sup>165</sup>. Tous les organes sont tenus de rendre compte à l'assemblée d'actionnaires, ils sont subordonnés les uns aux autres<sup>166</sup>. Ces organes partagent une relation inégalitaire et une interdépendance évidente. La subordination suppose qu'une relation transversale s'opère et à défaut, le système se déséquilibre. Elle représente le côté réaliste de la hiérarchie. Par ce système, se réalise l'unité de décision, parce qu'un corps à deux têtes est dans le monde social comme dans le monde animal, un monstre, il a de la peine à vivre. Le lien de subordination présuppose l'existence d'un rapport de force déséquilibré, rapport du faible au fort et signifie une absence d'autonomie, d'indépendance et même de collaboration. Dans le cadre de la société anonyme, la présence des organes hiérarchisés manifeste son existence. A vrai dire, le juge ne reconnaît le lien de subordination que dans le cadre du cumul d'un mandat social avec un contrat de travail<sup>167</sup>. L'assemblée d'actionnaires occupe une position souveraine, suppose que cet organe exerce une autorité et le rapport de l'autorité au modèle de la hiérarchie est, reste et demeure incontestable. D'où la prise en compte d'une gradation entre organes pour consolider la hiérarchie innovante.

## 2- Une gradation entre organes, source d'une hiérarchie innovante

La gradation entre organes montre le caractère inégalitaire de la hiérarchie. Le caractère inégalitaire fait apparaître des limites au principe hiérarchique dont le principe de séparation des pouvoirs est l'expression. Autonome dans sa quintessence, le principe de séparation des pouvoirs constitue un « contre-pouvoir » au principe hiérarchique. Le principe de la hiérarchie constitue un

<sup>162</sup> C. BERR, *Place de la notion de contrôle en droit des sociétés*, Sirey, 1961, p. 3.

<sup>163</sup> Dans le *Petit Robert*, la subordination est définie par « le fait de subordonner une chose à une autre ; position inférieure d'un élément par rapport à un autre dans un ensemble. La subordination de l'espèce au genre. Subordination des intérêts particuliers à l'intérêt général », éd. 2010.

<sup>164</sup> U. VAES, *La hiérarchie dans la structure de l'entreprise*, op. cit., p. 7.

<sup>165</sup> P. DOCKES, *Pouvoir et autorité en économie*, Economica, 1999, p. 78.

<sup>166</sup> Dans ce contexte, la procédure de contrôle interne manifeste que l'organe de gestion est *a priori* en subordination par rapport à l'assemblée d'actionnaires.

<sup>167</sup> Cass. soc., 19 février 1986, Bull. Joly sociétés 1986, § 131-II, note Le Cannu ; Cass. soc., 19 novembre 1986, Bull. Joly sociétés 1987, § 12 ; Cass. soc., 28 janvier 1988, Bull. Joly 1988, § 244 : les directives émanant du conseil d'administration ne suffisent pas à créer un lien de subordination ; Cass. soc., 3 décembre 1987, Bull. Joly sociétés, 1988, § 195 : les compétences que M. Laurent prétendait exercer en sa qualité de salarié ne revêtaient aucun caractère de technicité particulière qui aurait permis de les distinguer de celles qui résultaient de son mandat de président du conseil d'administration ; en l'état de subordination ; Cass. soc., 5 juillet 1989, 715, obs., Y. Guyon, Bull. Joly sociétés 1990, § 78, note Le CANNU : ayant relevé que le président du directoire, actionnaire majoritaire, disposait dans la société de tous les pouvoirs sans aucun contrôle et qu'il exerçait sa mission technique de directeur en toute indépendance sans avoir à en référer à quiconque, une cour d'appel a pu en déduire qu'il ne se trouvait pas à l'égard de la société dans un lien de subordination caractéristique d'un contrat de travail.

mode de gouvernement homogène, l'un ne pouvant fonctionner sans l'autre<sup>168</sup>. Or, une grande partie de la doctrine, aussi bien des privatistes que des publicistes, conteste rigoureusement cette conclusion. Le principe de séparation des pouvoirs constitue la limite naturelle du principe hiérarchique dans laquelle la souveraineté ne peut être ni cessible ni divisible.

Le concept d'autorité peut signifier droit de commander, pouvoir de se faire obéir. Il désigne la capacité de faire exécuter un commandement<sup>169</sup> ou d'exercer un pouvoir. Ainsi, le terme d'autorité évoque le terme de pouvoir. Il ne signifie pas pouvoir, puisqu'il permet d'affirmer que pouvoir et autorité sont deux concepts distincts, l'autorité étant ce qui ajoute aux décisions d'un pouvoir<sup>170</sup>. Pour H. Arendt, « *l'autorité nécessite toujours l'obéissance qui est pris fréquemment sous forme de pouvoir et de violence. Pourtant, l'autorité exclut l'usage des méthodes extérieures de contraintes ; l'usage de la force indique l'échec cuisant de l'autorité proprement dite. Elle est incompatible avec la persuasion, et tient l'ordre autoritaire, qui est toujours hiérarchique. S'il faut vraiment définir l'autorité, alors se doit être en double contradiction à la contrainte par force et à la conviction par argument* »<sup>171</sup>. Elle suppose un rapport hiérarchique qui établit des rapports inégalitaires mais légitimes. Dès lors, l'inégalité dans les rapports hiérarchiques est de droit. Par contre, la persuasion qu'évoque H. Arendt signifie que le rapport entre le titulaire du pouvoir et le destinataire de la décision est égalitaire. Par ailleurs, la violence n'explique pas le caractère légitime de l'autorité. Dans le même contexte, Arendt ajoute que « *la relation autoritaire entre celui qui commande et celui qui obéit ne repose ni sur une raison commune, ni sur le pouvoir de celui qui commande ; ce qu'ils ont en commun c'est la hiérarchie elle-même, dont chacun reconnaît la justesse et la légitimité* »<sup>172</sup>.

L'autorité, c'est « *le droit et le pouvoir de prendre des décisions et de se faire obéir ; elle est l'apanage du chef et couvre tous les actes à exécuter. Il y a donc deux éléments dans l'autorité, le droit de prendre des décisions et celui de donner des ordres. L'un et l'autre peuvent être les attributs du grade et de la compétence, mais il n'en est pas toujours ainsi, l'un peut découler uniquement du grade et l'autre de la compétence et inversement. Les deux éléments de l'autorité ne sont pas nécessairement l'attribut d'une même personne. En fait, ceux qui prennent des décisions assignent souvent des missions à d'autres personnes et leur délèguent en même temps le droit de les faire exécuter* »<sup>173</sup>. L'autorité est associée à tout ordre hiérarchique<sup>174</sup>. Présente dans l'organisation de pouvoirs de toute société anonyme, elle donne aux rapports de pouvoirs un caractère inégalé. Le critère d'unité et celui

<sup>168</sup> L'analyse croisée du principe hiérarchique et de celui de la séparation des pouvoirs montre un mode de gouvernement homogène, l'un ne pouvant fonctionner sans l'autre.

<sup>169</sup> M. WEBER, *Economie et société*, éd, Plon, 1992, 410p.

<sup>170</sup> G. LEBRETON, C. PUIGELIER et J. FOYER, « Autorités et pouvoirs, lectures de Montesquieu », PUF, *L'autorité*, 2008, 348p.

<sup>171</sup> H. ARENDT, « Qu'est-ce que l'autorité ? », in P. LEVY, *La crise de la culture*, Gallimard, 1972, p. 123.

<sup>172</sup> Idem.

<sup>173</sup> U. VAES, *La hiérarchie dans la structure de l'entreprise*, éd. Dunod, 1953, p. 6.

<sup>174</sup> M. WEBER, La théorie de la bureaucratie de Weber : ses idées et ses caractéristiques, In *La théorie de la bureaucratie de Weber : ses idées et ses caractéristiques* (nairaquest.com), consulté le 20 juin 2022.

de continuité sont deux figures de l'autorité. Afin de mieux comprendre le concept d'autorité dans les rapports de pouvoirs sociétaires, il est nécessaire de préciser d'emblée ses clés théoriques. Elle établit un rapport intrinsèque avec la notion du pouvoir hiérarchique. C'est dans l'idée d'unité qu'elle trouve ses justifications. « *Le concept d'autorité est, en effet, l'une des clés du pouvoir hiérarchique... L'unité nous semble être l'autre clé de ce pouvoir* »<sup>175</sup>. Le pouvoir hiérarchique n'est qu'une figure du principe de séparation de pouvoirs, et il est même la condition de son existence. L'assemblée d'actionnaires<sup>176</sup>, cet organe indispensable des sociétés anonymes<sup>177</sup>, permet d'exercer la plénitude des pouvoirs propres et de maintenir si possible le caractère souverain<sup>178</sup>. Figure de la souveraineté de l'assemblée d'actionnaires, le contrôle doit reposer sur des fondements qui ne sont ni substantiels ni formels, en se situant par rapport à la société comme personne morale. Ainsi, il peut être conjoint, direct<sup>179</sup> ou indirect<sup>180</sup>. Dans une conception strictement institutionnelle, il désigne le pouvoir dans la société tel qu'il est structuré par le droit. Son évolution est concomitante avec l'évolution de la théorie de la personnalité morale<sup>181</sup>. Il signifie également qu'« une personne physique ou morale est investie d'un pouvoir souverain de direction, de commandement, au sein d'une société juridiquement autonome »<sup>182</sup>. De façon plus concrète, il s'agit « d'une forme d'exercice direct, indirect, virtuel ou effectif du pouvoir majoritaire, reposant sur la tête d'un seul et même individu et d'un groupement »<sup>183</sup>. Il donne au pouvoir de l'assemblée d'actionnaires un aspect souverain, mais cet aspect est incomplet si l'organe de contrôle ne parvient pas à exercer une autorité. L'application dudit principe appelle la prise des mesures correctives. Le rapport de l'autorité au modèle de la hiérarchie nécessite la mise en œuvre d'une hiérarchie corrective liée à la mise en œuvre d'autres principes.

## II- LES EXIGENCES D'UNE HIERARCHIE CORRECTIVE

Comme l'Etat, la société anonyme, société politique par excellence, est organisée en droit français comme en droit OHADA sur le type de la démocratie libérale où la souveraineté est exercée par le peuple à savoir l'assemblée. Elle est conçue comme une démocratie où les organes sont non seulement hiérarchisés ; ils sont aussi strictement spécialisés en fonction de leur

<sup>175</sup> V. LARROSA, *Recherches sur la notion de hiérarchie en droit administratif français*, Thèse, Toulouse, 1998, p. 38.

<sup>176</sup> Ch. GOYET, « Les limites au pouvoir majoritaire dans les sociétés », *Journ. Agréés*, n° spécial, nov.1991, p. 58

<sup>177</sup> M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 833.

<sup>178</sup> H. CHEZAUD, *Les assemblées d'actionnaires*, Thèse, Paris 1, 1989, p. 39.

<sup>179</sup> Le contrôle direct est la situation dans laquelle la personne qui détient la propriété des actions est la même personne qui siège au conseil d'administration. In Cl. CHAMPAUD, *Le pouvoir de ...*, op. cit., n° 146.

<sup>180</sup> Le contrôle indirect, se réalise par le biais d'autres sociétés ; c'est une intermédiation entre une chaîne de sociétés. In Bull. COB, août-septembre, 1985, n° 184, p. 9.

<sup>181</sup> M.-P. BLIN-FRANCHOMME, Thèse précitée, p. 9.

<sup>182</sup> M. STORCK, « Définition légale du contrôle d'une société en droit français », *Rev. soc.*, 1986, p. 385.

<sup>183</sup> Ibid.

*finalité*<sup>184</sup>. Le principe de la hiérarchie consacre la prépondérance de l'assemblée sur les autres organes, tandis que le principe de la spécialisation non seulement définit les pouvoirs de chaque organe mais aussi empêche qu'un organe supérieur n'empiète sur les prérogatives d'un autre organe. Cette réalité fait de la société anonyme une *organisation juridique unique*<sup>185</sup>. Le principe de la séparation des pouvoirs vise une plus grande transparence dans la gestion de la société anonyme. Or, la transparence garantit la sécurisation des rapports entre les organes de gestion et de contrôle. L'organe de gestion jouit de la compétence exclusive en matière de rémunération. Elle a ainsi reçu l'onction du législateur qui impose des limites à la souveraineté de l'assemblée des actionnaires. L'analyse ici porte **d'une part** sur les limites justifiées par la concurrence de pouvoirs au sein de l'organe de gestion et les limites consolidées par une souveraineté partagée au sein des conventions réglementées **d'autre part**. « *La fonction correctrice* » ne consiste pas à apporter de mesures correctives, *redresser la loi là où elle se trompe*<sup>186</sup>, mais à identifier les finalités du principe de hiérarchie dans un contexte général de mondialisation des marchés financiers.

Pour redonner une utilité sociale au principe de la hiérarchie dans la société anonyme, il convient d'aborder la correction de la désaffection par une refondation sécurisée. La correction de la désaffection se fait grâce à une refondation sécurisée **(B)** sans perdre de vue ses limites légales **(A)**.

#### **A- UN CORRECTIF LIE AUX LIMITES LEGALES**

L'analyse des limites du principe hiérarchique a donné des résultats moins rassurants. Il est avéré que ce principe est *artificiel voire redoutable*<sup>187</sup>. Le contrôle exercé par les dirigeants signifie « *le pouvoir de gérer les affaires de la société ainsi que celui, plus important encore, de choisir les personnes siégeant au conseil d'administration* »<sup>188</sup>. En revanche, la potentialité du principe de séparation des pouvoirs n'est guère discutable. Pourtant, si l'attribution des pouvoirs propres à d'autres organes sociaux paraît légitime au nom du principe de séparation des pouvoirs, ce sont les

<sup>184</sup> J. LEBLOND, « Les pouvoirs respectifs de l'assemblée générale, du conseil d'administration, du Président-directeur général, et du Directeur général adjoint, dans la doctrine institutionnelle », *Gaz. Pal* 1957, 1, doct., p. 29.

<sup>185</sup> J. PAILLISSEAU, « Le droit est aussi une science d'organisation (et les juristes sont parfois des organisateurs juridiques) », *RTDcom* 1989, n° 20, p. 10.

<sup>186</sup> ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, Paris, Librairie générale française, 1992, Livre V, chap. 10, § 6, pp. 230 et 231.

<sup>187</sup> CHARREAUX, P. WIRTZ, *Gouvernance des entreprises, Nouvelles perspectives*, Economica, 2006 ; G. CHARREAUX, A. COURET et P. JOFFRE (Dir.), *De nouvelles théories pour gérer l'entreprise*, ouvrage collectif, Economica, 1987 ; D. DANET, « Misère de la *corporate governance* », *RIDE*, 2008, p. 407-433. Ainsi, la doctrine classique distingue trois théories : les théories de l'entité artificielle, de l'entité naturelle et la théorie de l'*aggregate*, p. 357.

<sup>188</sup> M. KLOEPFER-PELESE, *Contribution à l'étude des offres publiques en droit français et américain*, Paris 1, 2007, n° 222.

figures du partage de pouvoirs entre l'assemblée d'actionnaires et le conseil d'administration qui semblent injustifiées.

A la concurrence des pouvoirs de l'organe de gestion s'oppose la souveraineté partagée au sein des conventions règlementées. C'est pourquoi, les limites justifiées par la concurrence de pouvoirs (1) au sein de l'organe de gestion sont suivies des limites consolidées par une souveraineté partagée (2) au sein des conventions règlementées.

### *1- Les limites justifiées par la concurrence de pouvoirs*

Il est constaté un brouillage du principe de hiérarchie et corrélativement de son mode de légitimation. Le pouvoir est soumis à plusieurs sources dont l'influence est multiple, les accès à l'information et la connaissance sont diffus, l'autorité est en crise. De surcroît, le jalonnement de la hiérarchie est faussé par le fait qu'on voit en elle à la fois un corps unique d'encadrement mais aussi un corps hétérogène aux périmètres mal définis. La hiérarchie constitue un groupe à l'extrême diversité se composant du directeur général, des cadres supérieurs, de l'encadrement intermédiaire et de la maîtrise, c'est-à-dire des cultures de métiers fortement distinctes, un univers socialement mitigé et métissé<sup>189</sup>. **Le principe de la séparation des pouvoirs** s'analyse comme une limite naturelle au principe hiérarchique qui constitue un contrepoids. Il y a nécessité de décliner la souveraineté à chaque organe au rang hiérarchique. Les sous-souverainetés cohabitent, concilient et assurent un fonctionnement équilibré dans la société anonyme. **Le principe de la séparation des pouvoirs** trouve sa justification dans le principe de la hiérarchie des pouvoirs. La société anonyme admet des contre-pouvoirs<sup>190</sup>. Pour Montesquieu, même le pouvoir subordonné ne pourra arrêter un pouvoir supérieur<sup>191</sup>. Le contre-pouvoir, d'une valeur normative, contribue à ériger des rapports des pouvoirs démocratiques équilibrés. Dans la société anonyme, les contre-pouvoirs ont pour but de limiter le pouvoir de l'organe de gestion. C'est à bon droit, par analogie, que par la disposition des choses, les contre-pouvoirs dans la société anonyme arrêtent le pouvoir<sup>192</sup>. La modération du pouvoir dans la société anonyme permet de donner une nature relative au principe de la hiérarchie. Elle permet d'alimenter la contestation du pouvoir en cas d'injustice dans le respect des droits des actionnaires minoritaires. Le principe de la hiérarchie combinée à celui de la séparation des

<sup>189</sup> C. RAVERA-THOMAS, Déterminants et évolution de la hiérarchie, Thèse, Nice, 1997, p. 14.

<sup>190</sup> Le concept de contre-pouvoir est de plus en plus utilisé dans les ouvrages de droit public. E. ZDLER, « La justice comme contre-pouvoir : regards croisés sur les pratiques américaines et françaises », *RIDC*, 2001, p. 559 ; M. TROPER, « Kelsen et l'idéologie des constitutionnalistes français », in C. M. Herrera, *Actualités de Kelsen en France*, p. 29 et s.

<sup>191</sup> M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, Paris, 1994, p. 226.

<sup>192</sup> Ch. L. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre XI, Ch. IV, Collection Garnier Flammarion, Edition 1979, p. 293.

pouvoirs assure l'équilibre des puissances, la modération et la liberté<sup>193</sup>. C'est la justification sociétale de l'existence du principe de hiérarchie tant prôné entre organes de contrôle et de gestion. C'est sur la base de **la séparation des pouvoirs** qu'est prônée la relativité de la souveraineté. La hiérarchisation du pouvoir est encadrée par le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Chaque pouvoir hiérarchique est mu par la volonté de contrôler le pouvoir. La condition de la liberté est indispensable en raison de la nécessité de séparer les organes et d'organiser la gestion démocratique<sup>194</sup>. Tout organe dans la hiérarchie exerce un pouvoir hiérarchique. En effet, on entend généralement par pouvoir hiérarchique celui « *qui appartient à une hiérarchie, s'y rapporte ou en procède. Au sens large, droit et obligation pour un supérieur hiérarchique de contrôler l'action de ses subordonnés. Au sens étroit, droit et obligation pour un supérieur hiérarchique de contrôler les actes juridiques de ses subordonnés, avec faculté de les modifier ou de les annuler* »<sup>195</sup>. Les problèmes fondamentaux de la hiérarchie dans les organisations sont liés à celui de sa nécessité, de son efficacité, de son rôle, de sa forme et de son devenir. Elles appellent de nouvelles conceptualisations pour être surmontées<sup>196</sup>. Pour Williamson « *il peut y avoir des types de hiérarchie plus ou moins souhaitable ; mais la hiérarchie en elle-même est inévitable à moins d'accepter des sacrifices d'efficacité* »<sup>197</sup>. A chaque pouvoir hiérarchique, il y a une logique de contrôle de pouvoir. La hiérarchisation des pouvoirs est la déclinaison des puissances présentes dans la société anonyme. La différence de compétences entre l'organe de contrôle et l'organe de gestion a un degré inégal de puissance. En droit des sociétés, le pouvoir se place à l'intérieur de l'organe qui devient son support.

## ***2- Les limites consolidées par une souveraineté partagée***

Les conventions règlementées doivent être soumises à l'autorisation préalable du conseil d'administration. Il s'agit de toute convention entre une société anonyme et l'un de ses administrateurs, directeurs généraux ou directeurs généraux adjoints. Le partage de souveraineté intervient dans toute convention entre une société et un actionnaire détenant une participation supérieure ou égale à dix pour cent du capital de la société<sup>198</sup>. Les assemblées constituent le lieu d'exercice de la souveraineté des actionnaires. C'est l'instance suprême d'expression des actionnaires dans la société. D'après l'article 125 de l'AUSC-GIE, tout associé a le droit de

<sup>193</sup> R. ARON, *Les étapes de la pensée sociologique*, éd. Gallimard, 1967, p. 63.

<sup>194</sup> A. ALTHUSSER, *Montesquieu, la politique et l'histoire*, PUF, 1959, Paris, 1964.

<sup>195</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, association Henri Capitant, PUF, 12<sup>e</sup> édition, Paris, 2016, p. 1096.

<sup>196</sup> C. Ravera-Thomas, *Déterminants et évolution de la hiérarchie au sein des organisations*, Thèse, Nice 1997, p. 18.

<sup>197</sup> O. WILLIAMSON, *Institutions de l'économie*, 1994, Inter éd., traduit de l'américain par R. Coeurderoy, p. 274.

<sup>198</sup> Article 438 de l'Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

participer aux décisions collectives sauf disposition contraire. Il s'en suit que toute clause statutaire contraire est réputée non écrite. La décision souveraine élaborée par l'assemblée d'actionnaires est à destination de toutes les parties parce que cette décision représente le pouvoir de contrôle. Le pouvoir de décision revient aux dirigeants dits exécutifs<sup>199</sup> grâce aux prérogatives de l'organe de gestion. La décision et non l'autorisation est un acte unilatéral élaboré soit par l'organe de gestion soit par l'organe de contrôle en toute transparence. La transparence est généralement indexée comme la condition d'une meilleure gouvernance des entreprises, dans la mesure où elle est supposée favoriser l'efficacité des marchés et la moralisation de la vie des affaires<sup>200</sup>. Le but de la transparence dans les sociétés anonymes est l'amélioration de la sécurité juridique, la protection des actionnaires minoritaires et des intérêts des tiers. La gouvernance et la transparence sont au cœur du droit positif OHADA régissant le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (DSC-GIE). L'émergence d'autres normes révèle une évolution contemporaine du droit des entreprises<sup>201</sup>. La gouvernance englobe les procédures et structures mises en place pour organiser et gérer les affaires d'une structure pour garantir la transparence et l'équilibre des pouvoirs entre la direction, les administrateurs, les organes de contrôle et les propriétaires de l'entreprise<sup>202</sup>. Elle trouve application dans le cadre de la révocation pour justes motifs, en cas d'exclusion d'un associé, ou même dans le cadre d'une prise de contrôle, en donnant aux actionnaires minoritaires le droit de sortie. En outre, dans le cadre des conventions réglementées, l'annulation se fait si la convention est conclue de façon irrégulière ; de même, dans les cas d'abus de majorité, de minorité ou d'abus de biens sociaux. C'est en fonction du critère de la proportionnalité que le juge intervient pour empêcher des conséquences dommageables pour la société. Ainsi, la proportionnalité consiste à assurer une protection aux parties, tout en garantissant l'application du principe poursuivi. Le principe de proportionnalité est utilisé notamment en matière contractuelle afin de contrôler les atteintes portées au principe d'équilibre contractuel<sup>203</sup>. La justification des actes se fait en fonction de son effet, sur le fonctionnement de la société<sup>204</sup>. Le

<sup>199</sup> Y. CHAPUT, « L'émergence du dirigeant exécutif », in *Les concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ, 2010, p. 221.

<sup>200</sup> D. BESSIRE, *Gouvernance d'entreprise : que cache le discours sur la transparence ?* Document de recherche 2003-3, <https://www.researchgate.net/publication/46449740>, consulté le 10 mai 2022 à 22h45.

<sup>201</sup> M. SAMB, « Gouvernance et transparence en droit des sociétés de l'espace OHADA : perspectives de droit dur (hard law) et de droit souple (soft law) », BDE 2017- 1, p. 1.

<sup>202</sup> G. CHARREAUX, « Les théories de la gouvernance : de la gouvernance des entreprises à la gouvernance des systèmes nationaux », FARGO - Centre de recherche en Finance, Architecture et Gouvernance des Organisations, Université de Bourgogne, n° 1040101, décembre 2004. L'auteur montre qu'historiquement les recherches sur la gouvernance des entreprises ont été consacrées aux firmes anglo-saxonnes.

<sup>203</sup> L. FIN-LANGER, « L'équilibre contractuel », thèse, LGDJ, 2002, p. 565, n° 772.

<sup>204</sup> R. VATINET, « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit des sociétés ? », *LPA*, 30 septembre 1998, n° 117, p. 58.

contrôle de proportionnalité cache, dans sa nature, l'esprit de hiérarchisation entre des actes légitimes. Dès lors, cette technique engendre la légitimation des rapports de pouvoirs entre les organes sociaux et la limitation du dogme des deux principes. Par ailleurs, elle contribue à « *relativiser, en la contextualisant à l'extrême, la validité de la norme examinée* »<sup>205</sup>. La dialectique entre le principe hiérarchique et le principe de séparation des pouvoirs est le marché. Le marché est la notion phare du marketing dans lequel chaque entreprise dispose d'un marché, en partie construit, qui lui permet d'élaborer son offre et d'accéder à sa clientèle. L'essentiel à connaître pour développer ses affaires. En marketing, le marché est le lieu où se rencontrent l'offre et la demande. Cette rencontre entre vendeurs et acquéreurs génère des transactions en vue de vendre et d'acheter des biens et services. Le marché est constitué par l'ensemble des personnes ou organisations qui consomment le produit ou service fabriqué par l'entreprise, ou qui sont susceptibles de le consommer. Il y a donc une multitude de marchés différents. La société anonyme constitue le marché. Sous les exigences du marché, la matière est devenue sujette à un bouillonnement important. Ainsi, des réformes successives avaient engendré une érosion du principe de hiérarchie soit en raison des exigences idéologiques, soit en raison des exigences économiques, lesquelles consistent à obéir à des exigences de simplification du droit et de réalisme.

## ***B- UN CORRECTIF DE LA DESAFFECTION PAR UNE REFONDATION SECURISEE***

Il s'avère qu'une réécriture des pouvoirs du conseil d'administration était indispensable afin de rétablir la fonction de contrôle comme celle de gestion. Le principe étudié est muni de paradoxes et d'incohérences.

La réécriture permettra d'aborder les exigences nouvelles d'une refondation réussie. Elle est une exigence de réaménagement des pouvoirs (1) et sera suivie par une exigence de rationalisation des pouvoirs (2).

### ***1- Une exigence de réaménagement des pouvoirs***

Le principe de la hiérarchie ne peut être écarté. Toutefois, c'est une exigence de revoir ses aspects. Il n'existe pas des notions « *définitivement imprécises et totalement rebelles à toute organisation juridique* »<sup>206</sup>, c'est pourquoi, une refondation du principe de hiérarchie propre à la

<sup>205</sup> F. OST, M. Van. De KERCHOVE, De la pyramide au réseau ?, *Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 319.

<sup>206</sup> G. MARTY, *La distinction du fait et du droit*, Paris, 1929, p. 214.

société anonyme est indispensable. La souveraineté des assemblées d'actionnaires est un prodigieux instrument au service de la modernisation du capitalisme<sup>207</sup>. Cette idée démocratique fonde le législateur à maintenir la souveraineté des assemblées d'actionnaires. La modification des idéaux démocratiques sous-entend une remise en cause du capitalisme. Le capitalisme est caractérisé par la recherche effrénée du profit, le pouvoir et l'argent<sup>208</sup>. Le pouvoir est le plus important dans la société anonyme, ce qui donne aux directeurs, aux managers, une suprématie sur les actionnaires qui ont la propriété. Cette suprématie est inscrite dans le droit OHADA<sup>209</sup> qui a fait de la protection des actionnaires, un outil de sécurisation de l'épargne et d'attraction de capitaux. L'OHADA a institué des moyens modernes de gouvernance qui définit clairement les règles applicables aux pouvoirs, à la responsabilité des dirigeants ainsi qu'aux contre-pouvoirs. Au terme de notre analyse, il est indéniable que le législateur OHADA a fait d'une évidence le principe de hiérarchie. L'actionnaire apporte ses capitaux, et, parce qu'il court les risques de perte de sa propriété, détient une part du pouvoir dans la société anonyme. La réalité persiste à démontrer que cette façon de voir les choses n'est qu'une vue de l'esprit. La gouvernance quotidienne de ladite société est une chose du cénacle des initiés<sup>210</sup> et un jeu des despotes éclairés<sup>211</sup>. C'est le cas des actionnaires ultra majoritaires qui détiennent et exercent le pouvoir. Ainsi, le pouvoir est centré dans les mains du Président-directeur général. Les membres du conseil d'administration n'exercent qu'un rôle effacé alors même que la loi leur donne mission d'administrer la société. La société anonyme a la prépondérance du pouvoir managérial. Le capital de la société anonyme est détenu par plusieurs actionnaires. Cet émiettement du capital engendre l'affaiblissement du rôle des actionnaires dont certains ignorent même la quintessence. La redéfinition des pouvoirs de l'assemblée d'actionnaires est une nécessité, *synonyme d'esotérisme, d'ennui et d'inefficacité*<sup>212</sup>. On constate alors une gémellité des droits OHADA et français. Les législations relatives au DSC-GIE connaissent une évolution progressive certaine. Ainsi, au fil des ans, les *mentalités se modifient permettant aux assemblées d'être plus fréquentées*<sup>213</sup>. Par le principe de la séparation des pouvoirs, la jurisprudence reconnaît à la souveraine assemblée des actionnaires, le droit de modifier lesdits comptes. Ainsi, dans la société anonyme, les hiérarchies d'intérêts sont variables selon les

<sup>207</sup> G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, op. cit., p. 106.

<sup>208</sup> C. JAUFFRET SPINOSI, « Les assemblées générales d'actionnaires dans les sociétés anonymes, réalité ou fiction ? (étude comparative) » in *Etudes offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, p. 126.

<sup>209</sup> Préambule du traité OHADA.

<sup>210</sup> J. DJOGBENOU, in « 10 raisons pour ne pas réviser la Constitution de la République du Bénin » - Imprimerie Notre Dame, Mars 2012, p. 5.

<sup>211</sup> Ibid.

<sup>212</sup> C. JAUFFRET SPINOSI, « Les assemblées générales d'actionnaires .... ? », op. cit.

<sup>213</sup> Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. 1, *Droit commercial Général et sociétés*, op. cit., p. 360.

problèmes posés et les conflits d'intérêts naissent du fait que les mêmes personnes soient censées défendre les intérêts d'autrui et leurs intérêts propres<sup>214</sup>. Ainsi, l'essentiel du droit des sociétés anonymes est lié à la pluralité des intérêts qui pose le plus de problèmes juridiques et qui rend nécessaire le contrôle et l'encadrement de la gestion des moyens investis<sup>215</sup>.

## 2- Une exigence de rationalisation des pouvoirs

La rationalisation des pouvoirs de l'organe de gestion est une des exigences de légitimation du principe de hiérarchie. La société anonyme s'est appropriée la limitation de la mobilité des actionnaires. C'est une société dans laquelle le risque limité et la validité des stipulations contractuelles sont admis. L'étiollement des caractères classiques de légitimation de la société anonyme fait ressurgir la quête d'un critérium idoine. La société anonyme est la seule société par actions ou de capitaux retenue par le législateur OHADA. Les sociétés par actions sont caractérisées par les actions au porteur et transmissibles à volonté<sup>216</sup>. La société anonyme s'est appropriée des caractéristiques de la société en nom collectif<sup>217</sup>. Alors, l'identification de la société anonyme par des critères fondamentaux, est-elle encore possible ? La structure de l'organe de gestion de la société dissociant l'administration de la direction serait un nouveau critérium d'identification de la vraie société anonyme en droit communautaire africain. Au fil du temps, le déclin des critères traditionnels de la société anonyme découle à la fois des exigences de la protection des créanciers contre les actes indéliques des dirigeants ou des actionnaires de référence et des exigences des investisseurs institutionnels<sup>218</sup>. Cette société s'approprie les moyens juridiques d'identification et de contrôle des actionnaires en matière de clauses d'agrément, de préemption et d'inaliénabilité. Si le nombre des actionnaires est égal ou supérieur à trois, la société anonyme est administrée soit par un administrateur général, soit par un conseil d'administration<sup>219</sup>. La dispersion de l'actionnariat<sup>220</sup> implique que la société anonyme soit administrée par un conseil d'administration. Celle-ci est dirigée par l'un des organes de gestion à savoir : le Président-directeur général, le Président du conseil d'administration ou le Directeur général<sup>221</sup>. Les

<sup>214</sup> P. Le CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 89, p. 51.

<sup>215</sup> *Idem*.

<sup>216</sup> G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. 1, vol. 2, par Michel GERMAIN, op. cit., n° 1360, p. 235.

<sup>217</sup> *Ibid*.

<sup>218</sup> Selon M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 483, p. 267. La ruine d'actionnaires sans défense a justifié l'interdiction pure et simple de la constitution de sociétés par action par la Convention. Elle avait également motivé la soumission de la constitution de la société anonyme à l'autorisation gouvernementale. Cette autorisation a été supprimée par la loi du 24 juillet 1867.

<sup>219</sup> Article 494 AU-DSC-GIE.

<sup>220</sup> Article 415 AU-DSC-GIE.

<sup>221</sup> En France, le titre de président du conseil d'administration a été substitué à celui de président dans la loi du 24 juillet 1966, préc., note 16. Également, la possibilité de dissocier les fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général a été introduite par la *Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques*, J.O. 16 mai 2001, p. 7776. Lorsque les deux fonctions ne sont pas dissociées, le directeur général préside les réunions du conseil d'administration.

deux modes de direction paraissent séparer les qualités d'actionnaire et de dirigeant social. Cependant, le second mode permet de dissocier les fonctions d'administrateur et de directeur général. Dans ce mode de direction, l'intérêt est porté sur le contrôle des dirigeants actionnaires ou tiers à la société par le conseil d'administration, par les commissaires aux comptes et les actionnaires. Aussi, concourrait à l'identification de la société anonyme, la structure de l'organe d'administration adopté. La gestion de la société anonyme est rationalisée.

La rationalité est l'adaptation technique des moyens à un objectif précis, en toute indépendance des jugements de valeur *afférents à cet objectif* ou ce but<sup>222</sup>. La rationalisation des pouvoirs de l'organe de gestion vise à proposer une analyse rationnelle des pouvoirs de gestion et sa représentation. C'est dire que dans la société anonyme, le rationnel renvoie à la capacité de mettre en œuvre des calculs, de la production du domaine de l'intelligible, de la cohérence logique et de ce qu'il est possible de maîtriser. Le rationnel caractérise avant tout l'adéquation logique dans le choix des moyens eu égard aux moyens choisis pour les atteindre<sup>223</sup>. L'évolution de la société anonyme est caractérisée par l'évolution de deux catégories essentielles d'actionnariat, les uns actifs et les autres passifs<sup>224</sup>. C'est en vue d'activer le pouvoir de ces derniers que le législateur s'engage dans un mouvement de réformes associé à un seul mot : « la transparence »<sup>225</sup>. N'a-t-on pas écrit que la transparence constitue « *le maître mot du monde moderne, et ce dans tous les domaines* »<sup>226</sup> ? Ainsi, la rationalité est recherchée par rapport aux nouvelles finalités défendues par le législateur<sup>227</sup>. L'interdépendance dans les pouvoirs ne pourrait-elle pas constituer un instrument nécessaire pour équilibrer l'organisation des pouvoirs dans la société anonyme ? Faut-il concéder le fait que la société anonyme est une organisation hiérarchisée ? Toutes les situations, en effet, se présentent : des pouvoirs partagés entre l'organe de gestion et l'assemblée d'actionnaires, des pouvoirs cédés, des confusions de pouvoirs tant entre l'organe de contrôle et l'organe de gestion qu'entre le conseil d'administration et la direction générale. La recherche du bon fonctionnement du marché constitue le postulat essentiel finalisé par le législateur. Il s'ensuit que la refondation du principe hiérarchique se détache de l'égoïsme individuel, sa finalité consistant à concilier les intérêts individuels présents sur le marché pour retrouver un intérêt commun qui est protéiforme en droit<sup>228</sup>. L'idée de hiérarchie était toujours associée à la bureaucratie, source de

<sup>222</sup> A.-J. ARNAUD (Dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993.

<sup>223</sup> A. BRUNO et de Ch. ELLEBOODE, (Dir.), *Dictionnaire d'économie et de sciences sociales*, Ellipses, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, 2010.

<sup>224</sup> Cl. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Thèse, Rennes, 1962, n° 104-106.

<sup>225</sup> K. SERGAKIS, *La transparence des sociétés cotées en droit européen*, Thèse, Paris 1, 2010, 557p.

<sup>226</sup> P. BEZARD, « Connaissance de l'actionnariat », in Colloque, *La stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions*, op. cit., p. 16.

<sup>227</sup> A.-J. ARNAUD, Op. cit.

<sup>228</sup> T. HASSLER, « L'intérêt commun », *RTD com*, 1984, p. 582.

rigidité, d'immutabilité et surtout de centralisation du pouvoir de décision. La hiérarchie apparaît comme une idée essentiellement complexe dont la complexité s'accroît au fur et à mesure que la société anonyme accepte de nouveaux actionnaires, de nouveaux acteurs<sup>229</sup> et de nouveaux rapports. La hiérarchie répond avant tout à un impératif organisationnel<sup>230</sup>. Ainsi, la légitimation du principe de hiérarchie puise son fondement légitime dans la nécessité d'encadrer les nouveaux rapports et les nouveaux actionnaires qui entrent dans la société anonyme.

L'organisation hiérarchique de la société anonyme n'est pas impérativement transcendante et verticale, elle est immanente et horizontale. « *L'intérêt, loin de ne s'appliquer qu'aux individus, concerne de plus en plus les rapports qui se nouent au sein des groupements. L'intérêt commun, face particulière de l'intérêt, incarne ce passage de l'individuel au collectif* »<sup>231</sup>. A tous les niveaux de la hiérarchie, le pouvoir participe aussi bien à la gestion qu'au contrôle<sup>232</sup>, grâce à la rupture de la séparation de la gestion et du contrôle. On assiste aussi à la tempérence du lien de subordination hiérarchique de l'organe de gestion dans la société anonyme. Ainsi, le principe de souveraineté de l'assemblée d'actionnaires se trouve désacraliser. Cette situation entretient la confusion des pouvoirs. L'économie et le droit sont indissociablement liés dans la société anonyme. Le droit est un facteur d'attractivité de l'économie nationale. En conséquence, si le bilan juridique demeure favorable, les investisseurs ne tourneraient plus le dos à l'espace OHADA. Cette zone connaîtrait plus d'investissement en raison de l'insécurité juridique qui y est palliée. La modernisation du droit OHADA élève le continent africain en modèle. La société est une entité juridique qui vit dans un contexte de marché, avec d'autres sociétés concurrentes. Empruntant, la belle expression de Jean Carbonnier, la société anonyme est un *antagonisme d'intérêts* qui doit réussir à concilier un ensemble de relations qui cohabitent en vue d'un intérêt commun. Le législateur OHADA n'a pas retenu l'image du principe hiérarchique dogmatique et anachronique. Or, il n'empêche que le principe hiérarchique existe. Ainsi, la quête d'un principe de hiérarchie et de celui de séparation des pouvoirs légitimés s'impose comme un instrument d'équilibre entre les organes sociaux. En toute hypothèse, l'avenir serait pour des hiérarchies paradoxales, articulant le vertical avec l'horizontal. Saisie par les déclinaisons récurrentes du principe de la hiérarchie, la société anonyme a pu bénéficier de la transposition juridique croissante de règles prépondérantes le pouvoir de l'organe de gestion sur l'organe de contrôle. Cette situation garantit une bonne organisation de la gouvernance de l'entreprise en y incluant la transparence et l'attractivité de l'économie. Elle assure aussi la satisfaction de l'intérêt

<sup>229</sup> M. COZIAN et A. VIANDIER, Droit des sociétés, op. cit., p. 129.

<sup>230</sup> D. LOCHAK, Le sens hiérarchique, cahiers du SURRAP, psychologie et science administrative, 1985, p. 147.

<sup>231</sup> Ibid.

<sup>232</sup> M. MARTEAU-PETIT, *La notion d'acte de gestion et le droit des sociétés*, Thèse, Paris II, 1992, p. 267.

supérieur à ceux de l'assemblée d'actionnaires. La structure pyramidale du principe hiérarchique dans la société anonyme est biaisée, car on assiste à la superposition des organes. La rationalisation des organes des pouvoirs devient une priorité. Il y a nécessité d'une spécialisation des organes de gestion. Le principe de la spécialisation des organes est bien réel. Il résulte de la loi et des statuts, qui aménagent un équilibre subtil entre les pouvoirs et les devoirs des différents organes<sup>233</sup>. Il ne s'oppose pas à l'organisation hiérarchique, d'ailleurs, il la complète. Les pouvoirs ne sont plus hiérarchisés, seules les compétences sont départagées et organisées par la loi<sup>234</sup>. Ledit principe permet d'induire la transparence et la qualité de l'information financière comme exigence de la gouvernance de la société anonyme. La confiance générée consolide les piliers de la sécurité juridique et financière par les bonnes pratiques et une exigence de l'attractivité de l'économie. Le législateur doit veiller à l'émergence d'un mode de gouvernement actionnarial selon un principe de hiérarchie légitimé, qui participe à assurer un équilibre général dans les rapports des organes sociaux. Il doit aussi veiller à corriger les paradoxes résultant de la cohabitation entre le principe de hiérarchie et bien d'autres principes. La société anonyme demeure une forme de société au cœur de l'activité économique<sup>235</sup> tant en droit OHADA qu'en droit français.

## CONCLUSION

Sommes-nous persuadés que la société anonyme est une organisation hiérarchisée ? Est-il possible que la société anonyme soit gouvernée par le principe de hiérarchie ? L'existence d'une démocratie actionnariale combinée au respect du principe de hiérarchie et de séparation des pouvoirs n'appellent-ils pas des exigences de confiance plutôt que de transparence. L'arrêt *Motte* a-t-il encore un avenir ? C'est une nécessité de redynamiser le pouvoir souverain de l'assemblée générale. Les exigences du marché doivent prévaloir dans la société anonyme et les intérêts des parties prenantes doivent être garantis. La société anonyme doit demeurer un cadre juridique sécurisé et attractif pour les investissements. Les critères classiques, abstraits et singuliers sont des contraintes de fonctionnement de ladite société face à l'émergence du principe de hiérarchie. « En réalité, la société anonyme est bien une démocratie »<sup>236</sup>. D'une part, le pouvoir souverain est exercé par l'assemblée générale statuant à la majorité. L'assemblée contrôle aussi étroitement

<sup>233</sup> P. Le CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 453, p. 281.

<sup>234</sup> C. FAVARD-DUCOULOUX, *Notes de leçon sur le contrat social*, D., Chron. spéc., 1997, p. 321.

<sup>235</sup> M. H. MONSERIE-BON, « La rénovation des structures sociétaires », in *La modernisation du droit des affaires*, Paris, Litec, 2007, p. 7.

<sup>236</sup> Y. GUYON, « La société anonyme, une démocratie parfaite », in *Mélanges C. GAVALDA*, 2001, p. 133.

le conseil d'administration qu'un parlement contrôlerait un gouvernement. Comme les administrateurs ont aussi la qualité d'actionnaires, il y a bien gouvernement du peuple par le peuple, ce qui est la première caractéristique de la démocratie. D'autre part, de nombreuses règles assurent la prééminence de l'intérêt commun des actionnaires sur celui des majoritaires ou des dirigeants, et garantissent les droits fondamentaux des minoritaires. Il y a par conséquent, un gouvernement du peuple pour le peuple, ce qui est la seconde caractéristique de la démocratie. Le dialogue permanent doit être au cœur du mode de gestion de la société anonyme afin d'induire la rationalisation des pouvoirs de l'organe de gestion et la redéfinition des pouvoirs de l'assemblée d'actionnaires. La gouvernance actionnariale n'est pas mauvaise en soi et il convient non seulement de trouver les techniques de maintien du principe de hiérarchie mais de le consolider s'il constitue un facteur de sécurité.