

Soliloque sur la protection de l'actionnaire minoritaire en droit de l'OHADA

Souleymane TOE

Agrégé des facultés de droit
Université Thomas SANKARA

B. Arsène BATIONO

Docteur en droit privé,
Université Thomas SANKARA

Florent OUEINA

Docteur en droit privé
Université de Perpignan Via Domitia

Résumé

S'interroger sur la protection des actionnaires minoritaires est sans doute faire l'apologie des moyens préventifs de crise dans les sociétés. C'est une nécessité pour la bonne gouvernance des entreprises. À cet égard, il faut féliciter et encourager le législateur de l'OHADA, qui fait preuve de pragmatisme économique, en s'inscrivant dans cette nouvelle dynamique, plus préventive. Cela passe par la mise en place d'un système de protection bien solide, permettant aux associés d'œuvrer pour la bonne gestion des sociétés commerciales et ce, à travers un véritable pouvoir d'intervention dans la vie sociale par la fonction de contrôle des dirigeants sociaux et par l'intervention sur l'autorité des décisions pour contrecarrer efficacement les mesures mises en œuvre sous l'impulsion des majoritaires. La présente étude s'est focalisée à mieux fixer la réalité de ce régime de protection en montrant qu'au-delà de tout, il pourrait davantage s'affiner par une réforme de la prescription de l'action en responsabilité et l'instauration d'un système d'assurance de responsabilité civile à l'égard des mandataires sociaux.

Abstract

Questioning the protection of minority shareholders is undoubtedly an apology for crisis prevention in companies. It is a necessity for good corporate governance. In this respect, OHADA legislators are to be congratulated and encouraged for their economic pragmatism in adopting this new, more preventive approach. This requires the establishment of a solid protection system, enabling partners to work towards the sound management of commercial companies, through a real power of intervention in corporate life by the control function of corporate officers and by intervention on the authority of decisions to effectively counteract measures implemented at the instigation of majority shareholders. This study has focused on the reality of this protection system, showing that it could be further refined by reforming the statute of limitations for liability actions and introducing a system of civil liability insurance for corporate officers.

Introduction

1. Un auteur avisé a pu écrire que « même si le droit n'est pas une condition suffisante du développement, il n'en est pas moins une condition nécessaire »¹. Fort de ce constat et conscient de la force de l'union, l'on va assister à une sorte de communautarisation² par l'OHADA du droit des sociétés et du groupement d'intérêts économiques en 1997 et ce, en vue de moderniser les normes vétustes et obsolètes³ jusque-là en vigueur dans les États membres et ainsi créer un climat propice au développement des économies africaines⁴. Cet Acte uniforme⁵ a été modifié en 2014 à Ouagadougou pour une meilleure prise en compte des réalités économiques et sociales des États membres⁶ ainsi que des exigences en matière de bonne gouvernance des entreprises⁷ dans l'ultime but d'améliorer les conditions d'investissement dans la zone de l'OHADA⁸.

Cette ambition de modernisation est perceptible même dans la définition de la notion de société. L'on peut observer en effet, qu'au sens des articles 4 et 5 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUDSGIE), la société est une petite démocratie⁹ où les citoyens-associés décident de s'organiser en rédigeant un contrat social qu'est le contrat de société. Au-delà de cette volonté de s'organiser qui n'est rien d'autre que l'« affectio societatis »¹⁰, les citoyens-associés réalisent des apports¹¹. En contrepartie des apports, ils reçoivent des titres sociaux qualifiés différemment selon le type de société constituée¹². Ces apports effectués par les associés n'étant pas toujours égaux, il se constituera deux types d'associés. Ceux qui auront le plus apportés sont appelés associés majoritaires et par conséquent, domineront par leur vote l'adoption de décisions qui s'imposent aux associés ayant

¹ Y. GUYON, « Conclusion », LPA, 13 octobre 2004, n°205, p. 59.

² A. NZOHABONAYO, « Protection des intérêts des actionnaires et des créanciers de la société anonyme dans la législation burundaise et le droit communautaire Ohada », p. 128, https://www.sqdi.org/wp-content/uploads/127-145-751_int%C3%A9gr%C3%A9.pdf, consulté le 15/01/2021, cité par Narcisse E. EKANE, La protection civile des actionnaires dans l'espace OHADA, in mémoire en ligne, https://www.memoireonline.com/08/11/4754/m_La-protection-civile-des-actionnaires-dans-lespace-OHADA1.html.

³ P. S. A. BADJI, « OHADA et bonne gouvernance d'entreprise », *Revue ERSUMA*, n° 2 - Mars 201, p. 209

⁴ M. GUEYE, « Liberté contractuelle et ordre public dans le nouvel Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales », *Nouvelles annales africaines*, n° 1, 2015, p. 33.

⁵ Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUDSGIE).

⁶ Fr. E. NDJOLO VODOM, « Réflexions sur la société par actions simplifiée de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) », *RJTUM*, 2016, p. 35.

⁷ P. Chr. EWANE MOTTO, *La gouvernance des sociétés commerciales en droit de l'ohada*, thèse, Universités de DOUALA et PARIS-EST, 2015, p. 15.

⁸ Chr. GAMALEU KAMENI, « Réflexions sur la réglementation de l'investissement privé étranger dans l'espace de l'OHADA », *Journal du droit international (Clunet)* n° 4, Octobre 2014, p. 1219.

⁹ A. CHARPENTIER, *Les actionnaires dans la gouvernance des sociétés cotées françaises*, Master 2, Université Paris I, 2012, p. 5.

¹⁰ E. C. MONTCHO AGBASSA, « Les droits fondamentaux de l'associé en droit OHADA », *RTSJ*, n°7, janvier- Juin 2015, p. 67.

¹¹ Articles 37, 50-1 à 50-4 et 389 de l'AUDSCGIE.

¹² Article 51 de l'AUDSCGIE.

le moins apportés, appelés les minoritaires¹³. Ces derniers, ayant une participation en capital inférieure¹⁴, sont soumis tant à la loi de la majorité¹⁵, majorité qui dépend de la forme de société¹⁶, qu'à la direction des organes de gestion¹⁷ sans pouvoir réellement décider de la gestion de la société¹⁸. Or, comme l'enseignait fort opportunément Charles Louis, quiconque a un pouvoir est porté à en abuser¹⁹. Les majoritaires seront toujours tentés d'user de leur position dominante pour asservir les minoritaires dans les décisions et les dirigeants, de poursuivre un intérêt autre que l'intérêt social. Les associés minoritaires sont donc les plus marginalisés²⁰, avec une sécurité instable comme des agneaux dans la bergerie dira-t-on.

2. Pourtant, la bonne gouvernance²¹, gage de la survie de l'entreprise²², nécessite la protection de ces derniers, protection devant permettre la préservation de leurs intérêts par une participation effective à la gestion de la société avec un droit de regard critique. Les assemblées d'actionnaires illustrent au mieux ce rite capitalistique. Il est censé permettre en effet, à ceux qui ont participé aux investissements nécessaires au

lancement et au développement de la société, d'être informés de la situation et des projets de la société dont ils sont, en sommes, propriétaires, d'en discuter les résultats et les objectifs et, finalement, de fixer ces derniers par des votes où chacun intervient en fonction de sa participation au capital social. Un auteur autorisé en a pu faire le constat en écrivant que « beaucoup d'assemblées se déroulent selon un rituel dont l'origine est plusieurs fois séculaires, avec de multiples manifestations d'autosatisfaction et d'éloges des dirigeants en des termes laudatifs qui sont censés améliorer l'image de l'entreprise, y compris de son cours de bourse »²³.

3. Sans ignorer ces aspects, le droit s'intéresse davantage à une tendance qui transforme plutôt ces assemblées, en arènes où se multiplient des combats denses, avec des affrontements qui débordent souvent jusque dans les rues adjacentes, observe-t-on. Si les actionnaires majoritaires, donc représentés au conseil d'administration, sont en général assez sages, se confinant dans le rôle qui leur a été affecté, en revanche, il se trouve, parmi les actionnaires minoritaires des « perturbateurs » qui contestent les politiques conduites, au nom de la justice

¹³ G. MUBERANKIKO, *La place des associés minoritaires dans la gouvernance des entreprises en droit OHADA*, Collection « étude africaine », L'Harmattan, 2019, n° 11.

¹⁴ D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, thèse, Strasbourg, 1969, p. 5, cité par F. HMODA, *La protection des créanciers au sein des groupes de sociétés*, thèse, Franche-Comté, 2013, p. 68.

¹⁵ D. SCHMIDT « Les droits des minoritaires et les offres publiques », *D.* 2007, p. 1887.

¹⁶ D. VIDAL, *Droit des sociétés*, 7^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2010, p. 292.

¹⁷ J. -J. DAIGRE, « Le gouvernement d'entreprise : feu de paille ou mouvement de fonds ? », *Droit et Patrimoine*, Juillet-août 1996, p. 21.

¹⁸ C. DANGLEHANT, « Le nouveau statut des minoritaires dans les sociétés anonymes cotées : l'application du principe de l'équité », *Revue des sociétés*, 1996, p. 217.

¹⁹ Connue sous le nom de MONTESQUIEU dans son ouvrage, *Esprit des lois*, 1748, chap. VI, livre XI.

²⁰ G. MUBERANKIKO, *op. cit.*, n° 37.

²¹ La notion de gouvernance des entreprises. V. P. CABANE, *Manuel de gouvernance d'entreprise*, Eyrolles, Paris, 2013, p.223 ; P. S. A. BADJI, « OHADA et bonne gouvernance d'entreprise », *op.cit.*, p. 213.

²² H. OLIVIER, « Conflits d'intérêts entre associés », *Rev. Comp.*, 1997, p. 43.

²³ A. CABANIS, Rapport de thèse, Université de Perpignan, 2023, inédit.

sociale, de la protection des faibles, de l'écologie, parfois simplement en invoquant leurs intérêts mieux compris, toute chose qui rend complexe et sensible la question de la protection des minoritaires dans la société.

4. La protection de l'actionnaire minoritaire apparaît sous différente forme en droit de l'OHADA même si les textes n'en font pas explicitement mention. On s'aperçoit que les mesures prises par le législateur des Actes uniformes²⁴ pour la gestion ou la protection des entreprises et de leurs investissements constituent une réalité à prendre nécessairement en compte dans la recherche constante des solutions utiles au traitement de la question.

La protection signifie protéger, réglementer et traiter les intérêts prioritaires ou non, propriétaires des partenaires et des actionnaires. Dans la terminologie juridique²⁵, elle signifie une mesure de précaution, fondée sur les besoins de l'individu ou de l'assuré, généralement en conformité avec les obligations de l'assureur, notamment la protection des personnes ou des biens contre les dangers, leur sécurité et l'intégrité des moyens juridiques ou matériels.

Par « protection », il faut entendre donc l de tout recours permettant la reconnaissance, la

défense ou la garantie des droits individuels ou collectifs. Par exemple, dans le cadre d'une procédure collective, on peut sans doute assimiler cette idée de protection à l'idée d'éviter les difficultés des entreprises²⁶. Autrement, cette protection dans la procédure collective renvoie à la procédure préventive. Selon le professeur Yves Chaput, « *prévenir, c'est avant tout amener les dirigeants à prendre conscience de la situation actuelle et de l'évolution de l'entreprise. C'est ensuite mettre en place des possibilités d'alerte, voire de règlement amiable des difficultés naissantes lorsque l'évolution défavorable se confirme* »²⁷. Fondamentalement, cette prévention exige que les associés²⁸ et les dirigeants de l'entreprise²⁹ aient un droit d'information et de mise en garde. Les tactiques du législateur en la matière visent sans aucun doute à promouvoir une bonne gouvernance d'entreprise, tout en accordant une attention particulière aux actionnaires minoritaires. De ce qui précède, protéger les actionnaires minoritaires revient impérativement à éviter un fait³⁰ pouvant compromettre la continuité de l'exploitation.

Autrement dit, protéger les actionnaires minoritaires revient à promouvoir la bonne gouvernance des sociétés. Ainsi, a-t-il été écrit que pour apprécier la qualité de la protection des intérêts des actionnaires

²⁴ ISSA-SAYEGH Joseph, POUGOUÉ Paul Gérard et SAWADOGO Filiga Michel, *Traité et actes uniformes*, Juriscope, 2016.

²⁵ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique* [s. n.], 2018, p. 215.

²⁶ Aymar TOH, *La prévention des difficultés des entreprises : étude comparée de droit français et droit OHADA*, Paris, LGDJ, 2017..

²⁷ Yves CHAPUT, « *Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises* », PUF, 1986, n° 2. in F.M SAWADOGO, « *Le droit Ohada des entreprises en difficulté : prévention,*

procédure collective, sanction » Ouagadougou, Temple du Savoir, Édition 2016, p 24.

²⁸ Art. 157 de l'AUSC GIE.

²⁹ Art. 150 de l'AUSC GIE.

³⁰ Selon un auteur autorisé, il s'agit d'un fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation qui est celui qui peut conduire à la cessation des paiements si une solution n'est pas trouvée dans un délai raisonnable. Michel Filiga SAWADOGO, « *Le droit Ohada des entreprises en difficulté : prévention, procédure collective, sanction* », *op. cit.*, p. 29.

minoritaires dans une société, « *non seulement l'ensemble des mécanismes de gouvernance doit être considéré, mais aussi le pouvoir des différentes parties prenantes au sein de la société de constituer un système de gouvernance propre aux sociétés anonymes* » ne doit pas être négligé³¹.

5. Les protections dont bénéficient les actionnaires minoritaires dans les sociétés anonymes reposent sur des principes issus du droit commun, plus précisément du droit de la responsabilité, et des dispositions spécifiques prises par le législateur de l'OHADA pour les sociétés par actions. La plupart de ces régimes s'appliquent également aux sociétés autres que les sociétés anonymes. Mais pour ces derniers, les législateurs ont leurs propres règles. Ces mécanismes peuvent être complétés, le cas échéant, par des règles statutaires spécifiques, par exemple l'identification de catégories d'actions auxquelles sont attachés des droits spécifiques. Le cas de la société anonyme sera priorisé mais l'on pourrait également faire allusion aux autres formes de société, le cas échéant.

Les principes de droit commun les plus importants sont les mécanismes de protection liés à la responsabilité civile des mandataires sociaux. Les dispositions de l'AUSCGIE permettent à chaque administrateur d'être individuellement responsable des fautes

simples de gestion de la société. Le législateur de l'AUSCGIE se réfère au droit commun pour s'acquitter de cette responsabilité personnelle³². Toutefois, lorsque la faute comporte une violation des statuts de la société, une omission ou une constitution irrégulière de la société³³, cette disposition de l'article 78 de l'AUSCGIE est complétée par une règle spécifique qui implique que tous les gérants sont solidairement responsables. Ainsi, sauf circonstances tout à fait exceptionnelles, la responsabilité des administrateurs peut être engagée non pas à l'encontre des actionnaires individuels, mais à l'encontre de la société. Comme dans toutes les autres matières où le principe de la majorité s'applique à cet égard, cette disposition est fondée sur la décision collective de l'Assemblée générale.

6. Quelle que soit sa forme, la gestion d'une société incombe généralement au dirigeant légal. Cependant, les personnes qui ne possèdent pas cette qualité peuvent s'immiscer ou intervenir dans la gestion, soit en tant que leaders de fait, soit en tant que leaders explicites ou cachés. Les gérants statutaires sont des personnes physiques ou morales ou des entités dûment désignées pour gérer une société en assumant ainsi légalement des fonctions de direction ou d'administration au sein de la société, et en les employant généralement à l'extérieur³⁴.

³¹ Florent LEDENTU, *op. cit.*, p. 12.

³² Joseph ISSA-SAYEGH, Paul Gérard POUYOUÉ et Filiga Michel SAWADOGO, *Traité et actes uniformes*, Juriscope, 2016, p. 441.

³³ Art. 78 de l'AUSCGIE.

³⁴ Les opinions sont discutées sur la nature juridique des liens entre la société et ses dirigeants ou entre ceux-ci et les associés. Il est en général soutenu que les dirigeants sociaux n'ont pas la qualité de préposés. Pour justifier cette solution, il est invoqué la théorie

institutionnelle qui considère que les dirigeants sont nommés par les organes sociaux sans qu'aucun contrat ne se forme entre la société et eux, et, *a fortiori*, entre eux et les associés. Cependant, il a été observé que certains dirigeants négocient effectivement les conditions de leur collaboration ou signent des conventions (indemnisation en cas de cessation des fonctions, clause de non-concurrence, etc.). V. PAUL Le CANNU, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 2002, p. 252.

Les dirigeants de fait³⁵, ceux qui ne sont pas désignés à cet effet, agissent comme de vrais managers en intervenant efficacement dans la gestion de l'entreprise. En d'autres termes, un gérant de fait est une personne qui exerce des actes de gestion à la place d'un gérant statutaire sans aucun titre. Les personnes qualifiées de gérants de fait doivent exercer les activités de gestion active et de direction en toute souveraineté et indépendance, et ont le droit de s'engager envers la société par leurs décisions³⁶. Les dirigeants mystiques sont les personnes qui assurent le véritable « *leadership* » de la société dans les coulisses de la formation des dirigeants de droit. En tant que telles, ces personnes dirigent l'entreprise par l'intermédiaire d'intermédiaires, mais leur identité n'est ni connue ni rendue publique. La jurisprudence rappelle à juste titre que les gouvernants mystiques sont ceux qui placent les gouvernants légitimes sous leur dépendance et leur subordination³⁷. Comme l'a fait remarquer avec justesse un auteur, « ils sont dans l'ombre et ils tirent les ficelles »³⁸.

7. Le régime de protection de l'actionnaire minoritaire est établi par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique qui, adopté en 1998 et révisé en 2014, vise à moderniser davantage le droit des sociétés en prenant en compte les évolutions notables dans les législations étrangères

comme celle de la France, ce qui autorise une étude de droit comparé³⁹.

Ainsi, dès lors que le régime de la protection est établi, l'AUSCGIE s'efforce de prévoir les sanctions à l'encontre des éventuels fautifs. Cet aménagement de la loi a pour but de dissuader les dirigeants et les majoritaires de commettre des actes répressifs. Mais il semblerait que la mise en œuvre de la responsabilité de ces dernières demeure compliquée. En effet, l'on constate que malgré les dispositions édictées par le législateur de l'OHADA pour freiner la propagation de tels actes, les dirigeants et les majoritaires s'adonnent toujours à des actes susceptibles d'engager leur responsabilité à l'égard de la société, des minorités, ou des tiers. Cette situation invite donc à s'intéresser à l'efficacité du régime de protection des actionnaires minoritaires édicté par le législateur de l'OHADA et voir dans quelle mesure de l'examen de sa consécration peut jaillir les évolutions souhaitables en termes de renforcement.

8. Certes, depuis quelques temps et la mondialisation de l'économie aidant, les instruments juridiques protecteurs des actionnaires ont été foncièrement aménagés. Des sanctions diverses ont été ainsi édictées pour assurer l'effectivité des différentes mesures de protection, allant par exemple de l'inopposabilité de certains actes aux

³⁵ Sur cette notion, v. D. Tricot, « Les critères de la gestion de fait », *Dr. et patrim.*, janv. 1996 ; G. NOTTE, *Les dirigeants de fait des personnes morales de droit privé*, thèse Paris I, 1978, « La notion de dirigeant de fait au regard du droit des procédures collectives », *JCP, C*, 1980, I, 8560.

³⁶ J.-L. RIVE-LANGE, « La notion de dirigeant de fait », *D.*, 1975, chron., p. 41. V. Cass. com., 18 janv. 2000, *Juris-Data*, n° 000287 ; 4 juill. 2000, *RJDA*,

1/2001, n° 30, p. 27 ; 12 juin 2001, *BRDA*, 12/2001, p. 3 ; 26 juin 2001, *Dr. Sociétés*, 2001, comm. 140 ; Paris, 21 avril 2000, *Rev. pr. coll.*, 2000, p. 51.

³⁷ Rennes, 8 janv. 1974, *Gaz. Pal.*, 1976, 1, 358. V. aussi Paris, 20 févr. 1978, *Quot. Jur.*, 12 oct. 1978.

³⁸ Filiga Michel SAWADOGO, *op. cit.*, p. 341.

³⁹ En ce sens, voy., P. S. A. BADJI, « OHADA et bonne gouvernance d'entreprise », *op. cit.*, p. 128.

actionnaires aux les nullités diverses en passant par la responsabilité civile des dirigeants, des associés et des tiers⁴⁰.

9. Cette situation traduit maints intérêts, tant théorique que pratique sur le soliloque de la protection des actionnaires minoritaires dans l'espace OHADA. L'intérêt théorique qui est l'apport que l'étude d'un fait social donné ajoute à la science, amène à se focaliser sur les dispositions prises pour la mise en œuvre de la protection des actionnaires minoritaires et la mise en œuvre de la responsabilité des majoritaires et des dirigeants sociaux. L'étude se veut ainsi un cadre de fixation d'idées novatrices en vue du renforcement d'un régime de protection parfaitement adapté à l'évolution de la société⁴¹. Sur le plan pratique, le concept de la responsabilité ne laisse pas indifférent surtout dans une société où il est de plus en plus question de sécuriser les transactions et opérations entre les différents opérateurs économiques dont les intérêts antagonistes se heurtent et se côtoient au sein de l'entreprise commerciale dont la survie est magnifiée.

10. À l'analyse, s'intéresser à la protection des actionnaires minoritaires de sociétés anonymes suppose la mise en exergue de conditions susceptibles d'assurer efficacement cette protection sur lesquelles le législateur n'a pas fait l'impasse. Ces conditions tiennent en effet pour l'essentiel à l'existence d'une faute commise par les dirigeants ou les majoritaires et d'un

préjudice subi par les minoritaires. Elles se dégagent aussi bien du régime général de responsabilité applicable à une société anonyme *in bonis*, que du régime spécifique applicable à la société anonyme en difficulté soumise à un redressement judiciaire ou à une liquidation de biens. Au demeurant, l'effectivité de la mise en jeu de la protection des actionnaires minoritaires se trouve freinée par l'existence d'obstacles juridiques rendant souvent illusoire la protection organisée. Ce constat conduit à suggérer des solutions en vue d'une facilitation de la mise en œuvre de la protection des actionnaires minoritaires de sociétés commerciales. Ainsi, après avoir mis en exergue la consécration salvatrice d'un régime de protection spécifique de l'actionnaire minoritaire (I), il sera examiné la question de l'affinement nécessaire du système de protection dans sa globalité pour plus d'efficacité (II).

I- La consécration salvatrice d'une protection spécifique des actionnaires minoritaires

11. Les étapes de la naissance et de la vie d'une entreprise revêtent une importance particulière pour les tiers, partenaires potentiels de la personne morale, et surtout pour les actionnaires. L'entreprise nouera ainsi une relation de collaboration étroite entre les opérateurs économiques, qui au fond, engendrera d'inévitables conflits

⁴⁰ Pour une étude générale des nullités en droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, voir mémoire de DEA, option, droit des affaires de KALLA BILLE Ernest, Université de Douala, année académique 2005-2006. Voir aussi en ce sens, voy., GUEGAN Elsa, *Les nullités des décisions sociales*, Dalloz, 2020, 580 p.

⁴¹ Emmanuel Sèmassa HOUENOU, La contractualisation du droit des sociétés : l'ordre public à l'épreuve de la liberté contractuelle dans les sociétés commerciales de l'OHADA, Thèse de doctorat, Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne, 2019, in <https://theses.hal.science/tel-02612782v2/document>

d'intérêts⁴². C'est cet enchevêtrement d'intérêts qui explique en partie la complexité de la construction sociale ainsi que des règles de fonctionnement. En effet, le législateur de l'OHADA, par sa politique d'attirer les investisseurs dans son espace, est dans l'obligation de prévoir des textes protégeant et conciliant la confluence des intérêts au sein des sociétés, en responsabilisant les actionnaires par divers mécanismes dont les plus emblématiques s'exercent tant à l'égard des dirigeants (A) qu'à l'égard des autres associés (B).

A- Une protection renforcée face aux organes de direction

12. L'intention du législateur de l'OHADA est de donner un nouveau souffle au développement économique et social par l'intermédiaire des sociétés commerciales,

qu'il s'efforce de réglementer et de prévenir en détail tous les abus possibles en la matière afin de renforcer les privilèges des sociétés commerciales. En fait, certains de ces abus peuvent révéler une particularité à laquelle il ne peut être remédié que par la conduite de procédures spécifiques. Ils sont de nature moderne parce qu'ils n'existent pas réellement dans l'ancienne loi⁴³. C'est parce qu'ils surviennent dans un contexte précis qu'ils retiennent l'attention. En effet, prévenir les difficultés et les abus est la politique la plus satisfaisante en termes⁴⁴ de protection des actionnaires, car la meilleure façon d'aborder les difficultés est bien sûr de les étouffer dans l'œuf⁴⁵. Toutefois, afin de détecter des problèmes même mineurs, il est nécessaire d'être vigilant et, de préférence, disposer d'un système d'information fiable sur la santé de l'entreprise⁴⁶ auxquels les

⁴² Bi Oula KASSIA, « Le recul de la nullité dans l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique », *Penant*, n° 848, 2004, p. 352.

⁴³ À cet effet, il est question de faire mention de la période d'avant l'entrée en vigueur de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales en France.

⁴⁴ Yves GUYON, *Droit des affaires, droit commercial général et sociétés*, op. cit., p. 433.

⁴⁵ À cet égard, il faut penser aux mesures préventives dans les procédures collectives, « *Mieux vaut prévenir que guérir* ». Cette vieille sagesse populaire est particulièrement vraie pour les entreprises en difficulté. « *Prévenir, selon le Professeur Yves Chaput, c'est avant tout amener les dirigeants à prendre conscience de la situation actuelle et de l'évolution de l'entreprise. C'est ensuite mettre en place des possibilités d'alerte, voire de règlement amiable des difficultés naissantes lorsque l'évolution défavorable se confirme* ». Cf. Yves CHAPUT, *Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises*, PUF, 1986, n° 2.

⁴⁶ De manière générale, « *c'est l'ensemble des questions d'ordre juridique qui doit faire l'objet d'un traitement approprié : il peut être recommandé d'assurer certains biens de l'entreprise, d'élaborer*

des conditions générales, des contrats-types, de suivre le recouvrement des créances en utilisant toutes les techniques et règles y afférentes (il peut être recommandé de commencer par se munir d'une sûreté dès la conclusion du contrat ou d'émettre une lettre de change à la livraison de la marchandise ou après la prestation du service ou encore de recourir aux procédures simplifiées de recouvrement sans oublier les saisies conservatoires et d'exécution), de protéger efficacement les droits de propriété industrielle et commerciale de l'entreprise, de suivre les baux commerciaux de l'entreprise, devenus baux professionnels avec la révision de l'AUDCG le 15 décembre 2010, que celle-ci ait la qualité de bailleur ou de locataire, d'insérer dans les contrats une clause attributive de compétence territoriale (si les deux parties ont la qualité de commerçant, art. 51 du Code de procédure civile) ou une clause compromissoire dans ses contrats afin que les litiges qui viendraient à naître soient tranchés par la voie de la conciliation ou de la médiation ou celle de l'arbitrage, d'attacher à la situation juridique du personnel toute l'importance que celle-ci requiert, autrement dit pratiquer une gestion performante des ressources humaines de l'entreprise... ».

C'est si vrai que l'on fait état à l'heure actuelle de la nécessité

dirigeants sociaux doivent être attentifs sous le contrôle, entre autres des actionnaires minoritaires qui disposent en amont, en vue de garantir la transparence, du droit à l'information⁴⁷ (1), avec la possibilité en aval, de le renforcer ou de sanctionner la mauvaise gestion de ceux-ci par l'exercice de voies judiciaires (2).

1- Une protection en amont par le droit à l'information

13. Le droit à l'information pouvant être occasionnel ou permanent, il reste une arme redoutable voire incontournable sans laquelle tout contrôle serait illusoire et inexorablement voué à l'échec⁴⁸. Ce droit vaut certes pour tous les associés, mais en pratique et de façon déguisée⁴⁹, il ne s'adresse surtout qu'aux minoritaires pour les permettre de prendre connaissance de tous les documents liés à la gestion sociale⁵⁰.

De façon occasionnelle, selon l'article 525 de l'AUDSCGIE, relativement aux assemblées générales ordinaires annuelles, tout actionnaire a le droit de prendre connaissance au siège social de tous documents relatifs à la gestion de la société, lui-même ou par le biais de son mandataire. Ce droit à l'information peut également s'exercer en dehors de l'assemblée générale ordinaire annuelle lorsque des changements interviennent dans la vie de la société, surtout lors des opérations

de restructuration⁵¹, qui peuvent engendrer des conflits d'intérêts⁵². Il peut enfin être préalable aux assemblées pour les associés minoritaires remplissant les conditions prévues par l'article 520 de l'AUDSCGIE⁵³.

En cours de vie sociale, des difficultés peuvent survenir à tout moment. Le fait que la continuité des activités peut être compromise lorsque les administrateurs agissent de manière inappropriée ou lorsque l'environnement juridique ou économique de l'entreprise est affecté négativement, il est prévu un mécanisme de protection des actionnaires par la permanence du droit à l'information qui ressort des articles 344 et 526 de l'AUDSCGIE. Au sens de ces dispositions, les associés ont le droit permanent à l'information sur les affaires sociales. Ils peuvent donc à toute époque, prendre connaissance et copies des documents sociaux au siège social. La liste des documents n'étant pas exhaustive⁵⁴, l'associé minoritaire est libre « de se garantir une information complète »⁵⁵ pour être au diapason de la gestion sociale et des orientations politiques.

14. S'informer est certes bien, mais s'informer pour prévenir semble encore meilleure et c'est dans ce sens que le droit à l'information connaîtra un renforcement par la procédure d'Alerte. Véritable innovation en droit de l'OHADA, cette procédure permet

d'audits juridiques. SAWADOGO Filiga Michel, « Droit des entreprises en difficulté », *op. cit.*, p. 28.

⁴⁷ A. TOULEMON, « L'information des actionnaires et le secret », S., 1964, chron., p. 35.

⁴⁸ H. E. TENWE KAMEGNI III, *L'actionnaire minoritaire dans les sociétés commerciales OHADA*, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 2009, p. 17.

⁴⁹ En réalité, il ne s'aurait s'agir que d'actionnaires non-contrôlant, car il serait trompeur, voire aberrant, de croire que les actionnaires contrôlants ignorent les

événements qui menacent les opérations de la société et qui sont susceptibles de se réaliser.

⁵⁰ Articles 525 de l'AUDSCGIE.

⁵¹ Article 671, 672, 674 et 684 de l'AUDSCGIE.

⁵² D. SCHMIDT *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, éditions JOLY, 1999, p. 170 et 172.

⁵³ Article 520 de l'AUDSCGIE.

⁵⁴ A.-M. CARTRON et B. MARTOR, *op. cit.*, p. 21.

⁵⁵ A.-M. CARTRON et B. MARTOR, *op. cit.*, p. 23.

de dissiper les craintes de la doctrine⁵⁶ et d'affirmer que les associés minoritaires ne sont plus les parents pauvres de la prévention des difficultés. En effet, selon l'article 157 al. 1 de l'AUDSCGIE, « dans les sociétés autres que les sociétés par actions, tout associé non-gérant peut, deux (2) fois par exercice, poser des questions au gérant sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation » ; ce qui est rappelé par les articles 158, 526 al. 3, 158 al. 1 et 526 al. 3 du même Acte uniforme.

Aux questions posées, les dirigeants sociaux ont l'obligation d'y répondre par écrit et, ce dans un délai de 15 jours⁵⁷. Cela permet donc aux associés en général et les minoritaires en particulier de se faire fournir des informations « en interpellant les organes de direction lorsqu'il apparaît que la bonne marche de la société est en jeu »⁵⁸, ce qui participe d'une certaine manière de la protection de leurs intérêts.

15. Comme on peut le constater, il y a un renforcement de la présence des minoritaires dans le contrôle de la gestion sociale⁵⁹ puisque la qualité d'associé suffit pour agir ; aucune condition de capitale n'étant exigée, dès lors qu'il existe un fait de nature compromettre l'exploitation⁶⁰. Toutefois, cette possibilité de contrôle de l'actionnaire minoritaire étant non contraignante, le

législateur lui permet d'agir indirectement par le biais des actions judiciaires.

2- Une protection en aval par l'ouverture de voies judiciaires contre les dirigeants

16. L'action judiciaire, un moyen de faire respecter les droits des actionnaires minoritaires⁶¹, passe par la procédure d'injonction⁶², l'expertise de gestion et éventuellement l'engagement de la responsabilité des dirigeants sociaux en cas de faute de gestion.

17. Pour ce qui est de la procédure d'injonction, elle ne peut être actée que lorsque les associés minoritaires se voient refuser l'accès aux documents⁶³ et non en cas de retard de transmission des documents⁶⁴. Dans ce cas, l'article 528 AUDSCGIE leur permet la saisine du juge des référés pour obtenir une communication forcée de ces documents. Cette disposition permet ainsi de renforcer leur droit à l'information, qui se trouve davantage affirmé.

18. En ce qui concerne l'expertise de gestion, dans le but de sauvegarder l'intérêt social et par ricochet celui des minoritaires, le législateur de l'OHADA permet à l'associé minoritaire « [...] de solliciter pour des raisons fondées la présence d'un tiers dans la gestion sociale »⁶⁵. Ce tiers peut être un expert de gestion ou un administrateur provisoire. L'expert de gestion est un

⁵⁶ GUYON (Y.), *Droit des affaires, Entreprise en difficulté*, T. 2, 4^{ème} éd., Economica, 1993, p. 69.

⁵⁷ Articles 157 al. 1 et 158 al. 2 AUDSCGIE.

⁵⁸ A.-M. CARTRON et B. MARTOR, *op. cit.*, p. 25.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 25.

⁶⁰ A. FÉNEON « Les droit des actionnaires minoritaires dans les sociétés commerciales de l'espace OHADA », *Penant*, n°839, 2002, p. 159.

⁶¹ A. FENEON, *op. cit.*, p. 160.

⁶² A.-M. CARTRON et B. MARTOR, *op. cit.*, p. 21.

⁶³ Articles 525 et 526 de l'AUDSCGIE.

⁶⁴ En droit français, cette procédure s'avère possible même en cas de refus selon la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques : JO 16 mai 2001, p. 7776.

⁶⁵ K. NANA, *L'associé minoritaire et l'intérêt social en droit OHADA, Mémoire*, Université de Dschang, 2017, p. 26.

mandataire « ad hoc » chargé d'une mission ponctuelle et temporaire de contrôle dans la société⁶⁶ en vue d'apporter des informations éclairées aux associés non sur la totalité des actes de gestion, mais sur une ou plusieurs opérations de gestion⁶⁷. Il est désigné par le juge statuant à bref délai à la demande d'un ou plusieurs associés, individuellement ou en groupe représentant au moins le dixième du capital au sens de l'article 159 de l'AUDSCGIE. Elle aboutit, comme toute expertise, à l'élaboration d'un rapport⁶⁸ adressé au demandeur et aux organes de gestion⁶⁹. Cette procédure qui constitue une innovation⁷⁰, quoique facultative⁷¹, reste un véritable contre-pouvoir pour les minoritaires. D'ailleurs, elle ne peut valoir en principe, que pour ces derniers étant attendu que les opérations de gestion sont le fait tant des dirigeants que des majoritaires.

À noter au surplus que cette mesure qui se veut essentiellement une source d'information et un moyen de pilotage de la

gestion sociale des actionnaires minoritaires s'inscrit avant tout dans un grand chantier que le législateur africain de l'OHADA a lancé pour la meilleure protection de l'intérêt social⁷², l'entreprise étant en effet le siège d'un grand nombre d'intérêts parfois divergents qu'il faut gérer au mieux pour qu'elle fonctionne normalement. L'intérêt de l'institution semble donc évident. D'une part, elle limite les conséquences d'une gestion déloyale de l'entreprise en pointant à un moment les erreurs encore réparables, et d'autre part, en prouvant la faute des dirigeants, elle peut préparer et faciliter l'exercice d'une éventuelle action en responsabilité⁷³.

19. Pour ce qui est de la désignation d'un administrateur provisoire, cette procédure, introduite à la faveur de la réforme de 2014, permet l'intrusion d'un tiers dans la société en cas de crise certaine ou imminente⁷⁴ ou de blocage institutionnel⁷⁵. Elle permet aux personnes habilitées⁷⁶ de saisir la juridiction

⁶⁶ B. Y. MEUKE, « L'information des actionnaires minoritaires dans l'OHADA : Réflexion sur l'expertise de gestion », www.OHADA.Com, Ohadata D-05-56, p. 4.

⁶⁷ CCJA, arrêt n° 042/2013 du 16 mai 2013, Aff. Société Eurapharma c/ 1°) Société Laborex Côte d'Ivoire dite Laborex-CI

⁶⁸ C.A. Abidjan, ch. Civ. et Com., arrêt n° 258 du 25 fév. 2000, Ohadata J-02-132.

⁶⁹ Article 160 de l'AUDSCGIE.

⁷⁰ H. D. MODI KOKO BEBEY « La réforme du droit des sociétés commerciales de l'OHADA », *Rev. Soc.*, avril-mai-juin 2002, p. 225, cité par B. Y. MEUKE « L'information des actionnaires minoritaires dans l'OHADA : Réflexion sur l'expertise de gestion », www.OHADA.Com, Ohadata D-05-56, p. 3.

⁷¹ Y. R. KALIEU, note sous TPI de Bafang, Ord. de référé n° 27/ORD/TPI/2007, du 25 mai 2007, Aff. Sieur NOUBICIER Léon c/ Sieur NGAMAKO Michel, *Juridis périodique*, n°78, avril-mai-juin 2009, p. 33.

⁷² MEUKE Bérenger Yves, « L'information des actionnaires minoritaires dans l'OHADA : réflexion sur l'expertise de gestion » in www.ohada.com, ohadata-20, p.3.

⁷³ Il ne faut toutefois pas surestimer l'étendue de la compétence de gestion, car, malgré des avantages évidents, la mesure n'a que des effets limités. Il ne s'agit en fait que d'une mesure d'information et rien de plus. Ainsi, la sanction effective des dirigeants suppose la mise en œuvre d'autres démarches judiciaires, qui ne s'exercent en pratique qu'en présence d'actionnaires minoritaires particulièrement militants. De plus, l'information en question ne sera pas portée à la connaissance de la communauté actionnariale dans l'immédiat, puisqu'elle n'interviendra qu'à la prochaine assemblée générale.

⁷⁴ M. BOYE « L'administration provisoire des sociétés commerciales en OHADA », *Penant*, n° 895, avril-juin 2016, p. 189.

⁷⁵ Y. R. KALIEU, note sous TPI de Bafang, *op.cit.*, p. 32.

⁷⁶ Article 160 al. 2 de l'AUDSCGIE.

compétente statuant à bref délai, pour la désignation d'un administrateur provisoire aux fins d'assurer momentanément la gestion des affaires de l'entreprise au sens de l'article 160 -1 de l'AUDSCGIE. Cette désignation précise ses pouvoirs et missions⁷⁷ et engendre un dessaisissement des organes légaux⁷⁸. L'intervention d'administrateurs provisoires est une mesure appropriée pour protéger les actionnaires. Elle vise à assurer la continuité de l'action malgré les divergences entre les principales parties concernées. D'une manière opérationnelle, la nomination de mandataires intérimaires entraîne le dessaisissement, en tout ou partie, de l'organe directeur selon le mandat fixé par le juge. Il s'agit donc d'une mesure grave qui ne peut se justifier que dans des cas réelles perturbations du fonctionnement normal de la société. Du reste, il appartient à la juridiction de jugement de motiver sa décision en précisant en quoi des désaccords entre actionnaires peuvent paralyser l'organe de gouvernance ou mettre en danger l'entreprise elle-même. La paralysie est le grand danger de la personne morale que le juge tente de contenir en confiant des tâches précises à l'administrateur

intérimaire qui doit rendre compte de sa gestion⁷⁹.

20. Enfin, la sanction contre les dirigeants sociaux intervient dès lors qu'ils sont les représentants légaux de la société⁸⁰, en cas d'abus dans la gestion ou lorsqu'un fait qui leur est imputable, cause un préjudice aux intérêts de la société et à ceux des minoritaires. Ces derniers, individuellement ou collectivement⁸¹, ont la possibilité d'engager la responsabilité de ceux-ci⁸² pour réparation du dommage causé. L'action dite individuelle est ouverte à l'associé ayant subi le dommage, pour obtenir réparation au sens des articles 161 à 164 de l'AUDSCGIE. Pour ce faire, il devra apporter la preuve de dommage indépendant ou « détachable »⁸³ de celui souffert par la société⁸⁴. L'action sociale « *ut singuli* »⁸⁵ est exercée par un ou plusieurs associés contre les dirigeants sociaux en réparation du dommage causé à la société en application des articles 165 et 166 AUDSCGIE. Son exerce par un associé ne nécessite pas un accord des coassociés⁸⁶.

21. Mais collectivement, elle n'est admise que s'ils représentent le quart des associés et le quart des parts sociales⁸⁷ ou au moins le

⁷⁷ Article 160-2 de l'AUDSCGIE.

⁷⁸ Yaoundé, Ord. de référé, 28 septembre 2001, Aff. Directeur général SOCINADA, ANDENGUE Godefroy et autres c/ DIBOTI Vincent et autres, inédit.

⁷⁹ Ainsi a-t-il été jugé que « si le conflit persiste et est de nature à paralyser le fonctionnement de la société, le juge peut nommer un administrateur provisoire », CA Cotonou, arrêt n°256/2000 du 17 août 2000, ohadata J-06-101. Dans le même sens, CA Littoral-Douala, arrêt n°38/REF du 10 février 1999, *Juris Périodique* n°42, p. 45, note R. Y. KALIEU.

⁸⁰ G. MUBERANKIKO, *op. cit.*, n° 47.

⁸¹ Article 162 de l'AUDSCGIE.

⁸² Art. 170 de l'AUDSCGIE.

⁸³ A. AKAM AKAM, « La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit OHADA », *op.cit.*, p. 16.

⁸⁴ Cass. com., 27 févr. 1996, JCP 1996. II. 22665, note J. GHESTIN, D. 1996, 518, note Ph. MALAURIE.

⁸⁵ Contraire à l'action « *ut universi* » exercée par les autres dirigeants selon les termes de l'article 166 de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales qui dispose que « l'action sociale est l'action en réparation du dommage subi par la société du fait de la faute commise par le ou les dirigeants sociaux dans l'exercice de leurs fonctions. Cette action est intentée par les dirigeants sociaux, dans les Actes uniformes pour chaque forme de société ».

⁸⁶ CA d'Abidjan, arrêt n° 826 du 20 juin 2003, AIE Jean-Marie c/ Société INTERBAT, ohadata J-03-240.

⁸⁷ Article 331 de l'AUDSCGIE applicable à la SARL.

vingtième du capital social⁸⁸. Pour sa mise en œuvre, au-delà de l'existence d'un préjudice⁸⁹, cette action se prescrivant par trois (3) ans⁹⁰, nécessite une mise en demeure préalable des dirigeants sociaux d'avoir à agir restée sans suite⁹¹. Ici encore les minoritaires ont plus intérêt à l'exerce individuel ou collectif de cette action puisque ce sont généralement les majoritaires avec les dirigeants sociaux qui assurent et dominent la gouvernance des sociétés commerciales et par conséquent, n'y ont pas véritablement intérêt.

22. Au-delà de la protection à l'égard des dirigeants sociaux, les associés minoritaires bénéficient également d'une protection à l'égard des coassociés, c'est-à-dire les majoritaires.

B- La spécificité renforcée de la protection des minoritaires face aux majoritaires

23. La vie sociale, surtout dans des groupes comme la société commerciale, exige de travailler dans le même sens pour le bien de tous. Cependant, il ne faut pas s'étonner qu'un ou plusieurs individus tentent d'enfreindre cette règle. De nombreuses expressions se rapportent à l'idée d'abus, et les manifestations d'abus liées aux

événements d'entreprise sont variées⁹². Le législateur de l'OHADA n'a pas choisi une jurisprudence ou une construction doctrinale fondée sur la pratique de l'abus de droit. Il a été cependant établi les éléments du système juridique des différentes manifestations d'abus dans l'Acte uniforme. Ainsi, pour assurer la représentation et la défense des intérêts des minoritaires, ces derniers ont une participation renforcée aux prises de décisions (1) et une possibilité d'agir en justice pour la sanction des décisions en cas d'abus (2).

1- La participation renforcée au pouvoir de décisions

Le pouvoir du minoritaire sur l'autorité des décisions passe par une participation assouplie aux assemblées et un droit de vote renforcé lors de ces assemblées.

24. La participation aux assemblées a connu des assouplissements pour les minoritaires. En effet, au sens de 125 de l'AUDSCGIE, tout associé a le droit de participer aux prises des décisions. Comme on peut le constater, par les termes « tout associé », l'associé minoritaire aussi, sans pouvoir en être privé⁹³, a le droit de participer à toutes les assemblées générales

⁸⁸ Article 741 de l'AUDSCGIE applicable à la SA.

⁸⁹ CCJA, arrêt n° 15/2005 du 24 février 2005, Aff. ANGOUA KOFFI Maurice c/ la société WIN SARL, *in* Juridis périodique, n° 71, juillet-août- septembre 2007, p. 24.

⁹⁰ Articles 170 al. 2 et 332 de l'AUDSCGIE.

⁹¹ Aff. Jacques Firmin TRUCHET c/ Jean Pascal KINDA et société JEUX J.P SARL, *in* Juridis périodique, n°82, avril-mai-juin 2010, pp. 50-56.

⁹² Alain COURET, « L'abus dans le droit des affaires, et plus spécifiquement l'abus et le droit des sociétés », Droit et Patrimoine, no 83, juin 2000, p. 66 et s. ; Bruno DONDERO, « Sociétés, droit des sociétés, dispositions générales et communes, Gaz. Pal. 2012,

no 41, p. 31 ; Laure NURIT-PONTIER, « La loyauté en droit des sociétés », Actes pratiques et ingénierie sociétaire, Doctrine, mars 2011, no 116, p. 6 ; Christophe TUAILLON, « L'abus en droit des sociétés, vague concept ou vaste concept de protection », LPA, 10 mars 2004, no 50, p. 4 ; Emmanuel CORDELIER, « L'abus en droit des sociétés », Thèse Toulouse I, 2002 ; Laurent MOSSER, « L'abus toléré : à la recherche d'une autorégulation », Gaz. Pal. 19 déc. 2009, p. 13.

⁹³ F. ANOUKAHA, et Autres, *Sociétés commerciales et GIE*, Collection droit uniforme africain, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 76.

physiquement, se faire représenter par un mandataire⁹⁴ ou à distance⁹⁵ afin de prendre part aux décisions collectives⁹⁶, peu importe le nombre de titres sociaux qu'il détient pour les assemblées extraordinaires⁹⁷. Pour les assemblées ordinaires, un minimum est exigé selon l'article 548 AUDSCGIE. Cependant, ce minimum peut être contourné par l'association d'associés ou la possibilité de votes cumulatifs au sens de l'article 544 AUDSCGIE. D'ailleurs, cette dernière disposition fixe le plafond du nombre d'actions que peut détenir un associé pour protéger les minoritaires.

25. Pour ce qui est du droit de vote⁹⁸ en tant que prérogative permettant au minoritaire d'exprimer sa volonté⁹⁹, il a aussi connu un renforcement. En effet, ce droit est en principe proportionnel à sa participation au capital de la société selon l'article 129 de l'AUDSCGIE et rappelé par les articles 54, 543, et 751 du même Acte Uniforme. Cependant, en faveur du minoritaire, il faut noter que sauf pour les assemblées extraordinaires¹⁰⁰, les statuts peuvent rétablir l'égalité entre associés en limitant le nombre de voix dont chaque actionnaire dispose¹⁰¹.

Dans cette occurrence, l'un des enjeux concernerait le renforcement du droit des actionnaires minoritaires de s'opposer aux décisions importantes dans les sociétés anonymes. Ces droits renforcés peuvent servir avant tout des partenaires publics ou privés locaux, des investisseurs étrangers, mais demain ils intéresseront également les acteurs du *private equity*, au fur et à mesure du développement d'entreprises africaines innovantes. Les décisions présentées aux actionnaires des sociétés anonymes nécessitent une majorité simple¹⁰² ou une majorité des deux tiers¹⁰³, de sorte que les investisseurs minoritaires qui détiennent moins d'un tiers de leurs actions n'ont pas de droit de veto sur les décisions qui pourraient affecter leurs investissements. C'est précisément pour cette raison que les co-investisseurs conviennent souvent, dans le cadre du pacte d'actionnaires et/ou des statuts de la société, d'augmenter la majorité requise pour certaines décisions, voire d'exiger l'unanimité (par exemple, pour un changement d'objet social, augmentation de capital¹⁰⁴, cession d'actifs importants, etc.) ou renforcement du quorum.

⁹⁴ Y. GUYON, *Droit des affaires, Droit commercial général et société*, 2^e éd. Economica, p. 299.

⁹⁵ L'article 419 de l'AUDSCGIE.

⁹⁶ L. GODON, « La protection des actionnaires minoritaire dans la loi relative aux nouvelles régulations économiques », *Bull. Joly. Soc.*, juillet 2001, p. 735.

⁹⁷ L'article 552 de l'AUDSCGIE.

⁹⁸ Article 53 al. 4 de l'AUDSCGIE.

⁹⁹ Y. GUYON, *Traité des contrats, Aménagement statutaires et Conventions entre associés*, 3^{ème} éd. LGDJ, 1997, n° 287, p. 381.

¹⁰⁰ Article 552 de l'AUDSCGIE.

¹⁰¹ Article. 543 al. 2 de l'AUDSCGIE. ; FAYE (A.), « L'égalité entre associés » (Acte uniforme sur le droit des sociétés et du GIE) : Ohadata D-04-10 Revue droit écrit, *Droit sénégalais* n° 2, Université des sciences

sociale Toulouse 1, 2003, p. 9. Cité par A. M. CARTRON et B. MARTOR, *op. cit.*, p. 21.

¹⁰² Article 550 de l'AUSCGIE « L'assemblée générale ordinaire statue à la majorité des voix exprimées. Il n'est pas tenu compte des bulletins ou votes blancs ».

¹⁰³ Articles 554 et 557 de l'AUSCGIE.

¹⁰⁴ C'est une technique ou un moyen de financement fréquemment utilisé par les entreprises en difficulté mais aussi et peut-être davantage par les entreprises prospères. L'augmentation de capital permet à l'entreprise d'avoir de l'argent frais au prix probablement d'un renversement de majorité et de l'apparement à un groupe. À ce sujet, un auteur faisant état d'une fonction concurrentielle du droit des procédures collectives et de sa contribution à la restructuration de l'économie écrit : « *De fait, l'endettement excessif des entreprises constitue dans*

Cette démarche très fréquente, notamment pour les investisseurs anglo-saxons, est contraire à la rédaction de l'article 557-1 de l'AUSCGIE qui exige que les délibérations soient contraires à l'article 546 de l'AUSCGIE et aux articles 549 à 557. Une interprétation stricte de l'article 557-1 de l'AUSCGIE conduirait à la conclusion que la plupart des amendements aux articles 550, 554 et 557 de l'AUSCGIE sont absolument invalides. Si l'inefficacité de l'abaissement du seuil d'approbation à la majorité est indiscutable, il est en revanche plus controversé d'interdire son renforcement, car un tel renforcement est plus protecteur des droits des minoritaires et répond donc toujours à l'un des objectifs de la loi.

26. La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) ne s'est pas penchée sur cette question, et en l'absence d'une jurisprudence constante en la matière, les praticiens se sont tournés vers le droit comparé, notamment le droit des sociétés français, très proche du pouvoir judiciaire institué par l'AUSCGIE (en l'occurrence, le Code de commerce comparé avec l'article 557-1 de l'AUSCGIE)¹⁰⁵.

une économie de marché un facteur décisif de concentration. Cette dernière s'effectuera soit selon les procédés du droit des sociétés (prise de contrôle, fusion...) si la charge d'endettement paraît encore surmontable, soit grâce à l'ouverture d'une procédure de faillite ». « Très souvent, l'augmentation de capital est précédée d'une réduction du capital afin de résorber les pertes. Cette double variation en sens inverse est connue sous le nom imagé de coup d'accordéon ».

¹⁰⁵ Voir l'article L.225-121 du Code de Commerce français.

¹⁰⁶ Un arrêt de la Cour de cassation semble admettre le renforcement des règles de majorité mais celui-ci ne constitue qu'une décision d'espèce qui ne met pas fin à la controverse (Cass. com. 20 févr. 1978, Rev. sociétés 1978 746).

D'ailleurs, la doctrine française est divisée sur cette question, principalement parce que la Cour de cassation¹⁰⁶ ne dispose pas d'une jurisprudence incontestée. Une partie de la doctrine est que les clauses des pactes d'actionnaires précisant les conditions d'obtention de la majorité des voix dans les assemblées publiques d'une société anonyme sont valables lorsqu'elles ne font pas obstacle à la vie sociale et ne constituent pas un obstacle à la possibilité de destituer un dirigeant¹⁰⁷. D'autres théoriciens soutiennent que le caractère absolu de la nullité du Code de commerce ne permet aucunement d'y déroger¹⁰⁸. La première solution s'applique, quelle que soit la forme de société par actions choisie, y compris la création d'actions de préférence¹⁰⁹. Les actions de préférence peuvent être créées au moment de la constitution ou en cours d'existence de la société et peuvent être assorties de tout type de droits spécifiques attachés, qu'ils soient temporaires ou permanents. La souplesse des conditions de création des actions de préférence permet une grande liberté dans la détermination des droits pouvant être attachés aux actions de préférence.

¹⁰⁷ En ce sens, notamment, P. MERLE, *Droit Commercial — Sociétés Commerciales*, Dalloz, 14^e édition, 2010, n° 493 et A. Bougnoux, *Assemblées d'actionnaires. Assemblées générales extraordinaires. Généralités. Fonctionnement*, JCL Fasc. 140-10, 18 mars 2013, n° 81.

¹⁰⁸ En ce sens, notamment, A. Charvériat et al., *Sociétés Commerciales*, Mémento Pratique, Francis Lefebvre, Éditions Francis Lefebvre, 2013, n° 69120 ; Y. GUYON, « Assemblées d'actionnaires », Répertoire de droit des sociétés, septembre 2002, 110 168 et S. SCHILLER, « Pactes d'Actionnaires (Clauses statutaires et pactes extrastatutaires) », Répertoire de droit des sociétés, février 2009, n° 103.

¹⁰⁹ Article 778-1 de l'AUSCGIE.

Ainsi, les actionnaires minoritaires dont les parties souhaitent conférer un droit de veto souscriront des actions de préférence, qui seront assorties d'un droit de veto attaché à certaines décisions. Par exemple, si un actionnaire majoritaire d'une société détient 75 % du capital social et qu'un autre actionnaire majoritaire en détient 25 %, il est souhaité que toute modification de l'objet social ne puisse se faire qu'avec l'accord des deux actionnaires, alors il sera nécessaire d'émettre des actions de préférence aux actionnaires minoritaires (ou convertir les actions ordinaires de ces derniers en actions de préférence), et prévoir dans les statuts de la société que toute résolution visant à modifier l'objet social doit être votée par l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires de préférence et assemblée générale extraordinaire des actionnaires.

27. Une deuxième solution envisageable est l'utilisation d'une autre forme sociale, la société par actions simplifiée, qui présente l'avantage de laisser les actionnaires libres d'organiser la gouvernance de l'entreprise et donc de fixer librement la majorité de l'assemblée générale. Corollaire de cette liberté d'organisation, les actionnaires sont tenus d'assurer une régulation très complète s'ils souhaitent disposer d'une gouvernance efficace à long terme et protéger efficacement

les intérêts des actionnaires minoritaires à l'échelle mondiale. C'est aussi pour cette raison que l'accord unanime des associés¹¹⁰ est requis pour transformer une société existante en société par actions simplifiée.

28. Toujours est-il que malgré le renforcement de ces droits politiques, les décisions prises par les majoritaires peuvent être contraires à l'intérêt social, d'où la possibilité offerte aux actionnaires minoritaires de combattre les décisions faisant l'objet d'abus de majorité.

2- La possibilité précisée de sanction de l'abus de majorité

29. Dans une société anonyme, les décisions de la majorité, tant qu'elles sont prises régulièrement, s'imposent à la minorité. Si les dispositions légales sont respectées, les juges ne peuvent ni les critiquer ni les amender¹¹¹. Néanmoins, la loi prévoit la réparation de l'abus de la majorité du pouvoir incarné par la majorité, c'est-à-dire la situation où un actionnaire minoritaire fait appel d'une décision abusive de l'actionnaire majoritaire.

30. Selon l'article 130, alinéa 2 de l'AUSCGIE, lorsque la majorité des actionnaires vote¹¹² pour une décision qui est

¹¹⁰ Article 853-6 de l'AUSCGIE « La décision de transformation en société par actions simplifiée est prise à l'unanimité des associés. Il en est de même en cas de fusion-absorption d'une société par une société par actions simplifiée. Toute délibération prise en violation du présent article est nulle ».

¹¹¹ S.TOE, « La protection des actionnaires minoritaires en droit des sociétés commerciales OHADA », communication au profit de l'Agence Burkinabé des Investissements (ABI), novembre 2020, inédit.

¹¹² La première condition posée dans l'article 130 AUSCGIE est le vote d'une décision par les majoritaires. Dans ce contexte, l'absence d'un vote lors d'une assemblée générale ordinaire ou extraordinaire ne saurait établir l'abus de majorité (absence d'élément d'appréciation). Conséquemment, la décision d'un conseil d'administration ou de gérance ne saurait constituer un abus de majorité. Dans ces conditions, il n'existe pas d'abus de majorité en l'absence d'une décision d'assemblée générale constatée par un procès-verbal d'assemblée.

entièrement dans leur intérêt¹¹³, contraire aux intérêts de la minorité, et que cette décision ne peut être justifiée par les actionnaires, il s'agit d'un abus de la majorité¹¹⁴. Ainsi, la disposition affirme que l'existence d'un tel abus est due à la conjonction de deux facteurs, à savoir, le préjudice des intérêts de la société par les décisions prises et la destruction des intérêts des actionnaires minoritaires par l'inégalité entre les actionnaires.

31. Les intérêts sociaux qui constituent le concept central du premier élément ne sont pas clairement définis par la loi. Tout au plus, l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et au groupement d'intérêt économique n'est-il mentionné qu'aux articles 130, 131, 277, 298, 328 et 891. Cependant, puisque la société est associée à l'idée de durée, l'intérêt de la société dépend de sa persistance et de sa prospérité. Ainsi, pour être dans l'intérêt de l'entreprise, toute décision prise par les actionnaires doit viser le développement durable et la prospérité de l'entreprise. Sinon, ce sera contraire aux intérêts de la société¹¹⁵. Mais, cette seule condition ne suffit pas, car un deuxième élément est nécessaire. La décision adoptée ne doit pas violer en effet l'égalité entre les actionnaires, favorisant la majorité au détriment de la minorité, compromettant ainsi les droits des minorités.

32. Il existe de nombreux exemples où le pouvoir sur les grands actionnaires peut être préjudiciable aux actionnaires minoritaires, tels que :

- Interdiction de conclure des conventions, en l'occurrence l'initiative du Président de tirer à découvert, de donner des garanties ou d'être avalisées par la société sans l'autorisation préalable du Conseil d'administration. Ce sont de véritables contrats avec soi-même et doivent être particulièrement surveillés.
- Le fait que la société apporte des garanties collatérales aux associés afin que ces derniers puissent emprunter de l'argent. Si l'entreprise n'y a aucun intérêt, il s'agit clairement d'une décision qui altère les capitaux propres des actionnaires, puisque l'intérêt de l'entreprise est compromis si le prêt n'est pas remboursé.
- Les managers sont surpayés. L'assemblée générale des actionnaires peut voter pour le gérant, qui est aussi une rémunération très élevée pour les grands actionnaires. Cependant, payer le double de vos revenus pour l'année peut être considéré comme excessif.

¹¹³ La décision des majoritaires doit être en contradiction avec l'intérêt social de l'entreprise : cette condition sera remplie lorsque la décision prise portera préjudice à la situation financière de la société, par exemple.

¹¹⁴ Art. 130 AUSCGIE. Le concept « intérêt de la société » n'a pas de définition légale ; ce qui en fait un objet juridique difficile à saisir. Il sera donc fréquent que cette notion soit appréciée par les juges au cas par

cas. Cependant, il est évident que cette notion soit étroitement liée à la notion de *l'affectio societatis*. *L'affectio societatis* ou la volonté des actionnaires de participer au pacte social constitue une condition essentielle de validité du contrat de société.

¹¹⁵ Bérenger Yves MEUKE, « De l'intérêt social dans l'AUSCGIE de l'OHADA », www.ohada.com ; Ohadata D-06-24, p. 2.

- L'utilisation de procurations fournies par des actionnaires minoritaires pour voter aux assemblées générales à des fins contraires sans rapport avec l'intérêt de la société. Dans ce cas, le dirigeant malhonnête a trahi la confiance¹¹⁶ des actionnaires minoritaires. Il pourrait être poursuivi¹¹⁷ pour abus de pouvoir¹¹⁸ (la falsification de documents concrétisant les pouvoirs conférés pourrait constituer un crime).
- La rétention systématique des bénéfices : en matière de décisions relatives à la répartition des bénéfices des sociétés, l'égalité est rompue en faveur des gros actionnaires si la décision de reporter à nouveau les bénéfices alors que les réserves légales ont toujours été confiées. L'entreprise ne justifiait aucun projet d'investissement et les fonds affectés à des comptes bancaires étrangers servaient à financer les activités de filiales appartenant à l'actionnaire majoritaire.

33. Si l'exercice du droit de vote est libre en principe, il ne doit pas être abusé. Dès lors, en cas d'intérêts illégitimes de la société, la décision de l'actionnaire majoritaire ne peut priver l'actionnaire minoritaire du droit à la distribution de dividendes, qui est la

contrepartie de base pour que l'actionnaire minoritaire participe au contrat de société, comme mentionné dans l'article 4 AUSCGIE. Ainsi, les moyens dont disposent les actionnaires minoritaires leur assurent une bonne protection. Par conséquent, les dirigeants de l'entreprise doivent s'acquitter fidèlement de leurs responsabilités envers les actionnaires minoritaires et interdire aux majoritaires de prendre des décisions qui violent les intérêts de l'entreprise et nuisent aux intérêts des actionnaires minoritaires.

34. Le plus souvent et c'est l'idéal, les décisions prises par la majorité sont censées exprimer l'intérêt des associés¹¹⁹ ou social¹²⁰. Cependant l'idéal restant toujours un idéal, il arrive que les décisions soient prises en défaveur de l'intérêt social et partant, de celui des minoritaires¹²¹. Fort heureusement, dans ce cas, ces derniers ont la possibilité d'attaquer lesdites décisions en justice pour abus de majorité selon l'article 130 de l'AUDSCGIE. Et à la même disposition de préciser que cette action suppose un détournement de pouvoir, une atteinte à l'intérêt social et par ricochet, celui des minoritaires¹²² et non une faute de gestion¹²³ contrairement à une décision du tribunal régional de Niamey¹²⁴.

35. Une fois que l'abus de majorité est caractérisé, le juge peut procéder à l'annulation de la décision constitutive d'abus

¹¹⁶ LEÏLA BEN SEDRINE KETTANI, « *La protection des actionnaires minoritaires en droit des sociétés anonymes en droit marocain* », International Review of Economics, Management and Law Research. p. 2 et s. Disponible sur le site : <https://revues.imist.ma/index.php/IREMLR/article/download/15422/10863>.

Ibidem. (Le numéro de la note)

¹¹⁸ S. TOE, *op. cit.* p. 10.

¹¹⁹ Article 4 al. 2 de l'AUDSCGIE.

¹²⁰ F. TERRE, « Les fondements historique et philosophiques de la loi de la majorité », Revue de la jurisprudence commerciale, 1991, p. 9.

¹²¹ D. TRICOT, « L'abus de droit dans les sociétés », RTD Com., 1994, Chron., p. 617 et s.

¹²² D. TRICOT, *op. cit.*, p. 617 et s.

¹²³ A-M. CARTRON et B. MARTOR, *Op. cit.*, p. 29.

¹²⁴ Tribunal Régional de Niamey - Jugement civil n° 96 du 26 mars 2003, Abass Hammoud c/ Jacques Claude Lacour, Ohadata, J-04-78.

et/ou à l'octroi des dommages et intérêts aux minoritaires ayant souffert personnellement d'un préjudice¹²⁵.

36. L'ensemble de ces mécanismes qui permettent une protection des minoritaires, malgré les forces qu'il présente reste globalement relatif nécessitant ainsi un affinement du régime étudié.

II- l'affinement nécessaire du régime de protection de l'actionnaire minoritaire

37. La protection des associés minoritaires quoique existante s'avère limitée voire inefficace notamment dans sa mise en œuvre¹²⁶ à l'égard essentiellement des dirigeants sociaux dont la mise en jeu de la responsabilité s'avère délicate¹²⁷. L'affinement du régime de protection de l'actionnaire minoritaire pourrait ainsi passer par une réforme touchant la prescription de l'action en responsabilité (A) et l'instauration d'une assurance de responsabilité civile à l'égard des mandataires sociaux (B).

A. La réforme de la prescription de l'action en responsabilité

38. Pour que la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants soit effective, il faut octroyer une meilleure protection à la victime. Cette protection s'entend de la reconnaissance d'un nouveau point de départ du délai de prescription (1) ainsi que la mise en place d'une prescription plus longue (2).

1. La reconnaissance d'un nouveau point de départ du délai de prescription

39. Il résulte des articles 164 et 170 en leur alinéa 2 de l'AUSCGIE que le point de départ à partir duquel commence à courir la prescription, que ce soit pour l'action individuelle ou l'action sociale, est la date à compter du fait dommageable ou s'il a été dissimulé, de sa révélation. Cette disposition de l'Acte uniforme paraît assez restrictive.

En effet, elle ne prend pas suffisamment en compte la personne de la victime. Dans ce sens, pour favoriser la victime, certaines législations en droit comparé¹²⁸ ont prévu un point de départ avantageux pour la victime comme l'indique Van Tinh VU, qui cite l'article 159.3 (b) du Code de procédure civile vietnamien selon lequel, « *le délai de la prescription commence à courir à compter de la date où une personne physique ou morale ou tout autre sujet de droit prend connaissance de la violation de leurs droits et intérêts légitimes* ». Par conséquent, le délai de la prescription commence à courir de la date où la victime prend connaissance de l'acte préjudiciable des dirigeants sociaux. Elle est plus favorable à la victime par rapport au Code de procédure civile selon lequel, le délai de la prescription commence à courir à compter de la date où les droits et intérêts légitimes sont violés. Mais le législateur vietnamien a trouvé qu'en matière d'action en responsabilité contre les dirigeants, ces

¹²⁵ Article 130 de l'AUDSCGIE ; H.- J. MAMA OTABELA, « Le contrôle de la société anonyme par les actionnaires minoritaires », Revue de l'Association française des docteurs en droit, n° 13, mars 2020, n° 21.

¹²⁶ D. SCHMIIDT, « Les associés minoritaires, un combat légitime ? », Colloque « La gouvernance d'entreprise : entre réalités et faux-semblants »,

Cahiers de droit de l'entreprise, n° 5, septembre-octobre 2005, p. 59

¹²⁷ Van Tinh VU, *La responsabilité civile des dirigeants de société anonyme en droit vietnamien, regards croisés avec le droit français*, Thèse de doctorat, Paris 2, 2015, p. 271.

¹²⁸ Par exemple, la législation vietnamienne.

dispositions sont très défavorables à la victime parce que les actes dommageables commis par les dirigeants au cours de la gestion sociale ne sont que révélés par les successeurs et la date de révélation est en général trop lointaine de celle où les actes dommageables ont eu lieu¹²⁹.

Ainsi, pour combler cette lacune, l'article 161.1 du Code civil vietnamien de 2005 prévoit le principe de « suspension du délai de prescription du droit d'action en justice » selon lequel, peut être suspendu, le délai de prescription de l'action lorsque le demandeur prouve l'existence d'un « obstacle objectif » qui l'empêche d'agir en justice dans le délai prévu par la loi. Selon cet article, un obstacle objectif comporte tout obstacle survenu indépendamment de la volonté du titulaire des droits l'empêchant d'exercer ses droits ou de savoir que ses droits et intérêts légitimes ont été violés. À cet effet, la preuve de « l'obstacle objectif » exige que le demandeur de l'action en responsabilité contre les dirigeants établisse la dissimulation des actes dommageables réalisée par ces derniers pendant leur mandat de gestion¹³⁰.

40. En adoptant ce système adopté par son homologue, le législateur de l'OHADA permettra une simplification de la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants sociaux tout en respectant les droits de chaque partie.

2. La prescription d'une durée plus longue

41. La prescription en matière d'action sociale est de trois (3) ans, selon les dispositions de l'AUSCGIE. Cette prescription de courte durée apparaît comme un véritable obstacle, car l'un des points concernant le point de départ est à « compter du fait dommageable ». En effet, il peut arriver qu'entre la date du fait dommageable et la date de la connaissance des faits, il y ait eu trop de temps écoulé. Une prescription plus longue serait donc mieux adaptée.

42. Le législateur belge a ainsi, prévu à cet effet, une prescription plus longue. Ainsi, l'article 198 alinéa 4 du Code de société belge dispose « *sont prescrites par cinq ans toutes actions contre les gérants, administrateurs, membres du conseil de direction, membres du conseil de surveillance, commissaires, liquidateurs, pour faits de leurs fonctions, à partir de ces faits ou, s'ils ont été celés par dol, à partir de la découverte de ces faits* ». Une prescription d'une longue durée comme celle-ci est bénéfique pour la victime. En effet, elle lui laisse un temps assez long pour agir en réparation du préjudice subi. Le législateur de l'OHADA pourrait s'inspirer de ce système en rallongeant le délai de prescription. Toujours dans le sens d'une meilleure protection de la victime, cette dernière doit aussi être protégée contre l'éventuelle insolvabilité des dirigeants par l'assurance responsabilité des mandataires sociaux.

B. Un renforcement de la protection par l'assurance responsabilité des mandataires sociaux

¹²⁹ Van Tinh VU, *La responsabilité civile des dirigeants de société anonyme en droit vietnamien, regards croisés avec le droit français*, Thèse de doctorat, Paris 2, 2015, p. 271.

¹³⁰ Van Tinh VU, *La responsabilité civile des dirigeants de société anonyme en droit vietnamien, regards croisés avec le droit français*, op. cit., p. 272

43. Les multiples responsabilités auxquelles doivent faire face les dirigeants peuvent conduire à concevoir un produit assurantiel permettant de les couvrir contre les éventuelles mises en cause. Mais cette assurance apparaît surtout comme une garantie pour la victime contre l'insolvabilité des dirigeants sociaux. Le principe de l'assurance responsabilité des mandataires sociaux (1) doit être mis en exergue avant d'indiquer des garanties accordées par le contrat (2).

1. Le principe de l'assurance responsabilité des mandataires sociaux

44. En droit français, ce sont, sans aucun doute, les nombreux recours introduits à l'encontre des dirigeants qui ont favorisé l'émergence du produit d'assurance relatif à leur responsabilité personnelle¹³¹. En effet, les situations dans lesquelles peut être engagée la responsabilité des mandataires sociaux sont nombreuses. Corrélativement, le marché de l'assurance responsabilité civile des mandataires sociaux¹³² est en pleine expansion dans un contexte légal et réglementaire qui ne cesse de renforcer la responsabilité qui pèse sur les dirigeants.

45. La police d'assurance responsabilité civile des mandataires sociaux pourrait s'appliquer à tout type d'entreprise même si au départ, seules les grandes sociétés peuvent y faire face. D'ailleurs, en France où un tel produit est expérimenté, dès son

développement, il a suscité de vives contestations concernant sa licéité et sa légitimité à l'instar même de la prohibition, à l'époque des assurances sur la vie humaine ou sur la responsabilité générale¹³³.

46. Cette tendance hostile qui s'est maintenue jusqu'à dans les années 1845 s'est progressivement affaiblie pour en arriver aujourd'hui à la reconnaissance des assurances couvrant la responsabilité des dirigeants sociaux. Le contrat d'assurance de responsabilité civile des mandataires sociaux est basé sur le principe de l'assurance pour compte. Le souscripteur de la police responsabilité civile des mandataires sociaux demeure la société et les bénéficiaires sont ses dirigeants. Ce schéma repose en réalité sur le mécanisme de la stipulation pour autrui.

47. Contrairement à ce qui précède, le constat est fait qu'en droit de l'OHADA, il n'existe pas d'assurance ayant pour but de prendre en charge la responsabilité civile des dirigeants sociaux. L'instauration d'une telle d'assurance ayant pour objet la responsabilité civile des mandataires sociaux serait fort profitable pour tous, mais surtout pour les victimes. En effet, les victimes font très souvent face à l'insolvabilité des dirigeants sociaux au moment du paiement de leurs indemnités. Cette assurance apparaît comme un moyen de facilitation de la mise en œuvre de la responsabilité civile des dirigeants en ce sens où elle apparaît comme une bouée de

faute commise dans l'exercice de leur fonction, est engagée et en cas de condamnation, à payer des dommages et intérêts.

¹³³ En ce sens, voy., l'Ordonnance royale de 1681 ; également, ROBERT Joseph Pothier, *Traité du contrat d'assurance*, Marseille, Sube et Laporte 1810, n° 64.

¹³¹ D'Helsinki à Lisbonne, Des mises en cause de patrons de plus en plus probables : L'argus, 19 mars 1999, P.28 ; Le dirigeant de plus en plus exposé au risque : L'argus 21 mai 2013.

¹³² Responsabilité civile des mandataires sociaux dit RCMS est un contrat d'assurance qui a pour objet de garantir l'ensemble des dirigeants de droit et de fait lorsque leur responsabilité personnelle suite à une

sauvetage pour les victimes qui sont confrontées à des dirigeants qui n'arrivent pas à s'exécuter. Étant un contrat d'assurance, le contrat RCMS met à la disposition des dirigeants, la couverture de certains frais, ce qui constitue pour les parties une garantie suffisante.

2. Les garanties accordées par le contrat

48. D'emblée, il faut observer que les personnes concernées par cette assurance sont les dirigeants qu'ils soient de droit ou de fait. Le dirigeant de droit est toute personne physique, salariée ou non, investie dans ses fonctions au regard de la loi et des statuts Il pourrait s'agir des administrateurs, gérants, présidents, vice-présidents, trésoriers..., quelle que soit la taille de l'entreprise ou de l'association. Quant au dirigeant de fait, il s'entend de toutes les personnes, salariées ou non, qui ne sont pas investies statutairement d'une fonction de dirigeant mais qui, dans les faits, exercent une activité positive de gestion et de direction en toute souveraineté et indépendance sont considérées comme dirigeants de fait.

49. La police de responsabilité civile des mandataires sociaux¹³⁴ étant une assurance de dommage, elle a vocation à couvrir les pertes pécuniaires liées à une réclamation¹³⁵. Ce type de contrat est souscrit par l'entreprise et non par les dirigeants et mandataires sociaux qui en sont les bénéficiaires¹³⁶. Il existe trois grands types de polices :

- Les polices type « Side A » qui protègent les dirigeants et mandataires sociaux et non les compagnies. Elles accordent une indemnisation aux dirigeants et mandataires dans le cas où la société ne peut les dédommager du fait de la loi, de raisons économiques (la protection requise va au-delà de ce que peut offrir l'entreprise), ou d'insolvabilité.
- Les polices type « Side B » qui protègent les compagnies en les remboursant des sommes qu'elles ont payé aux dirigeants au titre des indemnités pour lesquelles ils ont été condamnés.
- Les polices type « Side C » qui protègent les sociétés en tant qu'entités contre leurs propres fautes. Ce type de couverture est particulièrement utilisé pour protéger l'entreprise cotée en bourse contre les poursuites judiciaires qui pourraient lui être intentées sur les marchés financiers et qui ont un lien avec sa cote. Pour les compagnies non cotées ou les organisations à but non lucratif, cette protection revêt un caractère plus large.

50. L'objet du contrat est de couvrir la responsabilité civile des dirigeants pour les dommages causés aux tiers du fait des fautes commises dans l'exercice de leurs fonctions. Les fautes intentionnelles ne sont pas prises

¹³⁴ Responsabilité civile des mandataires sociaux.

¹³⁵ Déborah HAZOT, *La responsabilité civile des dirigeants*, Mémoire Master, Université Lyon III, 2018-2019, p. 50.

¹³⁶ Atlas Magazine, *L'assurance responsabilité civile des mandataires sociaux (RCMS)* in <https://www.atlas-mag.net/article/lassurance-responsabilite-civile-des-mandataires-sociaux-rcms>

en charge. Seuls deux types de frais sont couverts :

- Les frais de défense : frais d'enquête, frais d'expertise, avocats, ...
- Les frais d'indemnisation : intérêts et principal relatif aux sommes dues par l'assuré aux plaignants¹³⁷. Cette prise en charge sera effective suite à une décision de justice (civile, répressive ou bien administrative), par une sentence arbitrale ou encore par le biais d'une transaction intervenant suite à l'accord écrit de l'assureur.

51. En plus des garanties traditionnelles que donne la police responsabilité civile des mandataires sociaux, elle prévoit également des garanties additionnelles qui sont la garantie frais de prévention, la garantie frais de défense pollution, la garantie frais d'extradition ; les clauses de priorité de règlement, la garantie frais de prévention des entreprises en difficulté, la garantie frais de communication et de reconstitution d'image, la garantie frais d'assistance psychologique, la garantie sanction pécuniaire prononcée par les autorités administratives¹³⁸.

52. Très logiquement, la garantie RCMS va s'appliquer aux réclamations notifiées à l'assuré pendant la période de validité du contrat et pour des faits ou omissions accomplis pendant cette même période. Mais, puisque ce contrat d'assurance est généralement conclu à durée déterminée, de nombreux assureurs permettent son renouvellement par tacite reconduction. De plus, conformément à la formulation

traditionnelle en matière d'assurance de responsabilité civile, la garantie est également acquise aux réclamations présentées pendant la période de validité du contrat, mais que se rapportent à une date antérieure à la date d'effet de celui-ci, à la condition qu'il s'agisse de faits dont l'assuré n'avait pas connaissance au moment de la conclusion du contrat¹³⁹. Un minimum de bonne foi est donc attendu dans les relations précontractuelles de l'assureur, du souscripteur et du bénéficiaire de la garantie, en vertu de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil selon lequel les conventions « doivent être exécutées de bonne foi ». Enfin, malgré l'expiration ou la résiliation du contrat d'assurance, l'assuré bénéficie d'une garantie pour les actes dommageables ayant eu lieu précédemment à condition que la réclamation soit présentée à l'assureur entre la date de prise d'effet de la garantie et un délai subséquent de 5 ans. Cette situation est souvent qualifiée de « garantie subséquente ».

53. Comme, l'on peut le constater le produit de l'assurance responsabilité civile des mandataires sociaux est un produit innovant qui assure au mieux les dirigeants sociaux et protège au mieux les victimes des agissements fautifs dont les actionnaires minoritaires. En cela, sa consécration future en droit de l'OHADA pourrait être salutaire pour l'affinement de la protection des actionnaires minoritaires.

Conclusion

54. En définitive, protéger les minoritaires est sans doute faire l'apologie

¹³⁷ Déborah HAZOT, *op. cit.*, p. 52

¹³⁸ Déborah HAZOT, *op. cit.*, p. 53 et s.

¹³⁹ Mélanie PINTO, L'Assurance responsabilité civile des mandataires sociaux, Mémoire, Université Paris II Panthéon-Assas, mai 2007.

des moyens préventifs des difficultés des sociétés. C'est une nécessité pour la bonne gouvernance des entreprises. À cet égard, il faut féliciter et encourager le législateur de l'OHADA, qui fait preuve de pragmatisme économique, en s'inscrivant dans cette nouvelle dynamique, plus préventive. Cela passe par la mise en place d'un système de protection bien solide, permettant aux associés d'œuvrer pour la bonne gestion des sociétés commerciales et ce, à travers un véritable pouvoir d'intervention dans la vie sociale par la fonction de contrôle des dirigeants sociaux et par l'intervention sur l'autorité des décisions pour contrecarrer efficacement les mesures mises en œuvre sous l'impulsion des majoritaires. Toutefois, ces mécanismes dont l'efficacité reste relative en pratique, pourrait davantage s'affiner par une réforme de la prescription de l'action en responsabilité et l'instauration d'un système d'assurance de responsabilité civile à l'égard des mandataires sociaux.