

**Mounetaga DIOUF**

**Le contentieux sociétaire  
en droit OHADA**

Ouvrage en l'honneur du  
Professeur Ndiaw Diouf

Préface du Professeur Ndiaw Diouf  
Postface du Professeur Barthélemy Mercadal



**Présentation de l'ouvrage**

*Le contentieux sociétaire en droit OHADA*

**ctrl+clic pour accéder au contenu**

**Préface du Professeur Ndiaw DIOUF**

**Postface du Professeur Barthélemy Mercadal**

**Résumé**

**Sommaire**

**Introduction générale**

## Préface du Professeur Ndiaw DIOUF

La société est la chose des associés, a-t-on l'habitude d'affirmer. Il ne s'agit pas d'exprimer, par cette formule, l'existence d'un droit de propriété des associés sur la société. C'est juste un raccourci pour montrer que la création de la société résulte de la manifestation de volontés de personnes qui, soucieuses de limiter le droit d'action des créanciers sur une partie de leur patrimoine, décident de mettre en commun des apports destinés à être affectés à une activité dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourrait en résulter.

Ces personnes, qui ont effectué ces apports et qui, de ce fait, prennent le titre d'associé, sont tout naturellement investies du droit de prendre soit elles-mêmes dans le cadre d'assemblées ou sur la base d'une consultation écrite dans l'hypothèse où elle est autorisée, soit par l'intermédiaire d'organes investis du pouvoir de les représenter, les décisions nécessaires au bon fonctionnement du groupement ainsi créé.

Pour cette raison, les juridictions ont très tôt, sous d'autres cieux il est vrai, considéré que le juge ne peut se substituer aux organes légaux de la société pour prendre des décisions qui sont de leur compétence.

Cette jurisprudence s'est développée dans le cadre de procédures où, pour faire sanctionner le comportement d'associés minoritaires qui, par leur vote, ont empêché l'adoption de mesures nécessaires pour l'intérêt de la société sans pouvoir justifier d'un intérêt légitime, des associés majoritaires invitent le juge à rendre une décision valant adoption d'une résolution qui n'a pas pu être prise du fait du comportement des minoritaires.

Cette jurisprudence codifiée en droit OHADA ne s'oppose pas cependant à toute intervention du juge dans la vie des sociétés commerciales. Il y a deux raisons à cela. D'une part, l'activité de la société intéresse d'autres personnes que les associés ; il y a aussi, il ne faut pas le perdre de vue, les tiers dont il faut prendre en compte les intérêts. D'autre part, la société est très souvent le théâtre de conflits entre associés qui, si l'on n'y prend garde, risquent de compromettre l'exercice de l'activité ou même de provoquer la

disparition prématurée de la personne morale.

En droit OHADA, le législateur a compris qu'il est nécessaire de prendre en compte cet aspect pathologique des relations entre associés et des relations entre ceux-ci et les tiers. C'est la raison pour laquelle, il a prévu et réglementé l'intervention du juge dans la vie des sociétés commerciales.

C'est, d'une certaine manière, à cette question que s'est intéressé le juge Mounetaga DIOUF dans son ouvrage intitulé « Le contentieux sociétaire en droit OHADA ». Cet ouvrage n'est pas le fruit du hasard. C'est dans les années 2000 que M. DIOUF, alors juge au tribunal régional hors classe de Dakar, s'est inscrit en thèse de doctorat, à la Faculté des Sciences juridiques et politiques de l'Université Cheikh Anta DIOP de Dakar et avait choisi comme sujet de thèse « L'intervention du juge dans la vie des sociétés commerciales ». La valeur de cette thèse soutenue en février 2007 avait été reconnue par la communauté scientifique, puisque le titre de docteur d'État lui avait été décerné avec la mention Très bien. Avec les fonctions qu'il a eu à exercer postérieurement, tant aux tribunaux régionaux de Thiès et Dakar d'abord, ensuite et surtout en qualité de Secrétaire exécutif de la Commission nationale OHADA du Sénégal, il a pris conscience de l'intérêt qu'il y avait à poursuivre la réflexion et à en élargir le champ en abordant de manière générale « Le contentieux sociétaire en Droit OHADA ».

Dans le cadre de cette réflexion, il a constaté que le contentieux sociétaire avait un double particularisme. Celui-ci apparaît en premier lieu dans les manifestations du contentieux. Si certaines contestations sont nées de la remise en cause de la régularité des actes, d'autres sont nées de l'exercice des droits et des pouvoirs. Ici, l'analyse est conduite à partir des situations qui donnent naissance au contentieux. Il peut s'agir de l'accomplissement ou de la modification d'actes ou de l'adoption de délibérations dont la régularité est contestée. Il peut s'agir d'exercice, par les associés et certains dirigeants, de droits dans des conditions telles qu'on peut légitimement penser qu'il y a atteinte à l'intérêt social. Il peut s'agir de perturbation dans



la répartition des attributions entre les organes, perturbation révélée par l'exercice que font certains d'entre eux des pouvoirs qui leurs sont reconnus.

Le particularisme du contentieux apparaît, en second lieu, à travers son dénouement. Il peut en effet se terminer par la désignation de mandataires judiciaires dans la société et chargés soit de prendre provisoirement et totalement ou partiellement la place des organes sociaux (administrateur provisoire), soit simplement de les accompagner (mandataire *ad hoc*) ou encore de les contrôler (expert de gestion). Le dénouement peut prendre une forme plus radicale, puisque c'est le pacte social qui est mis en mal par la remise en cause du statut d'un associé voire de l'ensemble des associés.

Cet ouvrage, très riche puisqu'élaboré à partir d'une abondante documentation où se mêlent doctrine et jurisprudence tant en droit français qu'en droit OHADA, a été conçu dans le strict respect des normes de présentation des travaux académiques et scientifiques. Il contribue à une meilleure connaissance de ce droit des sociétés naissant où il y a très peu de publications.

La lecture de ce magnifique travail me conforte encore dans l'idée que nous, universitaires, avons beaucoup à gagner dans une collaboration plus étroite avec ceux que nous appelons « les praticiens du droit » ; ce rendez-vous du donner et du recevoir ne peut bien entendu se concevoir sans une plus grande ouverture de la « faculté » au « palais ».

Je souhaite à cette excellente production un grand succès en librairie.

Ndiaw DIOUF

Agrégé des Facultés de Droit,  
Professeur titulaire des Universités  
FSJP/UCAD Dakar  
Sénégal

## Postface du Professeur Barthélemy Mercadal

Qui a lu l'ouvrage de Monsieur Mounetaga DIOUF et s'interroge sur ce qu'il doit en retenir est conduit, à notre avis, à constater qu'il a parcouru une fresque du droit des sociétés issu de l'OHADA exhaustive, approfondie et dont les composants sont judicieusement ordonnés.

L'étude est complète. Tous les aspects de la vie des sociétés ont été détectés et explorés. Par le champ couvert, un bréviaire du droit des sociétés est offert au lecteur. Non pas par un inventaire didactique mais par l'auscultation de la réalité du contentieux généré par la vie sociale. Certes, la conclusion d'un contrat de société est dans son principe un acte de rapprochement des parties, une promesse d'amour en quelque sorte puisque la société n'existe pas si chacun des associés n'est pas animé d'*affectio societatis*. Mais au cœur de l'action judiciaire, le Haut Conseiller DIOUF met au jour une réalité bien différente. La société est bien souvent le terrain d'oppositions violentes, pouvant conduire à la détestation entre les acteurs et à la ruine de l'outil créé pour engendrer des bénéfices. Les demandes d'annulation des actes sociaux sont au premier chef la voie par laquelle ces affrontements sont portés devant le juge. Aussi bien Monsieur DIOUF débute-t-il ses développements par leur examen et leur consacre-t-il une analyse très fouillée. Les questions sensibles du montant de la rémunération des dirigeants sociaux, du respect de l'ordre du jour des assemblées générales, le détournement des pouvoirs légaux attribués aux organes sociaux à des fins frauduleuses ou discriminantes.

Il conduit ce travail d'inventaire en analysant en profondeur les questions les plus sensibles du droit des sociétés telles que celles d'abus de majorité et de minorité, d'exercice du droit de vote, d'abus de biens sociaux et de hiérarchie des pouvoirs des organes sociaux, sans oublier les conflits qui les opposent et obligent souvent le juge à suspendre leurs pouvoirs en les remettant à un administrateur judiciaire pour le temps du règlement du conflit.

Dans la recherche de la solution de ces questions, Monsieur DIOUF s'emploie à définir le rôle du juge en scrutant l'espace qui lui est laissé par la loi et les décisions de justice qui ont autorité sur lui, notamment celles de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage dont il est le membre éminent en charge des pourvois élevés contre les décisions rendues par les juges du fond tranchant les litiges entre associés en conflit. Il oscille ainsi entre le respect des textes et la marge d'initiative prétorienne qu'il peut utiliser. Monsieur DIOUF se réfère également assez régulièrement à la jurisprudence française, ce qui rend son ouvrage facilement accessible aux autres juristes et praticiens de tradition civiliste.

La ligne directrice qu'il retient est pleine de sagesse.

Elle est d'abord fondée sur le fondement traditionnel que le juge s'est imposé : ne pas s'immiscer dans la gestion de la société, autrement dit ne pas se conduire comme un associé, au lieu et place des associés. C'est la limite que le juge doit à l'État de droit. Dans un ordre juridique fondé sur la liberté fondamentale du commerce, le juge doit tenir compte de la liberté d'entreprendre et de la liberté de gérer. Le maître de l'affaire, en l'occurrence une société, est libre d'exploiter, comme il l'entend, l'activité économique qu'il a choisie. Par exemple, le juge ne saurait, comme il a été jugé en France, dont le droit est voisin de celui de l'OHADA, limiter les choix économiques de l'entreprise, notamment celui d'aliéner ses biens, et faire peser sur sa gestion des contraintes qui portent une atteinte inconstitutionnelle au droit de propriété et à la liberté d'exploiter, en imposant à l'entreprise l'obligation d'accepter une offre de reprise sérieuse en l'absence de motif légitime de refus et en confiant au tribunal de commerce la compétence pour apprécier cette obligation et sanctionner son non-respect (Cons. const. 27-3-2014 n° 2014-692 DC).

Mais connaissant les exigences sociales et économiques, Monsieur DIOUF hausse le rôle du juge en lui recommandant de prendre en compte l'intérêt de la société en tant que telle, indépendamment des intérêts contradictoires des associés et aussi celui de l'intérêt général de l'ordre juridique où se meut la société. Il charge ainsi le juge d'un devoir d'ingérence sociétale lorsque les associés se déchirent autour de leurs intérêts respectifs au risque de faire disparaître la société qui a une personnalité juridique propre et des intérêts qui lui sont spécifiques. Il voit deux raisons majeures de justifier ce pouvoir exceptionnel du juge de concilier l'économique et le juridique, la recherche de profit et le nécessaire respect de l'intérêt général, l'impossibilité pour la loi de tout prévoir et le devoir de rendre la justice sous peine de commettre un déni de justice.

La première tient à l'épidémie de la Covid-19 qui bouleverse le fonctionnement de l'économie et qui appelle le juge à une mission de sauvetage des sociétés qui sont affectées par ce chamboulement. En raison d'une circonstance aussi exceptionnelle, le juge peut notamment en droit français, sur le fondement de l'article 1195 du Code civil, réviser un contrat déséquilibré. Il est en effet un contrat entre les fondateurs d'une société qu'est l'acte indispensable pour lui donner naissance.

La seconde est spécifique à la législation OHADA. L'adaptation de cette législation, bien décrite par Monsieur DIOUF, passe par une procédure lourde qui peut s'étaler sur des années. Or, le juge doit juger sous peine de déni de justice. Il lui faut donc trouver nécessairement une solution en se fondant sur les règles en vigueur. Il est ainsi obligé d'innover.

On pourrait ajouter que la loi française qui permet aux fondateurs de mentionner dans les statuts de la société sa raison d'être va impliquer l'accroissement du pouvoir du juge lorsqu'il aura à en faire application.

Ce sera le mérite de Monsieur DIOUF de donner l'occasion aux juristes qui le liront de mesurer le chemin que l'intervention du juge mettra entre le texte de la loi et la décision de justice qui appliquera la loi. Qu'il soit remercié de cet enseignement et félicité de l'avoir mis en relief. Les circonstances lui offriront l'occasion de juger dans le sens qu'il préconise.

Barthélemy MERCADAL

Agrégé des Facultés de droit

Professeur émérite du Conservatoire National des Arts et Métiers

Vice-président, Secrétaire général de l'IDEF



## Résumé

L'architecture organique des sociétés commerciales est conçue à l'image de l'architecture institutionnelle des sociétés politiques avec une séparation des pouvoirs entre les divers organes sociaux. On y retrouve également des organes exécutifs chargés de gérer la société en mettant en œuvre la politique économique adoptée par les associés au sein des organes délibérants en vue de la réalisation de l'objet social. Comme dans les sociétés politiques, les règles adoptées par le législateur sont censées réguler le fonctionnement de l'organisation ainsi décrite de manière à laisser peu de place au juge. Mais la réalité est que les ambitions des uns et des autres et les égoïsmes plus forts que nature ont montré les limites de la prévision législative en face de l'imprévisibilité des comportements humains.

C'est pourquoi, malgré l'existence d'un arsenal législatif dédié et visant à prévenir les conflits et à indiquer la sanction qui s'appliquera à chaque violation de la loi ou des statuts, les litiges se sont multipliés et ont débordé la sphère des sociétés en donnant naissance à des contentieux qui garnissent aujourd'hui le rôle des juridictions, plaçant ainsi le juge au cœur de la vie de l'entreprise sociétaire contrairement au principe de non immixtion qui voudrait l'en écarter au motif que la société est l'affaire des associés. Devant le contentieux sociétaire ainsi né, le juge ne pouvait pas « baisser les bras » face à la mise en œuvre de ce droit fondamental qui garantit la protection effective des droits qu'est l'accès à la justice, c'est-à-dire la possibilité d'accéder au juge auprès duquel on peut faire valoir ses prétentions.

Ainsi, le juge est de plus en plus saisi pour traiter les litiges sociétaires. Ce qui fait le particularisme du contentieux sociétaire, ce sont d'abord ses manifestations. Certaines contestations sont nées de la remise en cause de la régularité des actes. D'autres contestations en revanche sont nées de l'exercice des droits et des pouvoirs. Dans le premier cas, il s'agira de chercher à faire annuler l'acte ou à faire modifier son contenu. Dans le second cas, il s'agira plutôt d'engager des actions en abus de droit de vote contre les associés fautifs et d'initier des procédures pénales contre certains dirigeants pour abus de biens sociaux et des procédures civiles pour faire respecter la répartition des pouvoirs entre les organes.

Ce qui fait aussi le particularisme du contentieux sociétaire, c'est son dénouement. En effet, ce contentieux se dénoue très souvent par la désignation de mandataires judiciaires dans la société. Il peut s'agir de mandataires judiciaires de substitution comme l'administrateur provisoire, d'assistance comme le mandataire *ad hoc* ou de contrôle comme l'expert de gestion. Le contentieux sociétaire peut se dénouer également par l'atteinte soit au statut d'un seul associé, ce qui pose la problématique de son exclusion ou de la remise en cause de son droit de vote, soit par l'atteinte au statut de tous les associés qui perdent ainsi cette qualité en cas de dissolution judiciaire pour mésentente.

## SOMMAIRE

RÉSUMÉ	7	<b>Partie 2 - Le particularisme du contentieux résidant dans son dénouement</b>	<b>229</b>
NOTE BIOGRAPHIQUE	9	<b>Titre 1 - Le dénouement du contentieux par la désignation de mandataires judiciaires dans la société</b>	231
PRÉFACE	11	<b>Chapitre 1 - La désignation de mandataires judiciaires de substitution ou d'assistance aux organes sociaux</b>	233
LISTES DES ABREVIATIONS	15	Section 1 : La désignation d'un mandataire judiciaire de substitution bénéficiant d'un transfert judiciaire des pouvoirs des organes sociaux : l'administrateur provisoire	233
INTRODUCTION GÉNÉRALE	17	Section 2 : La désignation d'un mandataire judiciaire chargé d'une mission particulière sans transfert des pouvoirs des organes sociaux : le mandataire ad hoc	282
<b>Partie 1 - Le particularisme du contentieux résidant dans ses manifestations</b>	<b>41</b>	<b>Chapitre 2 - La désignation d'un mandataire judiciaire de contrôle : l'expert de gestion</b>	301
<b>Titre 1 - Les contestations nées de la remise en cause de la régularité des actes</b>	43	Section 1 : Conditions et domaine de l'expertise de gestion	302
<b>Chapitre 1 - L'annulation des actes sociaux</b>	45	Section 2 : Les caractères de l'expertise de gestion	313
Section 1 : L'annulation fondée sur la violation d'une disposition de l'Acte uniforme	45	<b>Titre 2 - Le dénouement du contentieux par l'atteinte au statut des associés</b>	323
Section 2 : L'annulation fondée sur la violation des règles régissant les contrats ou des clauses statutaires jugées essentielles	61	<b>Chapitre 1 - L'atteinte au statut d'un associé</b>	325
<b>Chapitre 2 - La modification des actes</b>	71	Section 1 : L'atteinte à la qualité d'associé	325
Section 1 : L'hypothèse de la rémunération des dirigeants sociaux	71	Section 2 : L'atteinte au droit de vote de l'associé	354
Section 2 : L'hypothèse de l'ordre du jour de l'assemblée générale	74	<b>Chapitre 2 - Le dénouement du contentieux par l'atteinte au statut de tous les associés : la dissolution judiciaire pour mécontentement</b>	371
<b>Titre 2 - Les contestations nées de l'exercice des droits et des pouvoirs</b>	81	Section 1 : Distinction entre dissolution judiciaire pour mécontentement et les autres formes de dissolution	371
<b>Chapitre 1 - L'exercice des droits à des fins différentes de leur finalité</b>	83	Section 2 : La dissolution judiciaire pour mécontentement	375
Section 1 : L'exercice du droit de vote en violation de l'intérêt social	83	CONCLUSION GÉNÉRALE	391
Section 2 : L'exercice du droit d'usage des biens sociaux en violation de l'intérêt social : l'abus de biens sociaux	155	POSTFACE	401
<b>Chapitre 2 - L'exercice des pouvoirs en dehors des limites légales et statutaires</b>	175	BIBLIOGRAPHIE	407
Section 1 : Le système de répartition	175	TABLE DES MATIÈRES	413
Section 2 : L'interdiction de porter atteinte à la répartition des pouvoirs	217		



## Introduction générale

1. A l'image des sociétés politiques, les sociétés commerciales fonctionnent selon les principes démocratiques. Elles disposent d'organes délibérants comme les assemblées générales et le conseil d'administration, d'organes d'administration, de direction comme le conseil d'administration, le directeur général ou l'administrateur général de la société anonyme (SA), la gérance des sociétés à responsabilité limitée (SARL), des sociétés en nom collectif (SNC), des sociétés en commandite simple (SCS) ou encore la présidence des sociétés par actions simplifiées (SAS).
2. Cette architecture, très proche de la séparation des pouvoirs théorisée par MONTESQUIEU<sup>1</sup>, laisse penser aux pouvoirs exécutif et législatif dans les démocraties politiques. Du point de vue de la marche démocratique, la vie des sociétés est encore proche de celle des démocraties parlementaires sur un point : la lutte pour l'accès au pouvoir qui peut opposer les majoritaires et les minoritaires. Dans les sociétés politiques, « le candidat battu tentera très souvent d'obtenir l'invalidation de l'élection de son adversaire »<sup>2</sup>. Dans la vie des sociétés commerciales, il n'est pas question d'élection à proprement parler, encore moins de recours en invalidité de la victoire proclamée d'un candidat. Mais les rapports entre les parties au contrat de société sont souvent conflictuels. En effet, il n'est pas rare de voir des conflits opposer les associés minoritaires et les associés majoritaires.
3. Le principe fondamental qui domine en matière de gestion de société est que la majorité décide. Dans le processus de décision, chaque associé est investi personnellement d'une parcelle d'autorité. Il contribue, par son vote, à la formation de la majorité requise. Il en résulte que « la part d'influence de chacun est strictement proportionnelle à l'importance des intérêts pécuniaires qu'il représente »<sup>3</sup>. La loi de la majorité brise ainsi la parfaite répartition du pouvoir entre les associés. Le pouvoir de l'associé s'exprime par le vote. Celui-ci se fait en tenant compte du nombre de parts ou d'actions<sup>4</sup>.
4. Il en résulte dès lors une distinction entre le nombre des voix et le poids des voix. Le pouvoir appartient aux majoritaires seuls en assemblée. Seule échappe, en partie, à cette règle la SAS. L'article 853-12 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSCGIE) n'a pas repris la règle de l'article 543 du même texte qui impose le principe de proportionnalité du droit de vote de chaque actionnaire de SA à la quotité détenue dans le capital social. Les fondateurs de la SAS peuvent alors organiser comme bon leur semble l'attribution du pouvoir dans la société, indépendamment de la part détenue par chaque associé dans le capital. Cette dissociation du capital et du pouvoir implique donc que les détenteurs du capital ne sont pas forcément ceux qui dirigent la société.
5. En dehors de la SAS, toutes les autres sociétés sont soumises à cette règle qui veut que le pouvoir appartienne aux majoritaires réunis en assemblée. Trois situations avec autant de conséquences peuvent se présenter de ce point de vue. D'abord, lorsque le groupe majoritaire possède une participation très élevée par exemple égale ou supérieure à 90 %, le pouvoir risque alors d'être définitivement confisqué puisque le reliquat des actionnaires n'a aucune influence sur le processus de décision. Ensuite, lorsqu'il y a une forte diffusion des actions, une faible cohésion des actionnaires prédominant, une importante activité boursière sur les titres, le contrôle majoritaire devient instable, ce qui rend le pouvoir ainsi partageable puisqu'il peut changer de mains.
6. L'action devient alors un instrument de conquête du pouvoir. Il faut par conséquent la valoriser, non pas parce qu'elle exprime une fraction de la richesse, mais simplement parce qu'elle donne à son titulaire un droit de vote, instrument du pouvoir convoité. Enfin, le contrôle majoritaire peut être stable. Dans un tel cas, l'exercice de ce droit de vote devient inutile et ne sert presque plus à rien ; d'une part, parce que les décisions majoritaires sont acquises par avance, il devient donc inutile de voter en assemblée ou par correspondance, d'autant que les minoritaires disposent

1. MONTESQUIEU, De l'esprit des lois, Paris, 1748, Gallimard, 1970, note 22, XI, 6, p. 182.

2. François PASQUALINI, Brèves remarques sur l'expertise de gestion, JCP E, n° 30-

34 du 29 juillet 1999, p. 1283.

3. P. CORDONNIER, De l'égalité entre actionnaires, th. 1924, Paris, p. 43 et s.

4. Il existe cependant des actions à double droit de vote ou sans droit de vote.



d'autres moyens pour faire connaître et valoir leurs revendications ; d'autre part, parce que les principaux moyens de contrôle des décisions majoritaires (expertise, annulation, etc.) ainsi que les droits à l'information reposent sur la qualité d'actionnaire, non sur le droit de vote attaché à l'action.

7. L'action étant un instrument de conquête du pouvoir, l'exercice des prérogatives attachées à la qualité d'actionnaire génère souvent des conflits, des litiges, ou des différends qui aboutissent à un important contentieux sociétaire.
8. Les notions de « contentieux », de « litige », de « conflit » ou de « différends » sont certes des concepts polysémiques. Mais sans vouloir entrer dans ce débat, le terme « contentieux » utilisé dans cet ouvrage et qu'il faut se garder d'assimiler à ces notions voisines qui en constituent une sorte de préalable, recouvre un état de contestations soumises au juge au sujet de prétentions entre deux ou plusieurs personnes entre lesquelles il existe un désaccord sur une ou plusieurs prétentions et demandes qu'elles n'arrivent pas spontanément à résoudre elles-mêmes. Chacune d'elles estime ses prétentions fondées et celles de l'autre, non fondées. Le terme « contentieux » renvoie alors à l'existence d'un litige déjà né, c'est-à-dire d'un différend entre deux ou plusieurs personnes prétendant exercer ou réclamer des droits dont elles seraient titulaires. Le litige précède nécessairement l'engagement d'une procédure contentieuse. Il peut aussi prendre fin avant toute action en justice notamment par l'abandon de la réclamation, la conciliation ou la médiation.

5. Grégory KALFLÈCHE, La notion de contentieux, une spécificité du droit public ?, in L'identité du droit public, Travaux de l'IFR Mutation des normes juridiques, dir. X. BIOY, Presse de l'Université de Toulouse 1, 2011

[https://www.academia.edu/16293300/La\\_notion\\_de\\_contentieux\\_une\\_sp%C3%A9cificit%C3%A9\\_du\\_droit\\_public\\_in\\_Lidentit%C3%A9\\_du\\_droit\\_public\\_Travaux\\_de\\_lIFR\\_Mutation\\_des\\_normes\\_juridiques\\_dir\\_X\\_Bioy\\_Presse\\_de\\_luniversit%C3%A9\\_de\\_Toulouse\\_1\\_2011](https://www.academia.edu/16293300/La_notion_de_contentieux_une_sp%C3%A9cificit%C3%A9_du_droit_public_in_Lidentit%C3%A9_du_droit_public_Travaux_de_lIFR_Mutation_des_normes_juridiques_dir_X_Bioy_Presse_de_luniversit%C3%A9_de_Toulouse_1_2011), consulté le 05 juillet 2020.

6. On retrouve ce terme aussi bien chez E. LAFERRIERE, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, 2<sup>e</sup> éd., 1896 ; R. JACQUELIN, Principes dominants du contentieux administratif, Paris, GIARD et BRIERE, 1899 ; J. APPLETON, Traité élémentaire du contentieux administratif, 1927 ; R. ODENT, Contentieux administratif, Paris, Les cours du droit, 1976-1981, 6 tomes ; J.-M. AUBY

9. La notion de contentieux, qui se caractérise par sa « judiciarité », serait une spécificité du droit public<sup>5</sup>, d'abord du classique droit administratif<sup>6</sup>, ensuite du droit constitutionnel<sup>7</sup>. Mais le concept est usité en droit privé notamment en procédure pénale et en droit judiciaire privé. Henri MOTULSKY<sup>8</sup>, dans son cours publié en 1973, avait employé cette expression pour se rapprocher de de l'expression « contentieux administratif » et montrer l'unité du « droit processuel ». En procédure civile, le mot « contentieux » désigne toute procédure destinée à faire juger par un tribunal de la recevabilité et du bien-fondé des prétentions opposant une ou plusieurs personnes à une ou plusieurs autres. Cette définition de la notion s'applique parfaitement à la situation dans laquelle les acteurs de la société commerciale s'opposent sur des prétentions à l'occasion des assemblées générales et des conseils d'administration et qui aboutit à une ou plusieurs procédures judiciaires ou arbitrales.
10. Ce contentieux sociétaire occupe une place de plus en plus importante dans l'activité des juridictions. En effet, bien que le droit des sociétés contienne des mécanismes d'autorégulation qui permettent de gérer ce contentieux en amont comme dans une véritable démocratie, on remarque que le juge est de plus en plus interpellé. Pourtant, on a longtemps défendu au juge d'intervenir dans la vie des sociétés commerciales<sup>9</sup>. Il a en effet beaucoup été soutenu que les tribunaux n'avaient pas à intervenir dans un domaine essentiellement contractuel, qu'ils n'avaient pas à influencer la gestion d'un patrimoine privé, qui demeurait la « chose » des associés. Malgré tout, l'intervention du juge dans la vie des sociétés est aujourd'hui une

et R. DRAGO, Traité de contentieux administratif, Paris, LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., 1984, cités par Grégory KALFLÈCHE, op. cit.

7. G. DRAGO, Contentieux constitutionnel français, Paris, PUF, coll. Thémis, 2<sup>e</sup> éd., 2006 ; B. MATHIEU et M. VERPEAUX, Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux, Paris, LGDJ coll. Manuel, 2002 ; D. ROUSSEAU, Droit du contentieux constitutionnel, Paris, LGDJ, Montchrestien, coll. Domat Droit public, 8<sup>e</sup> éd., 2008, cité par Grégory KALFLÈCHE, op. cit.

8. Henry MOTULSKI, Droit processuel, Paris, Les cours du droit, Montchrestien, 1973, p. 294, publié post mortem par CAPEL, cité par Grégory KALFLÈCHE, op. cit.

9. Cass. com., 9 mai 1993, Revue Droit des sociétés, 1993, n° 95, p. 10 ; [legifrance.gouv.fr](http://legifrance.gouv.fr), consulté le 20 octobre 2020.

réalité. A travers l'acte juridictionnel, le juge joue de plus en plus une partition importante dans le traitement des litiges entre associés. L'acte de juger est donc présentement une composante essentielle de la gestion des sociétés commerciales. Cela contribue certainement à prolonger le débat théorique sur cette notion.

11. Pierre HEBRAUD<sup>10</sup> avait déjà essayé d'identifier ce qui fait l'essence d'un acte juridictionnel pour classer les contentieux et déterminer s'ils relèvent ou non de la fonction de juger. L'auteur opte pour une approche substantielle et non pas purement procédurale. Il estime qu'il est nécessaire de définir la fonction de juger eu égard à « sa fonction sociale ». La finalité du droit n'est rien d'autre que de régir la vie en société dans une perspective de paix. Le rôle assigné au juge dans ce cadre-là doit donc être défini. Cela permet de délimiter les contours du pouvoir ou de l'autorité judiciaire en contemplation du pouvoir législatif et administratif.
12. La doctrine<sup>11</sup> notamment publiciste a depuis longtemps procédé à une analyse structurelle de l'acte juridictionnel en essayant de caractériser la fonction de juger par le contenu spécifique de l'acte du juge, ce qui conduit à l'amalgame des fonctions juridictionnelles et administratives<sup>12</sup>. C'est ainsi que CARRE DE MALBERG<sup>13</sup> affirmait que la séparation des fonctions ne trouve son origine que dans des critères formels. Pierre HEBRAUD démontre au contraire que l'acte juridictionnel est original, qu'il résulte d'une fonction propre. Pour ce faire, il se réfère au critère matériel traditionnel que constitue la contestation.
13. Selon, Henri MOTULSKY<sup>14</sup>, l'acte juridictionnel est « un acte qui émane d'un organe judiciaire, qui est rendu selon les formes d'une procédure, et qui tranche une prétention concernant une situation juridique par application d'une règle de droit ».

10. P. HEBRAUD, L'acte juridictionnel et la classification des contentieux. A propos de la condamnation pénale, Recueil de l'Académie de législation de Toulouse, t. 19, 1949, p. 131.

11. Voir note L. DUGUIT, L'acte administratif et l'acte juridictionnel, RDP 1906, p. 446 ; G. JEZE, L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux, RDP 1909, p. 667 ; R. GUILLIEN, L'acte juridictionnel et l'autorité de chose jugée, th. 1931, Bordeaux.

12. Lionel MINIATO et Julien THERON, La fonction juridictionnelle,

14. La notion d'acte juridictionnel est donc au cœur de tous les contentieux qu'il s'agisse de droit public ou de droit privé. C'est une notion complexe qui soulève de multiples questions que la doctrine n'a ni fini de poser ni fini de résoudre. De façon générale, un acte est qualifié de juridictionnel à partir de deux séries de critères dont la présence est plus ou moins prégnante selon les situations<sup>15</sup>.

15. Il y a d'abord les critères formels qui sont au nombre de trois. En premier, il y a le critère qui tient compte des signes extérieurs à l'acte, à savoir l'auteur de l'acte (organes spécialisés, hiérarchisés, indépendants et autonomes). Ce critère dit organique s'attache essentiellement à l'autorité dont émanait la décision pour en tirer ensuite des conséquences quant à sa qualification<sup>16</sup>. Ce critère n'est pas très satisfaisant puisque les mesures d'administration judiciaire, dépourvues du caractère d'acte juridictionnel, émanent pourtant d'autorités répondant à cette définition. On peut aussi mentionner les autorités administratives indépendantes qui rendent des décisions juridictionnelles, alors que la qualification d'organes juridictionnels leur a été déniée. En deuxième lieu, il y a le critère procédural. Mais ce critère qui tient compte de la procédure suivie pêche aussi par le fait qu'il ne permet pas de distinguer, au sein des actes élaborés par la juridiction, les actes juridictionnels et les actes non juridictionnels. On a également reproché à ce critère de ne pas être décisif car il existe aussi des procédures protectrices des droits individuels devant les commissions administratives, les jurys d'examens, etc. Il y a en troisième lieu le critère formel qui est l'autorité de la chose jugée. Pour Gaston JÈZE<sup>17</sup>, un acte est juridictionnel dès lors qu'il est revêtu de l'autorité de la chose jugée. Cependant, ce critère pose problème car il confond la cause et l'effet.

books.openedition.org, consulté le 06 juillet 2020.

13. R. CARRE DE MALBERG, Contribution à la théorie générale de l'État, t. 1, Sirey, 1920, rééd. présentée par. E. MAULIN, D. 2003.

14. Op. cit.

15. L. CADIET et E. JEULAND, Droit judiciaire privé, 8<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2013, n° 101.

16. CARRÉ DE MALBERG, op. cit.

17. Gaston JÈZE, Principes généraux du droit administratif, t. 1, p. 48 et s. ; V. aussi : JAPIOT, Traité élémentaire de procédure civile et commerciale, 3<sup>e</sup> éd., 1935, n° 136 et s.



16. La seconde série de critères dits matériels s'intéresse à des données internes de l'acte. Quatre critères matériels ont été avancés. Le premier est celui de la contestation : un acte est juridictionnel s'il porte sur une contestation, c'est-à-dire sur une opposition d'intérêts et de prétentions révélée par le procès. JAPIOT<sup>18</sup> considérait que le propre de l'acte juridictionnel était l'existence d'un litige à trancher, entendu comme une contestation acceptée par les parties et soumise au juge. Mais il faut noter que la notion de contestation n'apparaît pas forcément dans le cas de prétentions unilatérales (ex : recours pour excès de pouvoir).
17. Le deuxième dit structurel<sup>19</sup> est celui de la structure de l'acte juridictionnel qui serait composé, à la différence de l'acte administratif, de trois éléments : une prétention, une constatation et une décision. La critique a objecté que la prétention était extérieure à l'acte et que tous les actes juridictionnels ne comportaient pas de décision (ex : question préjudicielle, demande non fondée). Selon le professeur Serge GUINCHARD<sup>20</sup>, même si elle doit être combinée avec des critères formels, la constatation effectuée par le juge reste le principal élément caractéristique de l'acte juridictionnel. Pour Jacques HERON<sup>21</sup>, toute constatation n'était pas absente des actes administratifs.
18. Le troisième critère dit téléologique est celui de la finalité de l'acte juridictionnel qui est de constater la violation d'une règle de droit. Pour HERON<sup>22</sup>, l'acte juridictionnel se caractérise par une intervention du juge dans l'intérêt de la légalité. Il se fondait sur un critère issu de la doctrine italienne, faisant valoir que le juge est un tiers, étranger aux intérêts en cause et préoccupé seulement par le respect de la légalité,

d'où une différence avec l'administrateur, qui agit, lui, dans l'intérêt du service public. Le professeur Serge GUINCHAR<sup>23</sup> met en exergue le but de la fonction juridictionnelle, qui consiste à dire le droit en opérant une constatation, c'est-à-dire une vérification des situations juridiques. Le quatrième enfin est celui de la qualité de tiers du juge : l'acte est juridictionnel parce que le juge intervient en qualité de tiers ; il est étranger aux intérêts mis en cause.

19. Au regard de tous ces critères, les actes juridictionnels sont dès lors divers et variés. Il y a d'abord les actes contentieux qui sont tous les actes qui tranchent une contestation. On y classe les jugements définitifs ou provisoires, contradictoires ou par défaut rendus sur le fond ainsi que les ordonnances sur requête. Il y a ensuite les actes gracieux constitués par les jugements qui interviennent en l'absence de litige (notamment pour parfaire un acte juridique ou simplement pour constater un fait juridique)<sup>24</sup>. Il y a enfin les ordonnances sur requête qui sont des décisions provisoires rendues dans les cas où un débat contradictoire n'est pas nécessaire. L'ordonnance sur requête est à rattacher en effet à la matière contentieuse lorsqu'il y a un litige<sup>25</sup>.
20. L'acte qualifié de juridictionnel produit deux séries d'effets<sup>26</sup>. Certains effets sont substantiels, d'autres procéduraux, d'autres encore liés à la force exécutoire.
21. La première série concerne les effets substantiels ou touchant le fond. Ils sont liés aux faits litigieux. L'admission ou le rejet des prétentions du demandeur va entraîner en général une modification de la situation de droit substantiel des parties.

18. JAPIOT, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, 3<sup>e</sup> éd., 1935, n° 136 et s.

19. DUGUIT, *L'acte administratif et l'acte juridictionnel*, op. cit. ; V. sur cette question : S. GUINCHARD, F. FERRAND, CHESNAIS, *Procédure civile*, précis Dalloz, 2010 ; J. HÉRON, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 1<sup>re</sup> éd., 1991, n° 267 ; 4<sup>e</sup> éd. par T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, Précis Domat, 2010.

20. S. GUINCHARD, F. FERRAND, CHESNAIS, op. cit.

21. HÉRON, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, op. cit.

22. J. HÉRON, op. cit., 1<sup>re</sup> éd., n° 271 et 4<sup>e</sup> éd. par T. LE BARS, op. cit.

23. S. GUINCHARD, F. FERRAND, CHAINAIS, op. cit. ; V. aussi J. HÉRON, op. cit.,

1<sup>re</sup> éd., n° 271 et 4<sup>e</sup> éd. par T. LE BARS, op. cit., L. CADIET et E. JEULAND, op. cit.

24. Pendant très longtemps, ces actes gracieux n'étaient pas considérés comme des actes juridictionnels puisque l'on considérait que le critère était l'existence d'un litige. Or, le critère aujourd'hui retenu est celui que le juge dit le droit ce qui est le cas pour les actes gracieux.

25. L'absence d'adversaire ne signifie pas l'absence de litige.

26. V. sur ce point Sylvie DURFORT, *Institutions et principes fondamentaux du procès civil*, leçon 6, *Droit judiciaire privé : Les actes du juge*, Université Numérique Juridique Francophone, [www.cours.unjf.fr](http://www.cours.unjf.fr), consulté le 8 juillet 2020.

22. La seconde série concerne les effets procéduraux, à savoir la force exécutoire de la décision. Il s'agit de la possibilité d'exécuter la décision grâce à l'appui de la force publique obligée d'apporter son assistance par l'apposition de la formule exécutoire sous peine d'engager la responsabilité de l'État<sup>27</sup>.
23. Ce caractère exécutoire de la décision a deux conséquences : d'une part, l'autorité de chose jugée, dont le domaine se limite à la constatation des éléments du présumé de la décision et à leur correspondance avec la règle de droit et d'autre part, le dessaisissement du juge.
24. A travers l'autorité de chose jugée<sup>28</sup>, on affirmait que l'acte juridictionnel a valeur légale. Autrefois justifiée par l'existence d'une présomption de vérité tirée de l'article 1351 du Code civil français dont la formule a été reprise par le nouvel article 1355<sup>29</sup>, la règle a aujourd'hui pour fondement l'idée qu'il s'agit d'une fiction légale instituée dans un but de stabilité sociale. Donner à une décision judiciaire définitive une valeur légale est le gage d'une bonne organisation de la vie en société et d'une pacification des relations<sup>30</sup>.
25. Le domaine de l'autorité de la chose jugée est relativement restreint puisque toute décision de justice n'a pas autorité de la chose jugée.

27. Article 29 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution.

28. V. aussi la notion d'autorité de la chose implicitement jugée : Com., 28/6/88, D. 89, somm. 273 obs. JULIEN ; Civ. II, 24/2/88, JCP 88, II, 21090, CADIET et 89 II 21189, note LE MINTIER ; Civ. I, 25 mai 87, D. 87 605 MASSIP - 17 déc. 91, Bull. 354 ; V. surtout l'arrêt ass. plén. 7/7/06 (Césaire), D. 06 2135, note WEILLER, JCP 06, actu. n° 351 et I, 183, n° 15, obs. S. AMRANI-MEKKI. Cet arrêt témoigne d'une interprétation désormais extensive de la notion de décision implicite ; sur la notion d'autorité de la chose virtuellement jugée : la jurisprudence a parfois pu considérer comme virtuellement tranchée toute question apparaissant comme la suite nécessaire de la décision rendue. Selon un arrêt de l'Assemblée plénière du 13 mars 2009, rendu au visa des articles 1351 C. civ. et 480 CPC, seules les énonciations du dispositif d'un jugement ont autorité de chose jugée (obs. O. SALATI, JCP 09, actu. n° 162 et II, 10077, note SERINET, Proc. 09 n° 131 obs. R. PERROT, RT 09 366, n° 5, obs. R. PERROT).

29. Ce qui a été jugé est présumé exact.

30. Sylvie DURFORT, op. cit.

31. Civ. II, 19/12/98, RT 99 464 ; Toulouse, 14/2/02, D. 03 160, note STRICKLER.

N'ont pas l'autorité de chose jugée, les jugements avant dire droit ordonnant une mesure d'instruction ou une mesure provisoire, les ordonnances sur requête<sup>31</sup>, les ordonnances de référé<sup>32</sup>. Parmi les décisions sensées avoir l'autorité de chose jugée, il importe d'ailleurs de déterminer ce qui concrètement dans une « décision » bénéficie de cette autorité. A autorité, la chose expressément jugée. En conséquence, seul le dispositif d'une décision possède l'autorité de chose jugée. Les motifs sont donc dépourvus de l'autorité de chose jugée. La jurisprudence française par exemple refuse en effet de reconnaître la moindre autorité de chose jugée aux motifs décisifs<sup>33</sup>. Mais cette règle ne vaut pas pour les décisions pénales. En effet, lorsque le jugement émane d'une juridiction répressive<sup>34</sup>, les motifs décisifs ont autorité de chose jugée.

26. En ce qui concernent les motifs décisifs c'est-à-dire ceux qui tranchent une partie du principal non reprise dans le dispositif, donc sans lien avec celui-ci, des controverses ont également existé à leur propos. Pour les jugements sur le fond, après des hésitations, l'unanimité s'est faite entre les différentes chambres de la Cour de cassation<sup>35</sup> française pour leur refuser toute reconnaissance d'autorité.

32. Les ordonnances de référé et sur requête ont néanmoins une certaine autorité au provisoire qui dépend du contexte, des circonstances au vu desquelles l'ordonnance a été rendue. Si le contexte n'a pas changé, l'autorité au provisoire s'oppose à toute modification de la décision, alors que la constatation d'un changement peut justifier une nouvelle décision.

33. Civ. II, 3 oct. 84, Gaz. Pal. 85, p. 55 obs. GUINCHARD - Civ. II, 13/2/85, Bull. 37 - Civ. II, 20/7/85, Bull. 169 - Civ. II, 5/4/91, Bull. 109 - Civ. III, 4 janv. 91, Bull. III, n° 109, Com. 9/7/85, Bull. IV, n° 205 - Com. 15/7/87, D. 88, somm. 124, JULIEN, RT 88 390, NORMAND - Com. 14/5/91, Bull. IV, n° 160 ; Civ. III, 12/7/88, Bull. 128 ; Civ. I, 20 réf. 07, Bull. 07 I, n° 66 ; Civ. II, 13 mai 2015, D. 2015 1423, note C. BLÉRY.

34. Cass. civ. II, 5/6/08, Proc. 08, n° 226.

35. Civ. II, 16 nov. 83, Gaz. Pal. 84, p. 72, GUINCHARD - Soc., 11/6/87, Bull. 386 - 17/5/93, JCP 93, II, 22162, DU RUSQUEC - Com., 15/7/87, JCP 89, II, 21289, LE MINTIER ; 12/1/93, Bull. IV, n°4 - Civ. I 24/1/84, Bull. 32 - 8/7/94, Bull. I, n° 240 - V. cependant. Civ. I, 25 nov 86, D. 87 IR 358.



Pour les jugements avant dire droit, après de longs errements, toutes les chambres de la Cour de cassation refusent désormais de reconnaître autorité aux motifs décisifs et décisifs des jugements avant dire droit, ainsi qu'aux motifs qui tranchent une question de fond dont dépend la détermination de la compétence<sup>36</sup>.

27. L'autorité de chose jugée produit à l'égard des parties des effets positifs, et des effets négatifs. Elle ne produit aucun effet à l'égard des tiers en raison du principe de l'effet relatif de la chose jugée. L'effet positif est que le bénéficiaire du jugement peut s'en prévaloir et en demander l'exécution forcée. L'effet négatif est qu'il est interdit de soumettre au tribunal ce qui a déjà été jugé. Mais, la chose jugée ne produit son effet négatif que s'il y a identité de parties et si elles interviennent en la même qualité. La décision n'a normalement aucune autorité à l'égard des représentants des parties, mais en est pourvue en revanche à l'égard des personnes représentées.
28. Le caractère exécutoire de la décision n'entraîne pas seulement l'autorité de chose jugée. Il entraîne aussi le dessaisissement du juge<sup>37</sup>. Le dessaisissement constitue le complément procédural logique de l'autorité de chose jugée, confortant l'immutabilité de la décision. Le principe de dessaisissement connaît cependant des exceptions. Il s'agit des décisions gracieuses, des jugements avant dire droit et des jugements provisoires, notamment les ordonnances de référé et les ordonnances sur requête. La solution doit cependant être nuancée pour le référé car seules des circonstances nouvelles peuvent permettre la modification de l'ordonnance.
29. Constituent aussi des exceptions au principe de dessaisissement les voies de recours ayant le caractère de voies de rétractation, qu'il s'agisse des voies de recours nommées (opposition, révision, tierce opposition) ou de recours plus spécifiques (recours en rectification

d'erreur matérielle, recours en interprétation, etc.).

30. Le caractère exécutoire de la décision a enfin un effet déclaratif. A la différence du jugement constitutif, le jugement déclaratif produit ses effets substantiels de manière rétroactive.
31. Pour en revenir à l'exercice par l'associé de ses prérogatives liées à sa qualité de membre de la société, il génère un important contentieux qui touche tous les domaines de la vie sociétaire. Cela va notamment de la constitution de la société à sa dissolution en passant par le droit à l'information, l'exercice des droits et des pouvoirs se rattachant à la qualité d'associé ou de dirigeant, la régularité des actes sociaux, la préservation de l'intérêt social et des biens sociaux, le statut de l'associé et l'organisation structurelle de la société.
32. En ce qui concerne particulièrement le droit à l'information, il est très important puisque le bon fonctionnement de la société dépend souvent de la qualité de l'information et de sa quantité. Pour reprendre Ernest RENAN<sup>38</sup> nous dirons que « savoir, c'est pouvoir ». C'est souvent, en partie, du déficit d'information que découlent les conflits entre associés.
33. Ce droit à l'information est attribué à chaque administrateur en dehors de l'exercice collégial de la fonction. Cela facilite la préparation des réunions du conseil d'administration et les délibérations qui suivent. Il est une condition essentielle de l'exercice du droit de vote, droit fondamental des associés. La méconnaissance du droit à l'information de l'associé conduirait donc à l'empêcher d'exercer efficacement son droit de vote<sup>39</sup>.
34. L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique prévoit cette obligation d'information. Il la fonde sur la mission du conseil d'administration, du président directeur général et du gérant, à travers les articles 435, 465 et 329. La

36. Ass. plén., 13 mars 2009, JCP 09, II, 10077, Proc. 09, n° 131 obs. PERROT.

37. Civ. II, 9/7/09, Proc. 09, n° 352

38. Cité par Franck VALENCIA, dans une étude comparative des systèmes français et espagnol : L'administrateur de la société anonyme : nature et exercice du pouvoir, <http://www.juripole.fr/>, consulté le 19 juin 2020.

39. Larwanou SANI MANI, L'intérêt social dans la réforme du droit OHADA des sociétés commerciales au regard de la corporate governance, th. 2019, Université Cheikh Anta DIOP de Dakar, p. 33.

violation du droit à l'information expose d'ailleurs à des sanctions<sup>40</sup> qui peuvent être pénales<sup>41</sup> ou civiles notamment en une exécution forcée en nature. C'est le cas de l'article 528 alinéa 2 AUSCGIE selon lequel : « la juridiction compétente peut ordonner à la société, sous astreinte, de communiquer les documents à l'actionnaire (...) ».

35. Mais il s'agit d'une simple communication et non d'une remise de copies conformes de documents. C'est dans ce sens que s'est prononcée la CCJA<sup>42</sup> qui, après s'être retranchée derrière l'appréciation souveraine des juges du fond des éléments de preuve qui leur ont été soumis et qui ont retenu que tous les documents dont la communication est réclamée par le requérant lui ont déjà été effectivement communiqués, a, pour rejeter le pourvoi, conclu que l'arrêt attaqué n'avait pas à rechercher si les copies conformes desdits documents avaient été effectivement délivrées au requérant, cette remise n'étant pas imposée par la loi.
36. Dans cette affaire, un actionnaire de société anonyme avait sollicité et obtenu, par ordonnance n° 158 2011 du 26 septembre 2011 du juge des référés du tribunal de commerce de Bamako, la condamnation de la société à lui communiquer, sous astreinte, certains documents sociaux sur le fondement des articles 12 des statuts, 526 et 528 AUSCGIE.
37. Le pourvoi reprochait à l'arrêt n° 184 du 08 juin 2012 rendu par la cour d'appel de Bamako d'avoir infirmé l'ordonnance de référé au motif que la communication demandée lui a déjà été faite dans la mesure où les documents réclamés ont été mis à sa disposition au siège de la société.
38. Pour le demandeur au pourvoi, la cour d'appel devait rechercher si les documents lui avaient également été délivrés et que les copies transmises correspondaient bien à celles dont la communication avait été requise.
39. Selon la cour, une telle remise de documents n'était pas prévue par la

loi qui impose simplement une communication ou mise à disposition. Cela signifie qu'une fois que les documents sollicités sont mis à la disposition de l'associé, celui-ci doit simplement en prendre connaissance par les moyens appropriés (lecture, prise de note, notamment).

40. Bien avant l'Acte uniforme, la jurisprudence française avait érigé l'obligation d'information en règle de droit. Au départ, elle sanctionnait l'irrégularité des convocations qui empêchaient les administrateurs d'assister efficacement aux délibérations.
41. Il a fallu attendre l'arrivée d'un conflit familial pour avoir des arrêts très marqués de la Cour de cassation française. Dans un arrêt du 2 juillet 1985<sup>43</sup>, cette juridiction venait casser un arrêt de la cour d'appel de Bordeaux qui déclarait, s'agissant d'une demande d'une partie visant l'annulation des délibérations d'un conseil d'administration pour défaut de communication de documents sociaux aux actionnaires, qu'aucune disposition légale n'imposait au président de joindre à sa convocation de tels documents. La Cour rappelait, sur le fondement des articles 98 et 113 de la loi du 24 juillet 1966 en vigueur à l'époque<sup>44</sup>, que le conseil d'administration est appelé à agir au nom de la société, qu'il s'ensuit que le président de ce conseil doit mettre les administrateurs en mesure de remplir leur mission en toute connaissance de cause. Selon la Cour, en se déterminant ainsi sans rechercher si l'administrateur requérant avait reçu, au préalable et dans le délai suffisant, l'information à laquelle il avait droit, la cour (d'appel) n'a pas donné de base légale à sa décision. Pourtant, la cour d'appel de Paris, juridiction de renvoi, refusa de se rallier à la position de la Cour de cassation, ce qui donna lieu à un second arrêt en date du 24 avril 1990 qui vient réaffirmer le droit d'information de chaque administrateur lequel s'étend au résultat même des réunions, à savoir la communication du procès-verbal.

40. V. Larwanou SANI MANI, op. cit., p. 38.

41. V. les dispositions pénales contenues dans les articles 887 4°), 890, 890-1, 891-3, 893 2°), 894 2°), 899, 901, 902, 903 et 904 AUSCGIE.

42. CCJA, arrêt n° 58 du 27 avril 2015, Recueil de jurisprudence de la CCJA, n° 23,

janv.-juin 2015, vol. 2, p. 40 et s.

43. Cité par Franck VALENCIA, op. cit.

44. Repris respectivement par les articles L 225-35, L 225-51-1 du Code de commerce.



42. S'agissant des autres domaines du contentieux sociétaire, l'exercice du droit de vote occupe une place de choix. De façon générale, c'est la majorité qui règne en maître dans les assemblées générales. La question se pose alors de savoir si on doit accepter que, face à cette assemblée souveraine, l'actionnaire soit totalement dépouillé de ses droits ? Autrement dit, peut-on admettre la prédominance exclusive et rigoureuse des majoritaires ?
43. Il faut bien convenir qu'assez souvent, le vote majoritaire ne correspond pas à la réalité des intérêts en cause. La régularité formelle des délibérations est donc insuffisante. Il faut se soucier de leur régularité « intrinsèque »<sup>45</sup>. Abstraction faite de toute critique « objective », les décisions des assemblées sociales peuvent être soutendues par des intentions inavouées. L'irrégularité, sans être imputable à sa teneur, peut l'être à la cause et au but des délibérations.
44. Il ne s'agit donc pas simplement d'examiner les conditions dans lesquelles la volonté sociale a été appelée à s'exprimer ou encore de vérifier seulement la réunion des conditions requises pour constituer la majorité. Il faut aller au-delà de ce simple contrôle formel. Les droits de la majorité se trouvent donc esclaves tout à la fois de leur source et de leur but : bonne foi et finalité sociale justifient à titre égal la nécessité d'une activité qui favorise l'intérêt collectif, au détriment et à l'exclusion, si besoin est, de tout intérêt personnel. Des décisions qui ne feraient que « masquer l'hostilité, le despotisme ou l'oppression de certains (...) ne sont plus que des actes individuels et cessent d'avoir le caractère de mesures collectives, et par conséquent de délibération d'assemblées générales »<sup>46</sup>.
45. Cette volonté commune née de la majorité des suffrages constitue cependant « l'arbre qui cache la forêt » car, de l'autre côté, les associés minoritaires ou égalitaires ne veulent parfois rien entendre de tout ce

qui est de nature à écorcher leurs prérogatives et ils n'y vont pas parfois avec « le dos de la cuillère ».

46. En effet, si l'associé minoritaire ou égalitaire n'est manifestement intéressé que par les dividendes, sans considération aucune pour l'*affectio societatis*, il attaquera les majoritaires en abus de majorité si ces derniers le privent durablement de subsides. S'il entend exercer l'ensemble des prérogatives qu'il tient du contrat de société, il cherchera certainement à être mieux informé pour comprendre la gestion et pouvoir aussi disposer de moyens pour solliciter, sous le couvert de l'intérêt social, la sanction judiciaire des dirigeants. L'associé minoritaire ou égalitaire peut en outre s'opposer à ce que des décisions soient prises alors qu'elles sont nécessitées par l'intérêt social alors qu'il ne justifie pas d'un intérêt légitime.
47. Il peut aussi arriver que les minoritaires ou égalitaires ne partagent pas simplement la même conception de l'intérêt social que les majoritaires. De même, ils peuvent s'estimer lésés par ces derniers. Cela risque naturellement de développer une certaine animosité personnelle. Certains minoritaires ou égalitaires ne prendront en considération que leur intérêt personnel et se désintéresseront totalement de la vie de la société. Ils n'ont aucune intention de nuire, mais, spécialement dans les sociétés ayant peu d'associés, ils empêcheront par exemple que le quorum soit atteint et interdiront toute évolution du pacte social<sup>47</sup>.
48. Le professeur MERLE<sup>48</sup> a opéré, pour le droit français, une distinction entre l'abus positif et l'abus négatif<sup>49</sup>. La première forme d'abus peut prendre plusieurs aspects. Tantôt les minoritaires obtiennent par surprise un vote majoritaire artificiel, contraire à l'intérêt social, en conseil d'administration<sup>50</sup> ou en assemblée générale<sup>51</sup>. Tantôt, ils demandent la mise en œuvre de mécanismes légaux de protection, quelquefois par une politique de harcèlement systématique<sup>52</sup> alors que

45. P. COPPENS, L'abus de majorité dans les sociétés anonymes, th. 1945, Paris.

46. BOURCART, Annales de droit commercial, 1914, p. 351.

47. Paris, 15 déc. 1983, Bull. Joly 1984, p. 292, n° 102 ; Paris, 18 janv. 1990, JCP E 1990, II, n° 12, obs. VIANDER et J.-J. CAUSSAIN.

48. Philippe MERLE, L'abus de minorité, RJ com., nov. 1991-81.

49. L'abus de minorité, Bull. Joly, p. 429, V. sur cette distinction les réserves de M. BOIZARD

in L'abus de minorité, Rev. Soc. 1988, p. 365, qui préfère opposer « « vote abusif » et « initiatives abusives » » des minoritaires, adde. J. BRANCHUT, Les abus de minorité dans les sociétés anonymes, th. dactyl. 1974, Paris II.

50. Com. 19 janv. 1959, D. 59, 260.

51. Rion, 1<sup>er</sup> déc. 1972, D. 1973, 282, note J.-Cl. BOUSQUET.

52. Rennes, 11 juin 1986, Rev. Soc. 1987, 96.

les conditions n'en sont pas réunies<sup>53</sup>. Les abus négatifs, en revanche, tendent à se développer ou, tout au moins, ils sont invoqués de plus en plus fréquemment. Comme les minoritaires ont tendance à alléguer un abus de majorité dès lors qu'ils estiment le montant de leur dividende insuffisant, les majoritaires vont prétendre qu'il y a abus de minorité dès lors qu'ils ne réussissent pas à faire adopter leur projet de résolutions.

49. Ce blocage peut être provoqué par deux situations :

- la non-participation des minoritaires, ce qui interdit d'atteindre le quorum indispensable ;
- l'abstention des minoritaires, leur vote contre ou blanc, ce qui empêche d'obtenir la majorité qualifiée exigée par la loi pour les modifications du pacte social.

50. Qu'il s'agisse d'abus de majorité ou d'abus de minorité ou d'égalité ou de toutes autres contestations des décisions et des actes des organes légaux, la société commerciale est toujours un centre de conflits des différents intérêts en jeu (intérêt personnel, intérêt social, etc.). Comme la société politique, elle est donc un terrain fertile pour les conflits entre les parties au contrat de société. La conséquence c'est la naissance d'un important contentieux comme en témoignent les rôles des juridictions.

51. Aujourd'hui, on remarque donc de plus en plus une judiciarisation des litiges entre associés. L'acte juridictionnel occupe ainsi une place de choix dans le traitement de ces litiges. Plusieurs brèches ont été ouvertes par la loi et réduisent drastiquement le principe de non-immixtion du juge dans la vie des sociétés. On sait par exemple que les articles 243 et 244 AUSCGIE prévoient la possibilité d'annuler tous actes ou des dispositions régissant les contrats en général, des dispositions impératives régissant les contrats ou des clauses statutaires jugées essentielles par le tribunal.

52. Mais, au-delà de ces brèches, tout laisse penser que le système d'autorégulation prévu par le législateur n'a pas toujours bien fonctionné. En effet, malgré le dispositif légal prévu pour régler les conflits entre associés, les actions en justice se multiplient de jours en jours.

53. Ce recours au juge pour trancher les litiges entre associés s'inscrit dans cette idée que l'accès à la justice « est un droit fondamental qui garantit la protection effective des droits en offrant aux justiciables la possibilité d'accéder au juge auprès duquel ils pourront faire valoir leurs prétentions »<sup>54</sup>. La place du juge est ainsi de plus en plus importante car il ne sert à rien d'avoir un droit s'il est impossible de le faire sanctionner juridiquement ou si ses modalités de mise en œuvre sont inadaptées<sup>55</sup>.

54. Le droit des sociétés n'échappe pas à ce mouvement qui fait du droit d'accès à la justice un droit fondamental et qui accorde un rôle central et actif au juge, acteur neutre et désintéressé d'une part, mais aussi d'autre part, acteur dépositaire de la *juridictio* et de *l'imperium* qui donnent à ses décisions une autorité à laquelle tout le monde doit se soumettre.

55. Il s'y ajoute que la contractualisation du droit des sociétés, déclinée dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique adopté le 30 janvier 2014 par l'OHADA risque, à travers la réglementation des pactes d'associés, l'institution de la société par actions simplifiée et l'instauration de la variabilité du capital social dans certaines sociétés entre autres, de renforcer cette judiciarisation. Le professeur NZOUABET<sup>56</sup> citant MM GUEUNANT, TROUSSIER et De VENDEUIL<sup>57</sup>, écrivait d'ailleurs déjà sous l'empire de l'Acte uniforme de 1997, qu'en matière de sociétés commerciales, « (...) les juges autorisent, désignent, contrôlent, révoquent, remplacent, rémunèrent, temporent, suspendent,

53. Com. 12 janv. 1976, Rev. Soc. 1976, 330, note Ph. MERLE.

54. Quentin NÉMOZ-RAJOT, Les interventions judiciaires spécifiques au droit des sociétés in bonis, th., déc. 2015, Université Jean Moulin, Lyon, p. 11.

55. S. AMRANI-MEKKI et Y. STRICKLER, Procédure civile, PUF, coll. Thémis droit,

2014, p. 1, n° 1.

56. Dieunedort NZOUABETH, Les litiges entre associés, th. 2005, UCAD.

57. GUEUNANT, TROUSSIER et DE VENDEUIL, Le rôle du juge dans la vie des sociétés, ouvrage collectif ; Glossaire, Fidal, 1993.



condamnent, excluent, interdisent, ajournent, annulent, récusent et même tuent ». Avec le mouvement de contractualisation du droit de société, les associés et les acteurs du marché voient les possibilités contractuelles se multiplier dans un domaine autrement réservé à la loi.

56. Cette multiplication des relations contractuelles dans la cadre sociétaire génère ce contentieux sociétaire. Il apparaît donc important de s'interroger de ce point de vue sur la nature du contentieux ainsi né, sa typologie et sur l'apport de l'intervention judiciaire dans la recherche de solutions. L'analyse de cette intervention du juge révèle l'influence grandissante de celui-ci sur le bon fonctionnement de l'environnement sociétaire.
57. Mais, sont seulement concernées ici les sociétés « en vie », les sociétés *in bonis*, c'est-à-dire celles qui sont encore maitresses de leurs biens<sup>58</sup>. Ce sont des sociétés dont la situation économique est normale ou en tout cas qui ne sont pas en cessation de paiement, autrement dit, qui ne sont pas dessaisies de leur patrimoine.
58. Cet ouvrage n'aborde donc pas le contentieux dans le cadre des sociétés en difficulté économique et le rôle que le juge joue dans ce domaine. Le contentieux des entreprises en difficulté économique ou en procédures collectives d'apurement du passif ne soulève pas, pour les associés et le juge, les mêmes problèmes. Il existe en effet en la matière un arsenal législatif mis en place et instituant un encadrement judiciaire des sociétés en difficulté. Cet arsenal est institué dans le but de redresser les entreprises viables et de liquider celles qui sont économiquement condamnées, en veillant à maximiser le recouvrement des créances pour soulager les créanciers.
59. Lorsque la société n'est pas en état de cessation des paiements, l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif prévoit aussi de nombreuses interventions judiciaires afin d'éviter que le débiteur, qui ne bénéficie ni de réserves de crédit ni de délai de paiement de la part de ses créanciers, ne soit dans

l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible.

60. La loi accorde en effet au juge, dans cette hypothèse, de nombreux pouvoirs notamment d'accepter, à la demande du débiteur, d'ouvrir une procédure de conciliation ou de règlement préventif dont l'unique but est d'éviter la cessation des paiements et de permettre le redressement de l'entreprise.
61. Cet ouvrage n'aborde pas non plus le contentieux né des relations de travail entre travailleurs, employeurs et organismes sociaux et le rôle que le juge joue en cette matière. Ce contentieux est soumis aux Codes du travail et de la sécurité sociale. A cet égard, lorsque les mécanismes légaux notamment amiables se révèlent inefficaces, le juge de la juridiction spécialisée que constitue le tribunal du travail intervient dans le cadre de sa mission normale.
62. Le contentieux sociétaire en droit OHADA dont il est question concerne des sociétés qui sont dans une situation différente. Elles ne sont pas dans des difficultés économiques. Mais elles sont, tout au long de leur existence, victimes des ambitions des uns et des autres au risque de voir sacrifier leurs intérêts personnels au bénéfice de ceux des associés.
63. Il ne s'agit pas de dire ce que doit être l'intervention judiciaire dans les sociétés *in bonis*. Ce serait assez prétentieux de vouloir tracer la ligne précise de partage immuable entre ce que le juge doit faire et ce qu'il ne doit pas faire. Ce serait d'ailleurs un exercice voué à l'échec puisque le juge s'est en général montré sourd aux récriminations de la doctrine notamment lorsqu'il rendait des solutions sans le support de texte<sup>59</sup>. La problématique globale du contentieux sociétaire et son traitement judiciaire a en effet très longtemps tourné autour de la réaction négative que l'intervention du juge a toujours suscitée. Elle a posé également très souvent la question de la compatibilité de cette vaine tentative de négation du pouvoir judiciaire avec l'exercice par les magistrats de leur

58. V. not. F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, coll. manuel, 10<sup>e</sup> éd., 2014, p. 138, n<sup>o</sup> 268.

59. Ex. FRUEHAUF, CA Paris, 22 mai 1965, D. 1968, 174, obs. R. CONTIN.

judicature en tant que gardien naturel de la propriété. Malgré tout, il est apparu que le juge est en réalité un acteur de la régulation et de la résolution des litiges entre associés. Contrairement à cette idée qu'on lui prêtait, à travers son « immixtion » dans la gestion des sociétés, de vouloir instaurer un gouvernement judiciaire des sociétés<sup>60</sup>, il a été qualifié de régulateur<sup>61</sup>. Sa mission ne se limite pas par conséquent à sanctionner le non-respect d'une règle de droit. Il n'est plus donc seulement la « bouche de la loi »<sup>62</sup>. Il est devenu « un juge de l'équilibre sociétaire et un acteur essentiel au bon fonctionnement des sociétés »<sup>63</sup>.

64. Dans cet ouvrage, il s'agit plus modestement, sans ignorer tous ces questionnements, de tenter d'analyser, avec une vision assez pratique, ce qui fait le particularisme du contentieux sociétaire caractérisé par sa diversité et la spécialité des solutions en rapport avec la posture que le juge a pu avoir dans une perspective de dénouement des crises et les limites qu'il s'est lui-même fixées.
65. A cet égard, un examen minutieux de la jurisprudence permet de noter que certaines contestations sont nées de la remise en cause de la régularité des actes : soit elles visent leur annulation, soit elles visent leur modification. D'autres contestations en revanche sont nées de l'exercice des droits et des pouvoirs. Il arrive en effet que les titulaires de droits et les détenteurs de pouvoirs dans les sociétés les exercent à des fins autres que celles pour lesquelles ces droits et pouvoirs leur ont été conférés. Cela génère des contestations sur des abus de droit de vote ou sur l'usage abusif des biens sociaux qui ont la commune caractéristique de porter atteinte à l'intérêt social. Il arrive aussi que les mêmes détenteurs de pouvoirs les exercent en dehors des limites légales ou d'ordre statutaire, ce qui soulève la problématique des empiétements de certains organes sur les pouvoirs d'autres organes. Le

premier particularisme du contentieux sociétaire réside donc dans ses manifestations (Partie 1).

66. Mais là n'est pas le seul constat. Le contentieux sociétaire se dénoue très souvent par la désignation de mandataires judiciaires au sein de la société. Il peut s'agir de mandataires judiciaires de substitution ou d'assistance, comme il peut s'agir simplement de mandataires judiciaires de contrôle. Le contentieux sociétaire se dénoue également par l'atteinte soit au statut d'un seul associé, ce qui pose la problématique de l'exclusion ou de la remise en cause du droit de vote, soit par l'atteinte au statut de tous les associés qui perdent ainsi cette qualité en cas de dissolution judiciaire pour mésentente. Le second particularisme du contentieux réside alors dans son dénouement (Partie 2).

60. GUYON, Les missions des administrateurs provisoires de sociétés, Mélanges BASTIAN, t. 1, 1974, p. 103 et s.

61. Quentin NÉMOZ-RAJOT, op. cit. ; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne, D., coll. Précis droit privé, 32<sup>e</sup> éd., 2014, p. 87, n° 67.

62. MONTESQUIEU, De l'esprit des lois, Paris, 1748, Gallimard, 1970, note 22, XI, 6, p. 182. « Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur ».

63. Quentin NÉMOZ-RAJOT, op. cit.