

Associé minoritaire

2 L'ASSOCIÉ MINORITAIRE DANS LES SOCIÉTÉS RÉGIÉS PAR LE DROIT OHADA

Article rédigé par :

Aude-Marie CARTRON

et

Boris MARTOR,

avocats, Eversheds LLP Paris



Cette étude permet d'appréhender comment les associés minoritaires dans les sociétés régies par le droit OHADA peuvent protéger leurs intérêts et, dans une certaine mesure, organiser un contre-pouvoir puissant.

Certaines notions plus que d'autres permettent d'évaluer le degré de modernité d'une législation. C'est le cas, nous semble-t-il, de l'associé minoritaire en droit des sociétés. La place donnée à l'associé minoritaire témoigne, en effet, du degré de prise en compte de certains principes tels que la bonne gouvernance ou l'égalité entre associés¹.

Il est donc utile d'examiner le statut de l'associé minoritaire dans le régime OHADA afin de déterminer si celui-ci favorise la mise en œuvre des principes de bonne gouvernance et d'égalité des associés au sein des sociétés commerciales.

Garantir une information minimale à tout associé est, en effet, la clé d'une parfaite transparence de la gestion sociale et, *in fine*, la garantie d'une « bonne gouvernance » au sein de la société. Le droit OHADA a su mettre en place un ensemble d'instruments législatifs et procéduraux qui vise à assurer le contrôle de la gestion sociale et le maintien d'un équilibre entre les divers pouvoirs en présence. Pour garantir une telle transparence des actes de gestion, le législateur OHADA s'est inspiré des grands principes du droit français des sociétés, tout en

sachant innover à de nombreux égards et tirer ainsi les conséquences de certaines insuffisances de ce modèle.

Avec l'adoption de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSCGIE), l'associé minoritaire bénéficie de tous les outils nécessaires pour participer activement à la vie politique, économique et sociale de la société et s'imposer comme véritable contre-pouvoir à l'égard, à la fois des dirigeants sociaux mais aussi de ses coassociés.

D'une part, l'AUSCGIE garantit à l'associé minoritaire le droit d'accès à l'information vis-à-vis des dirigeants sociaux, renforcé essentiellement par diverses procédures mises à sa disposition telles que la procédure d'expertise et d'injonction. D'autre part, le droit OHADA offre à l'associé minoritaire divers stratagèmes pour affirmer son autorité décisionnelle face aux autres associés, notamment par la consécration explicite de l'action en abus de majorité, « arme ultime » des minoritaires.

Au-delà de la théorie et de la comparaison juridique, cette étude permet d'appréhender comment les associés minoritaires peuvent protéger leurs intérêts (1) et, dans une certaine mesure, organiser un contre-pouvoir puissant (2).

1. Sur la notion d'égalité entre associés en droit OHADA, V. A. Faye, *L'égalité entre associés (Acte uniforme sur le droit des sociétés et du GIE) : Ohadata D-04-10 ou in Revue Droit écrit, Droit sénégalais n° 2, université des sciences sociales Toulouse 1, juin 2003, p. 9.*

1. Pouvoirs de l'associé minoritaire vis-à-vis des dirigeants sociaux : droit de regard et de contrôle sur la gestion sociale

En droit OHADA, comme en France, la société est dirigée par ses organes de gestion. Les dirigeants sociaux disposent d'importants pouvoirs juridiques et économiques qui sont nécessaires à la poursuite quotidienne des intérêts de l'entreprise. Par rapport à ces derniers, le pouvoir des actionnaires est plus épisodique² mais réel, y compris à l'encontre des dirigeants eux-mêmes.

« L'associé est citoyen de cette cité qu'est la société comme l'affirment certains auteurs, d'où ses prérogatives politiques »³. Ces pouvoirs politiques leur confèrent le droit d'être informés et de prendre part aux décisions stratégiques. L'associé minoritaire jouit de ces droits au même titre que les associés majoritaires.

“ Le droit OHADA met en place un arsenal législatif et procédural visant à maintenir un juste équilibre des rôles entre les organes de direction et l'actionnariat ”

Dans ce cadre, le pouvoir des associés, notamment minoritaires, peut être plus ou moins déterminant selon la place qui lui aura été aménagée contractuellement lors de la rédaction des actes fondamentaux de la société. L'associé minoritaire a toujours la faculté de se réserver, au stade de la rédaction du pacte d'actionnaires et des statuts, un rôle important aussi bien dans la prise des décisions collectives que dans la nomination des dirigeants sociaux. Les associés peuvent décider de soumettre certaines décisions à l'accord préalable du minoritaire par le biais de clauses dites « de contrôle des dirigeants » ou clauses « d'information préalable ». Il est fréquent, ainsi, de voir la nomination du directeur général soumise à la proposition préalable et donc au choix de l'associé minoritaire.

Par ailleurs, le droit OHADA met en place un arsenal législatif et procédural visant à maintenir un juste équilibre des rôles entre les organes de direction et l'actionnariat. Son objectif est en effet d'assurer une bonne gouvernance au sein des sociétés en exigeant une parfaite transparence des activités de gestion sociale et, par la suite, une meilleure transmission aux associés des informations relatives au fonctionnement quotidien et à l'état de santé de la société.

Pour garantir le respect de ce principe, le droit OHADA a pris conscience que l'associé minoritaire devait bénéficier d'un accès complet à l'information sociale (A) et disposer de vérita-

bles moyens de contrôle de l'activité des dirigeants de la société pour pouvoir participer activement et efficacement aux orientations politiques de celle-ci (B).

A. - L'OHADA garantit à l'associé minoritaire son droit d'information malgré certaines imperfections

Les associés sont, en principe, tous égaux. En vertu de l'article 53 de l'AUSCGIE, tout associé a le droit d'assister et, par là même, de voter aux assemblées générales.

Pour garantir une participation active et effective aux décisions collectives, les associés doivent pouvoir être informés facilement des événements de la vie sociale et des choix politiques des dirigeants. Le droit à l'information est un corollaire du droit de l'actionnaire à participer et à voter lors des assemblées générales. À défaut, les pouvoirs de l'actionnaire seraient sinon théoriques, du moins fortement entravés.

“ L'OHADA consacre le droit d'accès à l'information pour tout associé, ne faisant aucune distinction entre associé majoritaire et minoritaire ”

Conscient de cet enjeu, l'OHADA consacre le droit d'accès à l'information pour tout associé, ne faisant aucune distinction entre associé majoritaire et minoritaire dans le processus de communication des documents sociaux. Ces informations peuvent être accessibles, par tous, de façon occasionnelle (1°), notamment au moment des assemblées générales ou bien de façon permanente (2°). Néanmoins, il convient de relever que le droit OHADA n'a pas fait preuve d'un grand modernisme en optant pour le principe de quérabilité des documents sociaux (3°), malgré certaines admissions exceptionnelles de leur portabilité (4°).

1° Information occasionnelle

L'article 525 de l'AUSCGIE relatif à l'assemblée générale ordinaire annuelle offre la possibilité à tout actionnaire sans exception de consulter notamment les états financiers de synthèse, la liste des administrateurs et le rapport des commissaires aux comptes, ainsi que le montant des rémunérations versées aux dirigeants et salariés les mieux rémunérés. Sur ce point, le législateur africain a été inspiré par les règles prévalant en France⁴.

Il est d'autres cas où l'associé peut exercer son droit à l'information avant l'assemblée générale. Ainsi, lors de l'assemblée générale spécialement appelée pour se prononcer sur un projet de fusion ou de scission⁵, tout associé doit pouvoir consulter le projet de fusion en question ainsi que les

2. M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés* : Paris, Litec, 22^e éd., 2009, p. 133.

3. *Op. cit.*, p. 156.

4. L.-D. Muka-Tshibende, *L'information des actionnaires, source d'un contre-pouvoir dans les sociétés anonymes de droit français et du périmètre OHADA* : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2009, p. 272.

5. AUSCGIE, art. 674 et 684.

rapports du conseil d'administration⁶, les états financiers de synthèse et les rapports de gestion de toutes les sociétés concernées par la fusion.

L'associé, même minoritaire, a donc le droit d'être informé et de pouvoir exprimer son point de vue à l'occasion des assemblées générales. C'est à ce titre que le droit OHADA a prévu des règles susceptibles de lui permettre d'être informé de la bonne marche de la société, au moins une fois par an, et d'être tout aussi informé lorsque la société connaît de grands bouleversements tels qu'une fusion ou une scission.

2° Information permanente

En dehors de l'information ponctuelle, d'autres informations portant notamment sur la vie et la santé de la société lui sont accessibles. Aux termes de l'article 526 de l'AUSCGIE, les documents sociaux des trois derniers exercices ainsi que les procès-verbaux des assemblées générales doivent être accessibles à tous, à tout moment.

Cette liste n'est d'ailleurs pas limitative. L'article 526 de l'AUSCGIE prend soin de permettre la consultation « *de tous autres documents, si les statuts le prévoient* ».

L'associé minoritaire est donc libre, au moment de la rédaction des statuts, de se garantir une information plus complète et, par conséquent, une meilleure visibilité des actes de gestion sociale. Il peut notamment exiger la communication des délibérations du conseil d'administration.

“ Le fait d’obliger les associés à devoir se déplacer au siège social pour consulter les documents sociaux constitue une véritable entrave à l’accès à l’information sociale ”

Si l'on constate que l'OHADA a su prendre en compte « l'internationalisation de l'économie » qui exige au moins une information minimale de l'associé minoritaire⁷, il convient de s'interroger sur l'efficacité des modalités d'exercice de ce droit à l'information par l'associé minoritaire. Il apparaît que, sur cet aspect, l'OHADA n'a pas su faire preuve du même modernisme que le droit français ou européen concernant le choix du mode de transmission de l'information. C'est, en effet, la règle de la quérabilité (consultation des documents sociaux au lieu du siège social) qui prévaut dans l'AUSCGIE, malgré certaines exceptions en faveur de la portabilité des documents sociaux (envoi par courrier ou autre mode de télécommunication).

3° Quérabilité de principe dans l'OHADA

La quérabilité est de principe en droit OHADA. En vertu des articles 525 et 526 de l'AUSCGIE, les associés peuvent consul-

ter les documents sociaux au lieu du siège social. Il s'agit là d'une survivance des anciennes règles ayant prévalu en France et dans ses anciennes colonies africaines qui avaient disparues depuis des décennies en France mais n'avaient pas évolué dans les pays africains francophones, hormis le Sénégal et, dans une moindre mesure, la République Démocratique du Congo⁸.

Sur ce point, le législateur OHADA a été conservateur, voire à contre-courant de la réalité économique actuelle en ne faisant pas évoluer les choses. Son raisonnement a été d'appliquer la règle en vigueur dans la majorité des États membres au lieu de chercher le système le plus efficace.

Ce choix de la quérabilité est regrettable puisqu'il conditionne largement l'efficacité, la rapidité et la qualité de la transmission de l'information.

Le fait d'obliger les associés à devoir se déplacer au siège social pour consulter les documents sociaux constitue une véritable entrave à l'accès à l'information sociale. Cela est encore plus vrai en Afrique, compte tenu de certaines lenteurs et difficultés de transport qui subsistent entre les États membres et au sein même des États, ainsi que des éventuelles difficultés de localisation du siège social. Les partenaires étrangers ne résidant pas systématiquement dans l'État du siège social en sont d'autant plus pénalisés. « Dans le contexte africain, cette règle offre aux dirigeants ou aux actionnaires majoritaires la possibilité de soustraire la gestion sociale à quelque velléité de contrôle de l'assemblée ou des minoritaires »⁹. C'est la raison pour laquelle ces dispositions de l'OHADA instituant le principe de la quérabilité sont vivement critiquées, d'une part, parce qu'elles ne sont pas porteuses de modernité et constituent même une régression pour des États comme le Sénégal ou la République Démocratique du Congo, d'autre part, parce qu'elles ont mis fin à une tendance émergente vers la portabilité¹⁰.

Les rédacteurs de l'AUSCGIE ont sans doute considéré préférable d'opter pour la quérabilité au profit de la portabilité pour éviter d'imposer trop de charges aux sociétés ou par défiance à l'égard des moyens de communication qui ne sont pas toujours performants dans les États concernés. Si ces raisons étaient compréhensibles au jour de la rédaction de l'AUSCGIE, il semble quelque peu anachronique de maintenir un tel principe qui, en pratique, nuit à l'effectivité du droit d'information de l'associé minoritaire.

8. L. n° 85-40, 29 juill. 1985 Code des sociétés et du groupement d'intérêt économique (ce texte constituait la quatrième partie du Code des obligations civiles et commerciales (COCC) du Sénégal).

9. *Ibidem*, p. 80.

10. Certains projets de réforme antérieurs à l'OHADA dans certains États prévoyaient de mettre en place la portabilité. C'était le cas au Cameroun (P.-F. Kane Ebanga, *Organisation et fonctionnement des sociétés anonymes du Cameroun dans l'économie moderne (Essai de droit comparé français et camerounais)* : thèse, Nice Spohia-Antopolis, 1993, p. 92). De même, un projet de Code des sociétés de l'Union douanière et économique de l'Afrique centrale (UDEAC) – organisation régionale remplacée aujourd'hui par la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC) – l'envisageait aussi (A.-F. Ngomo, *Le projet de Code des sociétés de l'UDEAC : étude d'une réforme* : thèse, Panthéon-Assas, Paris II, 1989, p. 334 et s.).

6. AUSCGIE, art. 671 et 672.

7. B.-Y. Meuke, *L'information des actionnaires minoritaires dans l'OHADA : réflexions sur l'expertise de gestion* : RTDJA n° 001, oct.-nov.-déc. 2008, p. 29.

Cependant, ce principe de la quérabilité, bien que fermement affirmé, n'en est pas pour autant absolu. Pour certains documents importants, la portabilité est prévue.

4° Portabilité occasionnelle dans l'OHADA

Pour un certain nombre de documents, l'OHADA prévoit de les adresser directement au domicile des associés. Il s'agit de certains documents importants comme l'avis de convocation à une assemblée générale indiquant l'ordre du jour¹¹, le rapport de l'expert de gestion¹², les indications relatives à la société en cas de liquidation¹³ ainsi que l'offre de rachat par la société de ses propres actions¹⁴.

Le législateur africain n'admet donc la portabilité des documents sociaux que de façon très ponctuelle voire marginale. Celle-ci est d'ailleurs parfois facultative et non automatique. Notamment, au terme de l'article 644 de l'AUSCGIE, l'information « peut » être transmise par lettre aux associés.

Certains auteurs ont estimé que les associés pouvaient déroger dans les statuts à cette règle de la quérabilité¹⁵. C'est une solution qui aurait eu l'avantage de la souplesse. Mais c'est une interprétation qui ne semble pas pouvoir être admise par les textes puisque les dispositions de l'AUSCGIE sont d'ordre public, de manière transversale, sauf dans les cas où l'AUSCGIE autorise expressément les associés à substituer ou compléter certaines de ses dispositions¹⁶. D'autres auteurs ont d'ailleurs souligné cette impossibilité de déroger à la règle de la quérabilité dans les statuts d'une société¹⁷.

Par conséquent, malgré certains efforts, le droit OHADA reste en marge de l'évolution des moyens de communication et de transmission de l'information sociale. Il se distingue en cela notablement du droit français qui reconnaît fermement la règle de la portabilité, y compris par les voies modernes de télécommunication¹⁸.

Or, garantir à l'ensemble des associés un droit de regard maximal sur la gestion sociale, c'est favoriser une totale visibilité de l'état de santé financier de la société. Plus encore, pour l'associé minoritaire qui ne participe pas nécessairement à la gestion quotidienne des affaires sociales, le droit d'information est le moyen par excellence de s'imposer face aux dirigeants sociaux. Il s'ensuit donc que, si sur les principes du droit à l'information, le droit OHADA est conforme aux standards actuels, sur les méthodes de cet accès à l'information, il est en

retrait. Il est à souhaiter que des réformes faisant évoluer cette réglementation soient conduites.

Toutefois, conscient de l'enjeu de doter l'associé minoritaire de droits lui permettant de faire face aux dirigeants sociaux, le droit OHADA renforce le droit d'information de l'associé minoritaire par le biais d'une série de procédures mises à sa disposition.

B. - L'information de l'associé minoritaire renforcée : instruments de contrôle et de sanction de la gestion sociale

Pour renforcer le droit de consultation directe des documents sociaux, l'AUSCGIE a fait preuve de modernité, voire, à certains égards, de créativité, en introduisant dans l'espace OHADA une série de procédures permettant aux associés, y compris minoritaires, de s'assurer de la « bonne gouvernance » de la société.

1° Procédure d'injonction

Il ne peut être refusé aux associés minoritaires la possibilité de consulter les documents prévus aux articles 525 et 526 de l'AUSCGIE. Aux termes de l'article 528 de l'AUSCGIE, tout associé, sans distinction, peut obtenir devant le juge des référés la communication forcée de certains documents sociaux en cas de refus des dirigeants sociaux. La même procédure est prévue en droit français ; en effet, selon l'article L. 238-1 du Code de commerce le référé-injonction peut être utilisé pour obliger les dirigeants à mettre en œuvre leurs obligations d'information des associés.

En droit OHADA, cette procédure judiciaire, essentiellement ouverte en période d'assemblée, n'est justifiée que par un refus, et non un simple retard, dans la communication d'un document social par les dirigeants sociaux. L'article 528 de l'AUSCGIE dispose que « si la société refuse de communiquer tout ou partie des documents visés aux articles 525 et 526 du présent Acte uniforme, il est statué sur ce refus, à la demande de l'actionnaire, par le président de la juridiction compétente statuant à bref délai ». Le législateur OHADA adopte en cela une position plus restrictive que le droit français qui a évolué sur ce point depuis 2001. La loi NRE¹⁹ a abrogé l'article L. 225-119 qui exigeait expressément un refus de communiquer les documents et a introduit l'article L. 238-1. Cet article ne mentionne plus le terme de refus, il prévoit seulement que les associés peuvent demander un référé d'injonction lorsqu'ils ne peuvent pas obtenir les documents en cause. Cette rédaction de l'article L. 238-1 du Code de commerce français élargit la gamme des possibilités au lieu de la limiter au seul refus expressément formulé.

Le droit OHADA est donc sur ce point moins favorable aux associés. Cependant, en pratique, on peut se demander si cela opère une grande différence. Il ne faut pas oublier que si la portabilité est de mise en droit français, c'est le principe de quérabilité qui prévaut en droit OHADA. Certes, il y a une

11. AUSCGIE, art. 518.

12. AUSCGIE, art. 160.

13. AUSCGIE, art. 266.

14. AUSCGIE, art. 644.

15. O. Sambe, M.-I. Diallo, *Guide pratique des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (GIE) OHADA : éditions comptables et juridiques, Dakar, 1998, p. 141.*

16. AUSCGIE, art. 2.

17. A. Fénéon, *La mésentente entre associés dans les sociétés anonymes OHADA. Prévention et mode de règlement* : Recueil Penant, n° 848, 2004, p. 265 et s. ; L.-D. Muka-Tshibende, *op. cit.*, p. 78.

18. Le droit français consacre la portabilité depuis l'ordonnance du 4 février 1959 et encore récemment par le décret du 3 mai 2004 qui innove en admettant la transmission de certains documents par les voies modernes de télécommunication.

19. L. n° 2001-420, 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques : JO 16 mai 2001, p. 7776.

grande contrainte dans la quérabilité consistant dans le déplacement de l'associé au siège social afin d'obtenir les informations auxquelles il a droit. Mais cela a un avantage qui est que tous les documents sont en principe disponibles au siège social. Par conséquent, il y a d'autant moins de raisons que l'associé ne puisse pas consulter les documents prévus aux articles 525 et 526 lorsqu'il se rend au siège social. En outre, la société n'a pas de démarches particulières à faire ni de dépenses à effectuer pour satisfaire cette obligation d'information. Dans un tel cadre, on peut estimer qu'un refus exprès de mettre à disposition de l'associé minoritaire les documents que l'AUSCGIE lui donne le droit de consulter, doit être rare car constituant une violation flagrante des textes OHADA.

À l'opposé, la portabilité, bien que plus avantageuse et moins coûteuse pour l'associé minoritaire, peut induire de temps à autres quelques effets négatifs sur le droit à l'information. Il suffit que les dirigeants, sans vouloir porter atteinte au droit de l'information des associés, ne soient pas diligents pour que la procédure d'injonction trouve à s'appliquer.

Par ailleurs, il faut noter que, lorsque le juge fait droit à la demande d'injonction, la sanction est prononcée contre la société elle-même et non contre ses dirigeants, ce qui constitue une autre différence avec le droit français, susceptible de déboucher sur une certaine immunité des dirigeants sociaux.

Notons pour finir que l'efficacité de la procédure d'injonction est quelque peu limitée par son caractère de « référé », puisqu'il revient à chaque législateur national de déterminer le juge de l'urgence compétent. Il s'ensuit, d'une part, que l'efficacité de cette procédure dépendra en grande partie de la réglementation nationale des États membres de l'OHADA et, d'autre part, que sa mise en œuvre pourra se révéler singulièrement différente d'un État à un autre, même s'il faut observer que les États membres de l'OHADA étant tous d'anciennes colonies françaises, ils ont quasiment tous mis en place une procédure de référé similaire à celle du droit français.

2° Procédure d'alerte

L'exercice des droits politiques de l'associé minoritaire implique qu'il puisse obtenir les informations de manière directe en interpellant les organes de direction lorsqu'il lui apparaît que la bonne marche de la société est en jeu. Ainsi, au titre des articles 158 et 526, alinéa 3 de l'AUSCGIE, relatifs à la SA, et de l'article 157 de l'AUSCGIE applicable aux autres sociétés, l'associé, même minoritaire, a la faculté de poser des questions aux dirigeants sociaux sur des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation.

C'est une procédure qui existe certes en droit français mais qui est beaucoup plus large en droit OHADA. Aux termes de l'article L. 225-232 du Code de commerce français, cette procédure n'est ouverte qu'aux actionnaires détenant au moins 5 % du capital social. Le droit OHADA n'impose pas la réalisation d'une telle condition. La procédure est ouverte à « tout actionnaire », ce qui est une véritable innovation du droit OHADA par rapport au droit français. Ce dispositif est important pour les associés minoritaires qui se seraient trouvés exclus du bénéfice de ce droit si l'on avait institué des seuils comme en France.

En octroyant ce droit à tous les associés quel que soit leur pourcentage dans la société, le droit OHADA a nettement renforcé le pouvoir des associés minoritaires²⁰.

L'ouverture de cette procédure non judiciaire n'est possible qu'en présence de « faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation ». Par ailleurs, les associés ne peuvent user de cette prérogative que deux fois au cours du même exercice social. En pratique, dans les SA, les questions sont posées au président-directeur général, au président du conseil d'administration ou à l'administrateur général. La réponse est rendue dans un délai d'un mois, par écrit, dont une copie est adressée au commissaire aux comptes le cas échéant.

Cette faculté donnée aux associés constitue une véritable innovation pour la plupart des États membres qui méconnaissent cette procédure d'alerte avant 1998. L'apport que constitue le droit d'alerte peut être mesuré à l'aune de la législation des États africains qui ne sont pas membres de l'OHADA et qui ne bénéficient pas d'un tel arsenal législatif. C'est par exemple le cas de la République Démocratique du Congo²¹. Dans un tel contexte, on peut estimer que la législation OHADA, par le biais de la procédure d'alerte, confère à l'associé minoritaire de réels pouvoirs qu'il n'aurait pas sous les régimes juridiques d'autres États voisins.

3° Procédure d'expertise de gestion

Cette procédure constitue l'une des innovations les plus significatives du droit OHADA. Son introduction dans le corpus juridique des États membres de l'OHADA participe à cette modernisation du droit nécessaire dans le contexte de la mondialisation et vient considérablement renforcer les droits des associés.

Aux termes des articles 159 et 160 de l'AUSCGIE (repris en partie des articles L. 225-231 et L. 223-37 du Code de commerce français), les associés peuvent « demander au président de la juridiction compétente du siège social, la désignation d'un ou de plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion ».

Là encore, le législateur OHADA est allé plus loin que le droit français. La procédure judiciaire d'expertise est ouverte dans tout type de sociétés en droit OHADA²², alors qu'en France, elle n'est possible que dans les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée. D'une manière générale, les associés, notamment les associés minoritaires, semblent donc être mieux pris en compte par le droit OHADA.

Cependant, sur certains points, l'OHADA se révèle plus contraignant que la législation française. D'une part, la procédure d'expertise de gestion est réservée aux seuls associés

20. M. Leckerf, *OHADA, la procédure d'alerte : un nouveau moyen de prévention des difficultés des entreprises*, in *Afrique, Harmonisation du droit des affaires OHADA* : CJFE/CFCE, n° 2, 1998, p. 325 et s., spéc. p. 331.

21. U. Lelo-Di-Makungu, *La capitalisation du groupement d'intérêt économique de l'OHADA par la République Démocratique du Congo* : http://www.memoireonline.com/10/07/666/m_capitalisation-groupement-interet-economique-ohada-rdc0.html ; R. Masamba Makela, *Modalités d'adhésion de la RDC au traité de l'OHADA : rapport final* : Kinshasa, 4 févr. 2005, p. 10.

22. À la différence du droit français qui la prévoit uniquement dans les SA et SARL.

détenant au moins 20 % du capital de la société alors qu'en France il suffit de détenir 5 % du capital social dans les sociétés anonymes et 10 % dans les sociétés à responsabilité limitée²³. On peut dès lors parler de minorité « qualifiée ». D'autre part, cette prérogative est réservée uniquement aux associés, alors qu'elle est ouverte en droit français au Ministère public, au comité d'entreprise ou à l'Autorité des marchés financiers.

S'agissant de la procédure proprement dite, l'AUSCGIE ne subordonne pas son ouverture, contrairement au droit français, à l'accomplissement de la formalité préalable de question écrite aux dirigeants sur l'opération concernée.

L'associé ou les associés peuvent directement saisir le juge. Dès lors que la condition exigée de détenir 20 % du capital est respectée, la demande est recevable. Toutefois, l'expertise doit, en pratique, porter sur une ou plusieurs opérations en particulier²⁴ et non sur « l'ensemble de la gestion », ni sur les décisions prises en assemblée générale.

Cette procédure d'expertise de gestion constitue une innovation importante du droit OHADA en matière de contrôle de la gestion sociale car, absente de la plupart des législations nationales antérieures²⁵, son efficacité est néanmoins limitée du fait de l'exigence d'une participation de 20 %²⁶. Les associés minoritaires s'en emparent néanmoins de plus en plus en Afrique et l'on voit donc émerger un contentieux sur l'expertise de gestion notamment sur sa mise en œuvre.

Enfin, il convient de relever que le droit OHADA ne précise pas selon quelle procédure l'expertise de gestion doit être mise en œuvre²⁷. L'article 159 de l'AUSCGIE dispose que la demande doit être faite au « président de la juridiction compétente du siège social ». Cependant, certains auteurs analysent la formulation de cet article – la compétence attribuée au président de la juridiction – comme autorisant la mise en œuvre de la procédure²⁸.

Néanmoins, l'absence de précision de l'article 159 de l'AUSCGIE a suscité une jurisprudence hésitante qui semble progressivement se stabiliser. Il ressort en effet de la jurisprudence que l'expertise de gestion n'est pas, par principe, une procédure d'urgence mais qu'elle peut l'être. Le juge des référés au Sénégal s'est d'ailleurs déclaré incompétent pour la désignation d'une expertise de gestion en l'absence d'urgence ou de péril. Le juge soulignait que sa compétence de principe n'était pas retenue par l'article 159 de l'AUSCGIE et que le Code de procédure civile sénégalais exige l'urgence ou le péril pour

mettre en œuvre une procédure d'urgence²⁹. Une décision de la cour d'appel de Cotonou confirme cette interprétation, le juge des référés saisi pour une expertise de gestion y répond à bon droit dès lors que l'urgence est constituée³⁰.

L'examen des décisions les plus récentes prises par les juridictions africaines en matière d'expertise de gestion laisse entrevoir une tendance allant dans le sens de la compétence du juge des référés.³¹

4° Action en responsabilité des dirigeants sociaux

Il existe une dernière catégorie d'actions dont dispose l'actionnaire minoritaire : il s'agit d'un pouvoir de sanction vis-à-vis des dirigeants sociaux à travers deux types d'actions assez classiques :

– **l'action individuelle** : en vertu des articles 161 à 164 de l'AUSCGIE, tout associé, sans distinction, peut introduire une procédure judiciaire à l'encontre des dirigeants sociaux visant à engager leur responsabilité vis-à-vis de tout associé ; il faut pour cela rapporter la preuve d'un préjudice personnel, distinct de celui subi par la société ;

– **l'action sociale** : au titre des articles 165 à 172 de l'AUSCGIE, les associés peuvent, collectivement ou individuellement, engager une procédure judiciaire à l'encontre des dirigeants sociaux. Cette action vise à engager la responsabilité individuelle ou solidaire du directeur général à l'égard de la société elle-même. Elle est toutefois réservée aux actionnaires représentant au moins 5 % du capital social dans la SA³² et aux associés détenant au moins 25 % des parts sociales dans la SARL³³.

L'associé minoritaire bénéficie donc de divers instruments pour faire respecter son droit de regard sur la politique sociale et garantir ainsi une meilleure visibilité de la qualité et de la régularité de la gestion sociale. En effet, la parfaite et continue information de l'associé minoritaire détermine son aptitude à surveiller les actes de gestion sociale et sa capacité à participer activement à la vie politique, économique et sociale de la société.

Il n'en demeure pas moins que le moyen le plus efficace pour l'associé minoritaire de s'assurer un droit de regard sur la gestion sociale est de prévoir dans les statuts la nomination des dirigeants sur sa proposition et de veiller, par la suite, à leur maintien aux postes concernés.

Par ailleurs, la garantie d'une bonne gouvernance suppose également que l'associé minoritaire bénéficie d'une certaine autorité vis-à-vis de ses coassociés. Dans cette perspective, le droit OHADA participe à la protection de l'associé minoritaire par le réajustement des pouvoirs dans l'entreprise et le rééquilibrage des rapports de force entre associés.

23. Condition non exigée pour une expertise préventive : CPC, art. 145.

24. C'est-à-dire les conventions autorisées par le conseil d'administration, les cautions, les avals et garanties souscrits par la société pour des engagements pris par des tiers, ou autres contrats signés au nom de la société par les dirigeants.

25. B.-Y. Meuke, *L'information des actionnaires minoritaires dans l'OHADA : réflexion sur l'expertise de gestion in Ohadata D-05-56* ; V. aussi B.-Y. Meuke, *La notion d'opération de gestion au sens de l'article 159 de l'AUSCGIE de l'OHADA : réflexion à la lumière du droit français in Ohadata D-05-57*.

26. La cour d'appel d'Abidjan a refusé notamment la nomination d'expert de gestion à un actionnaire ne détenant que 8 % du capital social, V. CA Abidjan, 5^e ch. civ., 2 janv. 2001, n° 10, aff. polyclinique Avicennes c/ M. Bassit Assad.

27. À l'instar du droit français qui prévoit que l'expertise de gestion doit être invoquée par le biais du référé.

28. L.-D. Muka-Tshibende, *op. cit.*, p. 145.

29. Tribunal régional hors classe de Dakar, ordonnance de référé du 9 août 1999, Ohadata J-02-198.

30. CA Cotonou, 17 août 2000, n° 256/2000, aff. Sté continentale des pétroles et d'investissements, M. Séfou Fagbohoun Sonacop, M. Cyr Koty, M. Mounirou Omichessan c/État béninois, Ohadata J-06-101.

31. V. <http://www.ohada.com/jurisprudence.php>

32. AUSCGIE, art. 741.

33. AUSCGIE, art. 331.

2. Pouvoirs de l'associé minoritaire vis-à-vis de ses coassociés : autorité décisionnelle et moyens de défense contre la majorité

L'une des priorités du droit OHADA est de garantir le respect de l'intérêt social³⁴, entendu comme l'intérêt des associés dans leur ensemble, dont les minoritaires. L'alinéa 2 de l'article 4 de l'AUSCGIE dispose ainsi que « la société doit être créée dans l'intérêt commun des associés ».

L'AUSCGIE fait d'ailleurs expressément et à plusieurs reprises référence à « l'égalité des associés », notamment pour les décisions de réduction du capital social qui ne peuvent nuire à l'égalité des associés³⁵. De même, le commissaire aux comptes se voit confier la mission de s'assurer que cette égalité est bien respectée et « notamment que toutes les actions d'une même catégorie bénéficient des mêmes droits »³⁶.

Pour assurer au quotidien la représentation et la défense de cet intérêt social, le droit OHADA met en place une série de dispositions garantissant l'autorité de décision de l'associé minoritaire (A) et la possibilité de recourir au pouvoir judiciaire pour sanctionner un éventuel abus de la majorité (B).

Par conséquent, l'associé minoritaire n'aura pas automatiquement l'étiquette du « faible » vis-à-vis des autres associés. Bien au contraire, en disposant de nombreuses opportunités pour agir en cas de difficulté, l'associé minoritaire pourra s'affirmer en tant que véritable moteur de la société. Ce qui s'illustre, en pratique, par le fait que les structures d'investissements en Afrique soient généralement portées par « l'associé investisseur », la plupart du temps étranger, qui est celui qui apporte les moyens techniques et industriels, autrement dit « le capital technique ». Cet associé investisseur, quand bien même minoritaire en terme de parts sociales, est ainsi en mesure de faire valoir ses choix et ses intérêts face aux autres associés pour conserver la main mise sur le projet social.

A. - Une domination a priori de la majorité contrebalancée par le pouvoir décisionnel de l'associé minoritaire

Le maintien d'un principe de vote à la majorité est nécessaire au bon fonctionnement et à la stabilité du gouvernement des sociétés. À première vue, c'est donc la règle de la majorité qui prime en droit OHADA, comme en droit français, pour la prise de décisions au sein des sociétés³⁷.

La règle de la majorité connaît néanmoins des nuances. D'une part, la poursuite de l'intérêt social doit toujours sous-tendre le vote de la majorité. D'autre part, le droit OHADA

impose la règle de l'unanimité pour certaines décisions, notamment pour l'augmentation de capital par majoration du montant nominal des actions³⁸.

Surtout, il offre au minoritaire deux moyens essentiels pour s'assurer une place de choix au sein de la société : le droit de participer aux assemblées générales (1°) et la possibilité d'obtenir le renforcement des règles de majorité et de *quorum*, par le biais des pactes d'actionnaires et des statuts (2°).

1° Droit de participation du minoritaire aux assemblées générales

Il convient de rappeler qu'au nom de l'*affectio societatis*, tout associé bénéficie des droits politiques de participation aux décisions collectives. Bien qu'aux termes de l'article 129 de l'AUSCGIE les droits de vote soient proportionnels à la participation au capital³⁹, l'OHADA garantit une certaine séparation et répartition des pouvoirs.

L'article 125 de l'AUSCGIE dispose en effet que « sauf disposition contraire du présent Acte uniforme, tout associé a le droit de participer aux décisions collectives. Toute clause statutaire contraire est réputée non écrite ».

Par conséquent, aucune limitation de voix ne peut être opposée au minoritaire pour la participation aux assemblées générales extraordinaires⁴⁰. En revanche, pour les assemblées générales ordinaires, les statuts peuvent exiger, dans certaines limites, un nombre minimal d'actions⁴¹. Mais ce tempérament à la présence des associés minoritaires aux assemblées générales est fortement encadré, le nombre d'actions exigé ne pouvant dépasser dix. Par ailleurs, les minoritaires ayant moins de dix actions peuvent se regrouper pour atteindre la limite mise en place par les statuts et se faire représenter par l'un d'entre eux⁴².

“ Le minoritaire doit (...) rester vigilant lors de la rédaction des statuts pour ne pas diminuer ses chances de participer à la vie politique de la société ”

D'un autre côté, les assemblées générales constituent des instances importantes de la société et les articles 546 et suivants de l'AUSCGIE leur confère d'importantes attributions. Par conséquent, il semble judicieux que les statuts de la société aménagent la composition des assemblées générales de sorte à ne pas porter atteinte aux conditions nécessaires à la sérénité et la diffusion des informations essentielles de la société aux associés. L'article 548 de l'AUSCGIE a trouvé un juste équilibre

34. B.-Y. Meuke, *De l'intérêt social dans l'AUSC de l'OHADA : Ohadata D-06-24*.

35. AUSCGIE, art. 366 et 628.

36. AUSCGIE, art. 714.

37. Pour l'assemblée générale ordinaire (AUSCGIE, art. 550) : majorité simple et *quorum* d'un quart. – Pour l'assemblée générale extraordinaire (AUSCGIE, art. 554) : majorité qualifiée, soit deux tiers des voix exprimées et *quorum* d'un demi. V. notamment la majorité qualifiée exigée pour la modification des statuts : dans la SARL, trois quarts du capital (AUSCGIE, art. 358) et dans la société anonyme, deux tiers des voix exprimées (AUSCGIE, art. 554).

38. AUSCGIE, art. 562, al. 3.

39. A. Faye, *L'égalité entre associés in Ohadata D-04-10 ou in Droit écrit n° 2, Droit Sénégalais, Université des sciences sociales-Toulouse 1*, p. 9.

40. AUSCGIE, art. 552.

41. AUSCGIE, art. 548.

42. AUSCGIE, art. 548.

entre toutes ces exigences en fixant un seuil maximal raisonnable du nombre d'actions devant être détenu par un associé afin d'y participer.

Néanmoins, le minoritaire doit, là encore, rester vigilant lors de la rédaction des statuts pour ne pas diminuer ses chances de participer à la vie politique de la société.

En pratique, les limitations au droit de participation aux assemblées générales restent exceptionnelles et strictement encadrées. D'autant plus que l'article 53 de l'AUSCGIE interdit la création des actions sans droit de vote (malgré la possibilité de créer des actions à droit de vote double dans certaines circonstances)⁴³. Il est toutefois possible d'aménager ou de limiter le droit de vote.

L'article 892 de l'AUSCGIE sanctionne par ailleurs pénalement ceux qui auront volontairement empêché un associé de participer à une assemblée.

2° Liberté du minoritaire d'exiger l'unanimité dans les statuts et les pactes d'actionnaires

En pratique, et afin de s'assurer une place de choix, le minoritaire devra participer activement à la construction du projet social et par là même à la rédaction du pacte d'actionnaire et des statuts. Cette période est d'une importance capitale car ce qui s'y décide déterminera l'exercice des droits politiques des associés minoritaires.

Aussi est-il bon de rappeler l'utilité pour lui de se rendre aux assemblées générales et d'essayer de faire en sorte que le fonctionnement de la société ne soit pas défini d'une manière réduisant le rôle des associés minoritaires à sa portion congrue.

Le droit OHADA laisse en effet la liberté aux associés de décider des modes d'adoption des décisions collectives. Dans la plupart des cas, les partenaires peuvent ainsi décider conjointement dans les statuts d'augmenter ou renforcer la majorité ainsi que le *quorum*⁴⁴.

L'associé minoritaire peut notamment se réserver une véritable autorité décisionnelle en exigeant l'unanimité pour certaines décisions en assemblée générale : toute décision soumise à l'unanimité ne pourra être prise sans son accord préalable.

Il s'agit de situations fréquentes par exemple dans le cadre d'opérations de type « *private equity* » où les investisseurs financiers organisent leurs pouvoirs de manière étroite pour contrôler la gestion de la société, ses dirigeants et le développement économique. L'objectif est ainsi d'instaurer les bases solides pour une coopération étroite entre les partenaires sociaux.

À ce titre, les pactes extra statutaires et statutaires constituent un véritable bouclier contre d'éventuels abus de la part des associés majoritaires.

Par conséquent, l'associé minoritaire est libre de tempérer la règle de la majorité pour se réserver une position de force dans la prise des décisions sociales, voire même d'imposer dans certaines limites, une autorité de « blocage » vis-à-vis de ses coassociés.

B. - Conflits d'intérêts : l'équilibre à trouver entre abus de majorité et abus de minorité

Les distorsions au sein de la société ne se limitent pas aux questions de bonne gestion des dirigeants sociaux. Elles sont fréquemment liées aux décisions prises en assemblées générales. Or, quand les partenaires sociaux ne parviennent pas à se mettre d'accord sur la défense de l'intérêt social et que les majoritaires tentent d'imposer leur choix de politique sociale, il est utile de pouvoir se retourner vers l'autorité judiciaire.

“ Le droit OHADA a fait preuve de modernisme en codifiant deux grands principes protecteurs de l'intérêt social : l'abus de majorité et l'abus de minorité ”

Conscient de cet enjeu, le droit OHADA a fait preuve de modernisme en codifiant deux grands principes protecteurs de l'intérêt social : l'abus de majorité et l'abus de minorité. À cet égard, les apports du droit OHADA, par rapport aux législations africaines antérieures et au droit français lui-même, sont majeurs⁴⁵.

1° L'OHADA innove en codifiant l'abus de majorité

L'article 130 de l'AUSCGIE sanctionne l'abus de majorité, qu'il définit expressément : « *Il y a abus de majorité lorsque les associés majoritaires ont voté une décision dans leur seul intérêt, contrairement aux intérêts des associés minoritaires, et que cette décision ne puisse être justifiée par l'intérêt de la société* ».

L'OHADA apporte une innovation majeure en donnant une définition légale de l'abus de majorité. La définition de l'article 130 de l'AUSCGIE caractérise l'abus de majorité par le recours à deux critères cumulatifs de la façon suivante : il faut que les associés majoritaires aient voté une décision qui soit d'abord contraire aux intérêts des minoritaires (i), mais ensuite contraire à l'intérêt de la société (ii). Cette exigence de vérifier la contradiction entre ces différents intérêts peut rendre l'abus de majorité difficile à déterminer⁴⁶. En cas de litige porté devant le juge, celui-ci devra déterminer l'intérêt de la société pour caractériser un éventuel abus de majorité.

L'alinéa 2 de l'article 4 dispose que « *la société commerciale doit être créée dans l'intérêt commun des associés* ». Cette définition ne nous semble pas suffire à déterminer l'intérêt de la société qui nous paraît plus large et moins immédiate⁴⁷.

Cependant, cette latitude du juge pour déterminer l'intérêt social qui découle de l'absence de définition dans l'AUSCGIE

45. A. Fénéon, *Les droits des actionnaires minoritaires dans les sociétés commerciales de l'espace OHADA* : Penant, n° 839, p. 153 ; *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes* : *Les Afriques*, n° 5.

46. B.-Y. Meuke, *De l'intérêt social dans l'AUSC de l'OHADA in Ohadata D-06-24*.

47. Sur les différentes conceptions de l'intérêt social, V. M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, préc., p. 184-185.

43. AUSCGIE, art. 544.

44. AUSCGIE, art. 302.

est plutôt intéressante. Elle devrait permettre au juge de la zone OHADA d'apporter sa contribution à la définition de l'abus de majorité, dans un cadre précis qui aura été fixé par l'AUSCGIE.

Les conséquences de cet abus de la part des majoritaires sont lourdes. Aux termes de l'article 130 de l'AUSCGIE, la sanction est double : d'une part, la nullité de la décision « abusive » et, d'autre part, peut être engagée la responsabilité personnelle des associés majoritaires qui l'ont votée.

Il appartient dès lors au juge de sanctionner l'associé majoritaire pour la prise d'une décision considérée comme abusive et donc nuisible à l'intérêt social. À cet égard, les jurisprudences des cours nationales des États membres sont encore très rares et la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) ne s'est pas, à notre connaissance, prononcée à ce jour.

Relativement à la détermination de l'abus de majorité par le juge, une décision du tribunal régional de Niamey⁴⁸ intervenue sur ce sujet nous semble devoir être relevée. Cette dernière écarte l'abus de majorité au motif que le minoritaire ne rapporte ni la preuve d'une faute de gestion du gérant, ni de la fausseté des comptes des associés, et encore moins la preuve que l'intérêt social ait été méconnu ou que les résolutions visées aient été inspirées pour favoriser un groupe d'associés au détriment de l'autre. D'autant plus qu'un rapport d'expertise avait confirmé l'état des comptes des associés et révélé que la société avait un important besoin de financement en capitaux. Les décisions prises par les majoritaires apparaissaient dès lors comme justifiées et non entachées d'abus de majorité. Le tribunal ajoute même que le minoritaire, demandeur à la procédure, avait fait valoir son droit d'associé en s'abstenant de voter.

Cette interprétation semble ainsi assez stricte, voire restrictive. Les deux premiers éléments mentionnés pour rejeter l'abus de majorité vont au-delà de ce que prévoit l'AUSCGIE. En principe, l'abus de majorité tel qu'il ressort de l'article 130 de l'AUSCGIE n'exige nullement une faute de gestion ou une fausseté des comptes pour être constitué.

Par ailleurs, on ne voit pas l'intérêt d'une telle interprétation de l'abus de majorité, la faute de gestion ou la fausseté des comptes pouvant être, de toute façon, sanctionnée par d'autres dispositions. Il serait bon que les deux éléments retenus par les textes soient les seuls à être pris en considération par le juge. L'abus de majorité doit s'analyser comme un détournement de pouvoir et non comme une faute de gestion.

Il faudra attendre que le contentieux se développe autour de cette notion pour voir son contour jurisprudentiel se stabiliser. Mais, il n'en demeure pas moins que le droit OHADA innove véritablement en codifiant l'action en abus de majorité. En

France, son admission est encore purement jurisprudentielle et doctrinale⁴⁹.

2° Une innovation complète avec la codification de l'abus de minorité

L'OHADA va plus loin dans la lutte contre l'abus de droit. Toujours dans un souci de bonne répartition des pouvoirs entre les associés, le législateur OHADA codifie l'abus de minorité à l'article 131 de l'AUSCGIE : « *Il y a abus de minorité lorsque, en exerçant leur vote, les associés minoritaires s'opposent à ce que des décisions soient prises, alors qu'elles sont nécessitées par l'intérêt de la société et qu'ils ne peuvent justifier d'un intérêt légitime* ».

C'est en quelque sorte la sanction d'un usage négatif par le minoritaire de ses prérogatives politiques, qui porte une atteinte injustifiée à l'intérêt social. Sur le principe, il semble opportun de codifier l'abus de minorité, les associés qu'ils soient minoritaires ou majoritaires ne devant pas nuire par leur comportement à l'intérêt de la société. Néanmoins, il est en pratique parfois difficile de distinguer entre l'opposition légitime des minoritaires et leur opposition parfois opiniâtre dans l'exercice du droit de vote. Là aussi, le rôle du juge dans la détermination des contours de cette notion sera essentiel.

Conclusion

En conséquence, le droit OHADA donne tous les moyens à l'associé minoritaire pour se positionner comme acteur dynamique de la vie politique, économique et sociale des sociétés. Le minoritaire a ainsi vocation à incarner le point d'équilibre au sein de la société en exerçant son pouvoir modérateur vis-à-vis des associés et des dirigeants sociaux. Or, c'est en imposant son autorité politique (voire même, son autorité technique), que l'associé minoritaire participe activement à la bonne gouvernance de la société et plus globalement, à la défense de l'intérêt social et ce, dès les premiers pas de la société, au moment même de la conclusion de statuts ou pactes d'actionnaires qui ont vocation à établir les bases solides d'une bonne coopération entre les différents acteurs de la société. Les pactes extra statutaires sont en effet l'occasion pour le minoritaire de définir précisément l'étendue des pouvoirs de l'équipe dirigeante et solutionner ainsi d'éventuels rapports de forces à l'avenir. Pour ce qui est de l'interprétation jurisprudentielle de ces dispositions, les décisions de la CCJA et des cours nationales restent, à ce jour, peu nombreuses sur le sujet. Il faut donc encore patienter pour connaître le sort ainsi réservé en pratique à la protection du statut du minoritaire dans l'OHADA.

48. T. Niamey, 26 mars 2003, n° 96, aff. *Abass Hammoud c/ J.-Cl Lecour* : *Ohadata* J-02-198.

49. L'abus de majorité est défini pour la première fois dans la jurisprudence française par un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 18 avril 1961. Aux termes de cet arrêt, est abusive la décision prise « contrairement à l'intérêt général et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité, au détriment de la minorité ». C'est par conséquent la transposition de la théorie civiliste de l'abus de droit, V. notamment D. Tricot, *Abus de droit dans les sociétés : abus de majorité et abus de minorité* : *RTD com.* 1994, p. 617.