

L'éthique en droit OHADA. Étude à la lumière de l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Économique (AUSCGIE).

TIETSIA T. Dhuamel, CHOUDJEM Mathias M.

« C'est dans la conjugaison de la sécurité et de la justice, de la technique et de l'éthique que le droit des affaires cherche son équilibre et prendra sa physionomie définitive. Ou qu'il se perdra »¹.

Cette affirmation montre à suffisance l'importance de l'éthique dans le droit des affaires contemporain. Bien plus, l'auteur se veut péremptoire : le droit des affaires qui n'intègre pas les considérations éthiques est voué à la perte. Cependant, la notion d'éthique elle-même reste difficile à cerner.

Étymologiquement, le terme éthique vient du latin « *ethica* » qui signifie ce qui est relatif aux mœurs. Il peut avoir au moins deux acceptions. C'est d'une part, une partie de la philosophie qui étudie les fondements des mœurs et de la morale ; c'est d'autre part un ensemble de règles de conduite propre à une société ou à un groupe, on parlera dans ce dernier cas par exemple de l'éthique professionnelle². Mais au-delà de toute cette multitude de définitions, on peut tout de même essayer de dégager une constance : c'est que l'éthique oriente la conduite de l'Être humain vers la recherche de ce qui est bien, ce qui est correct, pour une société saine et conviviale. Cette conception se rapproche fort bien de celle retenue par le Vocabulaire juridique selon lequel l'éthique est un ensemble de principes et valeurs guidant des comportements sociaux et professionnels, et inspirant des règles déontologiques ou juridiques³. On comprend alors que même si elle peut inspirer la déontologie, l'éthique ne se confond pas à celle-ci. En effet, la déontologie renvoie à l'ensemble des devoirs inhérents à l'exercice d'une activité professionnelle libérale et est le plus souvent définie par un ordre professionnel⁴ alors que l'éthique se veut plus transversale.

Ce caractère transversal de l'éthique justifie qu'elle soit une préoccupation contemporaine de plusieurs disciplines⁵. On se rend alors compte que l'éthique innerve plusieurs disciplines, qu'il s'agisse des disciplines juridiques ou non. Il est donc évident que cette intégration de l'éthique dans diverses

¹ DIENER (P.), « Éthique et droit des affaires », *D.* 1993.chr.17, par. 2. Cité par BADJI (P. S. A), « Réflexion sur l'attractivité du droit OHADA », *B. D. E.*, n°2, 2014, p. 58.

² Voir pour ces diverses définitions le petit Larousse illustré, 1992, p. 402.

³ CORNU (G.), (Dir), *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, Paris, PUF, 2011, p. 419.

⁴ CORNU (G.), (Dir), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 325.

⁵ Pour s'en convaincre, il suffit simplement de se rendre compte de l'émergence de la bioéthique comme une véritable discipline de philosophie, de l'intégration de l'éthique dans la gestion saine de l'État à travers les divers mécanismes de lutte contre la corruption, ou encore de la prééminence de l'exigence de bonne foi en droit civil comme en droit processuel et même du *favor contractus*, pour ne citer que ces manifestations-là.

disciplines n'a pas la même connotation. Cela est davantage vrai dans la mesure où toutes les disciplines concernées n'ont pas le même objet. S'agissant particulièrement du droit des affaires OHADA, l'objectif d'ensemble poursuivi par le législateur est l'encouragement des investissements par le droit à travers l'adoption des règles simples, modernes et adaptées, afin de faciliter l'activité des entreprises⁶. Dans cette perspective, l'article 2 du Traité instituant l'OHADA énumère de façon non exhaustive les matières qui entrent dans le domaine du droit des affaires⁷. Seulement, au regard de la multitude des matières régies par le droit OHADA, un souci de précision conjugué à la nécessité croissante de l'éthique dans la gestion des sociétés commerciales justifient que cette étude soit faite à la lumière du droit des sociétés commerciales OHADA qui a d'ailleurs fait l'objet d'une réforme d'envergure en date du 30 janvier 2014.

La question émerge alors de savoir quelle est l'orientation que le législateur de l'OHADA a donné à l'éthique dans le cadre de son nouveau droit des sociétés commerciales. Cette question est intéressante dans la mesure où elle permet d'éclairer les différents acteurs de la société commerciale sur la conduite à tenir en vue d'un fonctionnement efficient de la société. Bien plus, elle permet de renseigner également sur les responsabilités induites de l'inobservation des règles légales.

D'emblée, on peut relever avec une certaine doctrine, pour le déplorer, le défaut de consécration de la responsabilité sociétale de l'entreprise par la dernière réforme qui pouvait pourtant être perçue comme l'occasion idéale à cet effet⁸. Cependant, cela n'annihile pas pour autant le souci du législateur de l'OHADA d'intégrer une dose d'éthique dans la réglementation de son droit des sociétés commerciales. D'ailleurs, cette intégration de l'éthique va dans le sens de l'attractivité⁹ de son espace qui passe par la sécurité juridique fièrement affirmée dans le préambule du Traité OHADA. Plus concrètement encore, l'orientation donnée à l'éthique par le législateur OHADA dans le cadre du droit des sociétés commerciales peut être doublement appréciée. Le gouvernement d'entreprise s'est trouvé consolidé (I) de la même manière que l'actionnariat a été moralisé (II).

⁶ Voir à ce propos le préambule du Traité relatif à l'OHADA adopté le 17 octobre 1993 et révisé le 17 octobre 2008.

⁷ Il s'agit de l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports et toute autre matière que le Conseil des ministres pourrait y inclure à l'unanimité. En application de cette disposition, le Conseil des ministres qui s'est tenu les 22 et 23 mars 2001 à Bangui a décidé d'inclure dans le champ de l'harmonisation les matières telles que le droit de la concurrence, le droit bancaire, le droit de la propriété intellectuelle, le droit des sociétés civiles, le droit des sociétés coopératives et mutualistes, le droit des contrats et le droit de la preuve. Voir ANOUKAHA (F.), « L'OHADA en marche », *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques*, T. 6, Yaoundé, PUA, 2002, p. 9. Il convient de signaler que le droit des sociétés coopératives fait déjà l'objet d'un Acte uniforme, celui adopté le 15 décembre 2010 à Lomé et entré en vigueur le 15 mai 2011 ; il en est de même de la médiation dont l'Acte Uniforme y relatif a été adopté le 23 novembre 2017 à Conakry.

⁸ BADJI (P. S. A.), « Réflexion sur l'attractivité du droit OHADA », préc., p. 58 et s.

⁹ Sur la notion d'attractivité économique du droit, voir par exemple LAGARDE (X.), « Brèves réflexions sur l'attractivité économique du droit français des contrats », *Recueil Dalloz* 2005 p. 2745.

I- LA CONSOLIDATION DU GOUVERNEMENT D'ENTREPRISE

La prise en compte de l'éthique dans le droit des sociétés commerciales va dans le sens de la consolidation du gouvernement d'entreprise. Cette dernière notion désigne les relations entre le conseil d'administration, les actionnaires et la direction de l'entreprise¹⁰. Elle pose donc essentiellement la question de la répartition des pouvoirs au sein de la société commerciale ainsi que celle du contrôle de celle-ci. L'idée est en effet de concevoir des mécanismes qui gouvernent la conduite des dirigeants et délimitent leur espace discrétionnaire. C'est pourquoi dans l'optique d'un meilleur gouvernement d'entreprise, le législateur de l'OHADA a posé des règles assurant l'organisation claire de la gestion sociale (A) et le raffermissement du contrôle de la société commerciale (B).

A- L'ORGANISATION CLAIRE DE LA GESTION SOCIALE

Afin d'intégrer l'éthique dans la gestion de la société, le législateur de l'OHADA a tenu à clarifier le rôle des différents acteurs (1), en même temps qu'il a posé les bases d'une gestion saine du patrimoine social (2).

1- La clarification du rôle des différents acteurs de la gouvernance

Certes une certaine doctrine soutient que le fonctionnement de la société commerciale serait plus technocratique que démocratique dans la mesure où le pouvoir y est exercé et même confisqué par le dirigeant social et n'appartiendrait plus au peuple des actionnaires réunis en assemblée générale¹¹. Cependant, cela n'exclut pas la possibilité de faire un rapprochement entre la démocratie et les règles de gestion de la société. Un des critères de rapprochement est justement la répartition des pouvoirs au sein de la société à travers laquelle on voit clairement apparaître la ligne de comportement à suivre pour un fonctionnement harmonieux de la société.

À ce propos, l'article 435, alinéa 1 de l'AUSCGIE dispose que : « *le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre. Sous réserve des pouvoirs expressément attribués aux assemblées générales d'actionnaires et dans la limite de l'objet social, il se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concerne* ». On comprend alors qu'il appartient au conseil d'administration de définir l'orientation que doit suivre la société¹². De la sorte, les organes de direction n'assurent que la direction générale de la société et sa représentation à l'égard des tiers conformément à l'orientation donnée par le

¹⁰ Voir à ce propos MAROIS (B.) et BOMPOINT (P.), *Gouvernement d'entreprise et communication financière*, Economica, Collection « connaissance de la gestion », 2004, P.105.

¹¹ Pour l'esquisse d'un débat sur la question, voir BADJI (P.A.S.), « Les orientations du législateur OHADA dans l'AUSCGIE révisé », *Revue de l'ERSUMA*, N°6, janvier 2016, p.14.

¹² Il peut être aidé dans cette tâche par des comités d'étude dont l'institution et les attributions sont laissées à sa diligence. Voir article 437 de l'AUSCGIE.

conseil d'administration¹³. Bien évidemment, dans l'exercice de ses fonctions, le conseil d'administration ne doit pas interférer dans les pouvoirs attribués expressément aux assemblées générales qui constituent le cadre de concertation et d'adoption des décisions communes par les associés¹⁴. Ces fonctions sont clairement définies par les articles 546 de l'AUSCGIE pour l'assemblée générale ordinaire, 551 du même texte pour l'assemblée générale extraordinaire et 555 du texte précité pour ce qui est de l'assemblée spéciale.

C'est dire finalement que dans la configuration du droit des sociétés commerciales de l'OHADA, le rôle des différents acteurs est clairement défini facilitant ainsi l'exercice de leurs fonctions et par conséquent l'encadrement de celles-ci afin d'assainir la gestion du patrimoine social.

2- L'assainissement de la gestion du patrimoine social

La prise en compte de l'éthique transparaît également dans l'assainissement de la gestion du patrimoine social. En effet, la confiance des investisseurs ne sera gagnée que s'ils ont la conviction de ce que leurs investissements seront en sécurité tout au moins sur le plan du droit. Dans cette perspective, le législateur de l'OHADA a mis un accent particulier sur le traitement de tout comportement de nature à compromettre le fonctionnement normal de la société et donc l'intérêt de celle-ci. Ce traitement peut être préventif ou curatif.

La prévention de toute atteinte à la gestion saine du patrimoine tourne essentiellement autour de la réduction des risques de conflits d'intérêts. C'est là tout le bien fondé du dispositif des conventions réglementées¹⁵. Ainsi, les articles 438 et suivants et 502 et suivants de l'AUSCGIE énumèrent un certain nombre de conventions qui doivent être soumises à l'autorisation préalable du conseil d'administration. Mais il est constant que le but recherché par le législateur est de préserver l'égalité entre les associés ou actionnaires et leur intérêt commun dans la société. Mieux encore, il s'agit de veiller à la loyauté des dirigeants sociaux et de protéger ainsi l'intérêt de la société. Cependant, dans certains cas, le risque d'atteinte à l'intérêt social est trop grand et l'interdiction supplante l'autorisation. C'est dans cette optique qu'au nom de l'intérêt social, certaines conventions sont purement et simplement interdites¹⁶.

¹³ Voir par exemple les articles 465, alinéa 2 et 487 de l'AUSCGIE.

¹⁴ Voir NJEUFACK TEMGWA (R.), « Assemblées de sociétés et décisions collectives », in *Encyclopédie du droit OHADA*, éd. Lamy, 2011, p. 321 et s.

¹⁵ Pour une étude approfondie des conventions réglementées en droit OHADA, voir LOUKAKOU, (D.), « Les conventions réglementées dans les sociétés commerciales de l'espace OHADA », *Penant* n° 848, juillet- septembre 2004, p. 326 et s.

¹⁶ Voir dans ce sens TIETSIA TATIEKAM (D.), *Le cautionnement donné par une société commerciale en droit de l'OHADA*, Mémoire de Master, Université de Dschang, 2016, p. 31 et s. Précisément, conformément aux articles 356, 450, 507 et 853-16 de l'AUSCGIE, il est interdit aux dirigeants sociaux ainsi qu'à leur conjoints, leurs ascendants, leurs descendants ou toute autre personnes interposées, de contracter sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers.

Sur le plan curatif, le législateur de l'OHADA a édicté des sanctions à l'encontre de tout acte contraire aux exigences éthique de gouvernance de l'entreprise. Au-delà de la nullité qui entache l'acte irrégulier et dont le régime général est prévu par les articles 242 et suivants de l'AUSCGIE, la responsabilité de l'auteur de l'acte irrégulier peut également être recherchée tant sur le plan civil, pénal que disciplinaire¹⁷.

B- LE RENFORCEMENT DU CONTROLE SOCIAL

Pendant de toute gouvernance, le contrôle social s'est doublement renforcé. Si la mission de contrôle du commissaire aux comptes se manifeste désormais avec plus d'acuité (1), le contrôle des associés s'est vu auréolé d'un rafraîchissement notable (2).

1- Le renouveau du contrôle du commissaire aux comptes

Magistrat du chiffre, le commissaire aux comptes apparaît comme le garant de la fiabilité économique de l'entreprise. La méfiance affichée à l'égard de cet auditeur légal, à l'occasion des nombreux scandales financiers, a permis de susciter la réaction du législateur OHADA notamment¹⁸. C'est alors à la faveur de la dernière réforme du 30 janvier 2014 que le législateur communautaire a renforcé la mission de contrôle dévolue au commissaire aux comptes. Or ce contrôle, pour être efficace, nécessite que ce dernier puisse jouir d'une véritable indépendance tant à l'égard des dirigeants que des apporteurs de capitaux. Cette indépendance se manifeste alors par la diversité des incompatibilités, contrebalancée par les sanctions prévues en cas de violation de celles-ci.

Diverses, ces incompatibilités le sont à plus d'un titre. En effet, certaines sont générales en ce qu'elles empêchent l'entrée en fonction du commissaire aux comptes ou spéciales car elles empêchent l'exercice des fonctions de commissaires aux comptes dans certaines sociétés. D'autres par contre sont temporaires compte tenu du fait qu'elles empêchent l'exercice des dites missions avant l'écoulement d'un certain temps¹⁹.

¹⁷ Selon l'article 161 alinéa 1 de l'AUSCGIE lu conjointement avec l'article 165 du même texte, le dirigeant social est civilement responsable envers la société et les tiers des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions. Ces fautes peuvent donner lieu aussi bien à l'action individuelle qu'à l'action collective. Mais il reste que les conditions de la responsabilité civile doivent être réunies. Au surplus, la responsabilité pénale du dirigeant peut être recherchée sous le couvert de l'abus des biens sociaux. En effet, encourent une sanction pénale les dirigeants sociaux qui, de mauvaise foi, font des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles, matérielles ou morales, ou pour favoriser une autre personne morale dans laquelle ils sont intéressés, directement ou indirectement. Enfin, sur le plan disciplinaire, la violation de l'interdiction peut donner lieu à la révocation des dirigeants sociaux pour perte de confiance. C'est dire que l'organisation claire de la gestion de la société consolide le gouvernement d'entreprise de même que le raffermissement du contrôle des activités de la société

¹⁸ Nous avons aussi la loi française n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière.

¹⁹ Voir en ce sens TAKAFO-KENFACK (D.), « L'indépendance des commissaires aux comptes au sortir de la réforme OHADA », *Penant* N° 891, page 260-274.

Les incompatibilités de la première catégorie ont pour but d'éviter que le contrôleur ne soit sous la dépendance du contrôlé²⁰. Spécifiquement, la deuxième catégorie des incompatibilités résulte soit des liens de parenté, soit des conflits d'intérêts. Afin d'éviter que les liens d'affection prennent le pas sur la bonne gestion des affaires, il est établi qu'une personne ne peut être commissaire aux comptes dans une société dans laquelle elle a un lien de parenté²¹. Parce que la société est le siège des intérêts divergents, il importe d'éviter les conflits d'intérêts. C'est à cette logique que souscrit le législateur lorsqu'il est précisé, sans couvrir l'exhaustivité²², à l'article 698 de l'AUSCGIE que ne peuvent être nommés commissaire aux comptes certaines personnes en raison notamment de leur statut juridique dans la société. Par ailleurs, le législateur va au-delà des incompatibilités générales et spéciales, pour consacrer une série d'interdictions prévues à l'article 700 alinéa 1 et suivants de l'AUSCGIE. L'indépendance du contrôleur trouve une véritable application avec les sanctions prévues en cas de violation²³.

Afin d'inciter le dirigeant à mieux gérer l'entreprise, le législateur communautaire, sous l'égide de la dernière réforme, a renforcé le devoir de contrôle du commissaire aux comptes. Outre ses missions traditionnelles²⁴, l'auditeur légal devra désormais²⁵ émettre une opinion lors de la certification des comptes traduits dans le rapport général, mais également la motiver²⁶. En complément de l'obligation imposée par l'article 710, l'article suivant exige du commissaire aux comptes qu'il fournisse une explication des appréciations effectuées²⁷. Afin d'apporter un peu plus de lumière là où règne l'opacité et l'obscurité, le législateur communautaire a accentué le contrôle du commissaire aux comptes, mais aussi le contrôle effectué par les associés.

²⁰ C'est ainsi que, ne peuvent être commissaire aux comptes, les personnes qui reçoivent de la société une rémunération conséquemment à une tâche rendue ou qui détiennent des intérêts dans celle-ci. Le souci étant alors dès lors d'éviter qu'il accomplisse sa tâche avec légèreté de peur que la dénonciation entraîne son licenciement. En tout état de cause, l'article 697 de l'Acte Uniforme relatif aux sociétés commerciales et groupements d'intérêt économique apparaît comme le siège des incompatibilités générales.

²¹ Ainsi ne peuvent être commissaire aux comptes les conjoints des fondateurs, apporteurs, bénéficiaires d'avantages particuliers ; les parents jusqu'au quatrième degré inclusivement des personnes visées ci-dessus. Voir en ce sens l'article 698 de l'AUSCGIE.

²² L'article 698 est riche dans son énumération mais n'appréhende pas tous les cas d'incompatibilités découlant des conflits d'intérêts. Ainsi, le texte ne prévoit pas l'incompatibilité entre la qualité d'actionnaires et la fonction de commissaire aux comptes. Cf. TAKAFO-KENFACK (D.), « L'indépendance des commissaires aux comptes au sortir de la réforme OHADA », précité, page 264.

²³ Pour assurer l'effectivité des prohibitions, l'Acte Uniforme prévoit en son article 898 que « *encourt une sanction pénale toute personne qui, soit en son nom personnel, soit à titre d'associé d'une société de commissaires aux comptes aura sciemment accepté, exercé ou conservé les fonctions de commissaire aux comptes nonobstant les incompatibilités légales* ». la loi camerounaise du 10 juillet 2003 punit les personnes visées ci-dessus, conformément à l'éclatement de compétence en matière pénale, d'un emprisonnement de 2 à 5 ans et d'une amende de 200.000 à 5.000.000 FCFA ou de l'une des peines seulement.

²⁴ Il reste soumis au devoir d'information du Ministère public et au devoir d'alerte.

²⁵ Dans sa rédaction antérieure à la réforme, le commissaire aux comptes se contentait de vérifier qu'ont été respectés les trois grands principes comptables que sont la prudence, la sincérité et la transparence. Il devait alors, jusqu'à la réforme, certifier purement et simplement les comptes, ou alors il présentait une certification de réserves ou la refusait. Voir article 710 ancien de l'AUSCGIE. Désormais, il peut exprimer un jugement sur la gestion et ses conséquences pour la société concernée sans toutefois s'immiscer dans la gestion de ladite société. L'opinion qu'il émet permettra d'éclairer davantage encore les dirigeants sociaux, mais aussi les associés, lesquels demeurent en tout état de cause libre d'approuver ou non les comptes sociaux.

²⁶ Voir en sens GONCALVES (V.), « Commissaire aux comptes : Le nouveau régime issu de la réforme de l'Acte Uniforme relatif aux sociétés commerciales et aux groupements d'intérêt économique », *Penant* N° 244, page 244- 255.

²⁷ L'article 711 dispose alors que « dans son rapport à l'assemblée générale ordinaire, le commissaire aux comptes à la lumière des éléments probants obtenus :

1/ soit conclu que les états financiers de synthèse sont réguliers et sincères et donne une image fidèle du résultat des opérations écoulées ainsi que de la situation financière et du patrimoine de la société à la fin de cet exercice ;

2/ soit, exprime, en la motivant, une opinion avec réserves ou défavorable ou indique qu'il est dans l'impossibilité d'exprimer une opinion.

2- Le rafraîchissement du contrôle des associés

Rationaliser la gestion de la société est l'une des idées maîtresses de l'AUSGIE. Aussi, outre les mécanismes traditionnels de contrôle de la gestion sociale, notamment l'expertise de gestion²⁸, le législateur communautaire, à dessein d'améliorer l'information des associés, a entendu renforcer ce contrôle. Ainsi, la procédure d'alerte relative au contrôle des associés de la gestion sociale est enfermée dans un délai strict. En effet, les associés bénéficient concurremment avec le commissaire aux comptes²⁹ d'un droit de réponse à l'égard du dirigeant social relativement à toute question posée concernant tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation dans un délai de 15 jours au lieu d'un mois³⁰ comme précédemment prévu.

Par ailleurs lorsque le fonctionnement de la société est mis à mal soit par les organes de gestion, soit par les associés, le législateur donne la possibilité à ces derniers, fut-il seul, de saisir la juridiction compétente afin que celle-ci désigne un administrateur provisoire qui aura la charge de gérer momentanément les affaires sociales. Et ce sous la haute surveillance des associés entre autres. L'article 160 est à ce titre très explicite.

Notable dans l'organisation de l'administration et le contrôle social, l'éthique s'impose également dans les rapports entre associés.

II- LA MORALISATION DE L'ACTIONNARIAT

Les manifestations de l'éthique dans le droit OHADA des sociétés transparaissent bien au-delà du simple cadre du gouvernement d'entreprise et s'imposent à côté de celui-ci pour rationaliser les rapports entre les associés afin de rendre le processus décisionnaire plus fluide **(A)** et d'établir un climat plus ou moins serein, à travers l'exigence éthique d'une certaine loyauté de leur part **(B)**.

A- LA FLUIDIFICATION DU PROCESSUS DECISIONNAIRE

L'exercice du droit de vote est libre ; Toutefois, il doit être conforme aux exigences éthiques en ce sens qu'il ne saurait servir l'intérêt personnel de l'associé au détriment de celui de la société. La préservation de cette situation reposait déjà depuis l'adoption du premier acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales, sur l'encadrement des notions d'abus de majorité et de minorité **(1)** et la réforme de 2014 a dans le même élan introduit l'abus d'égalité **(2)**.

1- La sanction classique des abus de majorité et de minorité

²⁸ Article 159 de l'AUDSCGIE. On peut également citer l'obligation faite aux dirigeants à la clôture de chaque exercice de faire le point sur les résultats obtenus (article 137 de l'AUDSCGIE).

²⁹ Article 150 à 156 de l'AUSGIE.

³⁰ Article 157 à 158 de l'AUSGIE.

Depuis la réforme OHADA ayant donné lieu à l'adoption du premier AUSCGIE le 17 avril 1997, le législateur faisait déjà le choix du principe majoritaire comme mode d'expression de la démocratie au sein des assemblées d'actionnaires³¹. Le fait majoritaire est alors élaboré comme un instrument d'anticipation des crises, l'ensemble des principes qui régissent les conditions afférentes, étant accepté d'avance par tous les associés³². Toutefois, l'orientation du plus grand nombre n'étant pas toujours la meilleure, il est à craindre que les associés majoritaires imposent ainsi aux minoritaires des décisions motivées par leur intérêt propre et qui ne concordent pas forcément avec celui de la société. À cet effet, l'instrumentalisation de la majorité dans un sens préjudiciable à l'intérêt commun serait contraire aux exigences éthiques et la sanction de l'abus de majorité vise justement à prévenir de tels comportements. Ainsi, « *il y a abus de majorité lorsque les associés majoritaires ont voté une décision dans leur seul intérêt, contrairement aux intérêts des associés minoritaires, sans que cette décision ne puisse être justifiée par l'intérêt de la société* »³³. La conséquence directe en est la nullité de la décision constitutive d'abus de majorité³⁴.

D'un autre côté, même si la majorité détient le pouvoir et semble donc la plus à même d'imposer une situation aux autres associés, il convient de remarquer que les minoritaires peuvent dans une certaine mesure constituer un contre-pouvoir efficace³⁵. Ainsi dans certaines hypothèses le législateur OHADA impose la règle de l'unanimité pour la prise de décision³⁶. Le comportement des minoritaires dans de pareils cas est alors susceptible d'influencer de façon radicale sur la situation sociale et ainsi permettre à ceux-ci de faire obstruction à la dynamique impulsée par la majorité. Dans cet élan d'autoprotection, il est envisageable que l'action des minoritaires contrarie non seulement l'intérêt des majoritaires, mais aussi celui de la société. Le législateur est donc intervenu pour encadrer le droit de vote des premiers en consacrant l'abus de minorité. Dès lors les faits seront ainsi qualifiés lorsqu'en exerçant leur droit de vote, les associés minoritaires s'opposent à ce que les décisions soient prises alors qu'elles sont nécessitées par l'intérêt de la société et qu'ils ne peuvent justifier d'un intérêt légitime³⁷. La juridiction compétente pourra alors désigner un mandataire ad hoc aux fins de représenter à une prochaine assemblée les associés

³¹ AGUEMON (K.), *Réflexion sur l'abus en droit des sociétés OHADA: contribution du droit français*, thèse de Doctorat, Université de Jean Moulin- Lyon 3 et de Lyon, 2013, P. 130 ; voir aussi NJEUFACK TEMGWA (R.), « La règle de la majorité dans les sociétés commerciales Ohada », *Revue de droit africain*, Bruxelles, 2006, p. 5 ; FAYE (A.), « L'égalité entre les associés (Acte uniforme sur le droit des sociétés et du GIE) », www.ohada.com / Ohadata D-04-10. Ce principe permet alors d'affirmer une compétence dans le fonctionnement social et s'inscrit dans la logique qui veut que la volonté générale soit celle de la majorité. Cette dernière apparaît ainsi comme un dispositif permettant d'assurer la sérénité sociale.

³² *Ibidem*.

³³ Art. 130 alinéa 2 de l'AUSCGIE. On en déduit un double critère de l'abus de majorité. D'abord, « *il faut que les associés majoritaires aient voté une décision qui soit d'abord contraire aux intérêts des minoritaires* », mais ensuite « *contraire à l'intérêt de la société* »

³⁴ Art. 130 alinéa 1 de l'AUSCGIE.

³⁵ CARTRON (A.-M.) et MARTOR (B.), « L'associé minoritaire dans les sociétés régies par le droit OHADA », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 01, janvier-février 2010, p. 27.

³⁶ C'est notamment le cas en ce qui concerne l'augmentation du capital par majoration du montant nominal des actions ; voir art. 562 alinéa 3 de l'AUSCGIE.

³⁷ Art. 131 alinéa 2 de l'AUSCGIE.

minoritaires dont le comportement est jugé abusif et de voter en leur nom dans le sens des décisions conformes à l'intérêt social y compris celui des différents associés³⁸.

Les garde-fous sont donc fixés par le législateur pour assurer une certaine moralisation du comportement des associés en assemblée. Si le législateur avait à l'origine perçu la difficulté du point de vue des associés majoritaire et minoritaire, l'attention a été en plus portée sur le cas des associés égalitaires lors de la réforme intervenue en 2014.

2- La sanction nouvelle de l'abus d'égalité

De la même manière que pour l'abus de minorité, il y'a abus d'égalité lorsque les associés égalitaire s'opposent à ce que les décisions soient prises alors qu'elles sont nécessitées par l'intérêt de la société et qu'ils ne peuvent justifier d'un intérêt légitime³⁹. On se rend immédiatement compte que l'abus d'égalité se rapproche étroitement de l'abus de minorité en ce qu'ils disposent du même régime⁴⁰. Du coup, l'interrogation pourrait émerger relativement à la pertinence d'une consécration autonome de l'abus d'égalité. À l'analyse, l'intérêt de l'abus d'égalité pourrait être perçu dans la composition de l'égalité. En effet, alors que l'abus de minorité opère lorsque la décision nécessite une majorité qualifiée pour prospérer, l'abus d'égalité quant à elle empêcherait la constitution d'une majorité simple⁴¹.

Quoi qu'il en soit, même si l'exercice du droit de vote est libre, il n'en est ainsi que pour autant qu'il s'exerce de façon raisonnable et justifié. Ainsi de l'abus de majorité jusqu'à l'abus de minorité en passant par l'abus d'égalité, l'intérêt social est brandi comme instrument de mesure en vue tracer la ligne de démarcation entre l'usage normal du droit de vote et l'usage abusif. La tâche n'est toutefois pas aisée en raison de l'absence de définition de l'intérêt social entraînant ainsi une appréhension controversée de la notion qui dans un certain sens s'aperçoit comme l'intérêt commun des associés et dans un autre, comme celui de l'entreprise⁴². La recherche de l'éthique dans les comportements des associés transparait malgré tout en filigrane. Ceci est d'autant plus vrai qu'une obligation de loyauté s'impose aux actionnaires.

B- « L'IMPLICITE PRECISION » DE L'IMPERATIF DE LOYAUTÉ DE L'ACTIONNARIAT

Relativement au processus de moralisation de l'actionnariat, et donc d'intégration des exigences éthiques dans les comportements des associés, la théorie générale des contrats, particulièrement l'article 1134 du Code civil impose un devoir général de loyauté aux associés en tant que cocontractants dans le contrat de société. Ce devoir de loyauté dont il importe ici d'exposer la quintessence est exigé des associés aussi bien dans leurs rapports réciproques (1) que dans leurs relations avec la société elle-même (2).

³⁸ Art. 131 alinéa 3 de l'AUSCGIE.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Art. 131 *in fine* de l'AUSCGIE.

⁴¹ KETENOU (M.), « L'abus d'égalité en droit OHADA », *Bulletin ERSUMA de pratique professionnelle*, n° 003, nov. 2017, p. 8.

⁴² Pour une étude plus détaillée sur la controverse autour de la notion d'intérêt social, voir MEUKEU (Y. B.), « De l'intérêt social dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », *RTDJA*, n° 002, juillet-aout-septembre 2009, p. 50 et s.

1- L'exigence de loyauté entre les associés, conséquence de l'*affectio societatis* en droit

OHADA⁴³

Le devoir de loyauté entre associés d'une société commerciale, en plus de résulter de manière générale de la théorie générale des contrats, semble puiser spécifiquement sa source dans la notion d'*affectio societatis*. En droit OHADA, l'exigence de l'*affectio societatis* est déduite de l'alinéa 2 de l'article 4 de l'AUSCGIE révisé en 2014 qui dispose que « *la société commerciale est créée dans l'intérêt commun des associés* ».

Au fil des années la notion d'*affectio societatis* est devenue une notion clé du droit des sociétés commerciales en général, et de celui de l'OHADA en particulier. Pourtant, en dépit de cette familiarité et de son importance, elle n'a toujours pas reçu une définition formelle de la part du législateur. Cependant, analysant le texte de l'alinéa 2 précité, la doctrine OHADA a pu y voir une exigence spécifique du contrat de société renvoyant à *la volonté des associés de former entre eux une société et de coopérer ensemble dans leur intérêt commun*⁴⁴. Au demeurant, cette appréhension de l'*affectio societatis* coïncide avec celle de la jurisprudence française qui la définissait déjà comme « *la volonté implicite ou explicite des associés de collaborer sur un pied d'égalité à la poursuite de leur intérêt commun* »⁴⁵. Or, la collaboration impliquant nécessairement un travail de concert, elle ne peut intervenir avec efficacité que si elle repose sur une relation **loyale et honnête**. La loyauté apparaît ainsi comme un élément de moralisation de l'actionnariat, et partant, une manifestation de la prise en compte des exigences éthiques dans le droit OHADA des sociétés commerciales.

Dans leurs relations réciproques, les associés, qui sont à la base des cocontractants, doivent donc agir de *bonne foi*⁴⁶. Cette loyauté entre associés est exigée dans toutes les sociétés commerciales. Elle s'impose toutefois avec beaucoup plus d'insistance dans les sociétés à fort *intuitu personae* en général, et est plus particulièrement exigée des associés en nom collectif et des associés commandités⁴⁷.

De manière générale donc, la loyauté entre associés suppose que chacun d'eux s'abstienne d'agir de mauvaise foi et dans un sens susceptible de nuire à l'intérêt des autres, et surtout à l'intérêt

⁴³ Pour plus amples informations sur le devoir de loyauté entre associés, voir : KEM CHEKEM (B.-M.), *Le devoir de loyauté dans les relations sociétaires en droit OHADA et français*, Thèse de Doctorat NR/Ph.D., Université de Dschang / Université de Strasbourg, Octobre 2012, 415 pages.

⁴⁴ POUGOUE (P.-G.), ANOUKAHA (F.), BOKALLI (V.-E.), NEMEDEU (R.), MOUTHIEU NJANDEU (M.-A) et NJEUFACK TEMGWA (R.), « Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique commenté », p. 18, In, *Code Vert*, 5^e éd., Juriscope, 1440 pages.

⁴⁵ Cass. Com., 3 juin 1986, n° 85-12118.

⁴⁶ Cf. article 1134 al. 2 du Code Civil. La bonne foi étant alors ici synonyme de loyauté et d'honnêteté.

⁴⁷ En effet, plus que dans les autres formes sociales, les associés dans les sociétés en nom collectif (SNC) et les sociétés en commandite simple (SCS) sont, dans le principe tout au moins, justement choisis au regard de leurs personnalités et de la confiance mutuelle qu'ils s'inspirent. Dans ces sociétés où les associés sont indéfiniment et solidairement responsables du passif social, il est d'autant plus primordial que les relations entre ces derniers soient marquées du sceau de la loyauté réciproque. Cf. art. 270 et 293 de l'AUSCGIE révisé, respectivement en ce qui concerne la SNC et la SCS.

commun. Lorsque par contre elle est exigée de l'actionnariat au bénéfice de la société elle-même, la loyauté vise la protection de l'intérêt social.

2- La loyauté de l'actionnariat envers la société : la délicate question du devoir de non-concurrence des associés en droit OHADA

La question de la loyauté de l'actionnariat envers la société elle-même peut sans doute être abordée sous différents angles. Mais, dans le cadre de cette contribution, nous l'envisagerons sous l'angle de la confrontation entre *devoir de loyauté envers la société et droit des associés de la concurrencer*. Ce choix se justifie aisément non seulement par le fait que le droit de la concurrence entretient des liens étroits avec le droit commercial en général, mais aussi par le fait que la question de l'obligation de non-concurrence des associés envers leur société semble ne pas avoir été spécifiquement envisagée par le législateur OHADA ; il nous paraît donc opportun d'y accorder quelques développements susceptibles, éventuellement, d'éclairer les usagers du droit des sociétés. Il faut préciser à ce niveau qu'en l'absence d'une jurisprudence typiquement OHADA connue en la matière, il sera souvent fait référence aux solutions dégagées en droit français.

En fait, la question se posait de savoir si *en l'absence de clause de non-concurrence figurant dans les statuts, l'associé restait néanmoins tenu, en vertu de son devoir de loyauté, de ne pas faire concurrence à la société dont il est membre, ou si, à l'inverse, il était libre d'exercer toute activité de son choix*. Dans le silence des textes, le doute qui subsistait jusque récemment a été levé en droit français par la jurisprudence et, les solutions dégagées par les hauts magistrats nous semblent tout à fait transposables en droit OHADA. Dans l'ensemble, il est admis qu'en principe, l'associé a le droit de mener une activité concurrentielle à celle de la société dans laquelle il a des parts ou actions. Son devoir de loyauté envers cette dernière ne fait pas peser sur lui une obligation de non-concurrence. Exceptionnellement cependant, certains associés ont une interdiction de concurrencer leur société.

- **Le principe : l'admission au profit de l'associé d'un droit de concurrencer sa société** : Si au départ la Cour de Cassation française a semblé admettre l'existence d'une obligation de non-concurrence à la charge de l'associé et au profit de la société dont il est membre⁴⁸, elle a, dans un arrêt de principe du 15 novembre 2011, opéré un revirement et éclairci sa position depuis lors sur la question. Elle pose en effet que « *sauf stipulation contraire, l'associé d'une SARL n'est, en cette qualité, tenu ni de s'abstenir d'exercer une activité concurrente de celle de la société, ni d'informer celle-ci d'une telle activité* »⁴⁹. Cette solution, plusieurs fois reprise en jurisprudence française⁵⁰, tire son fondement de *la liberté d'entreprendre* reconnue à tout citoyen et de son corollaire qu'est *la liberté de concurrence*. En vertu donc de sa liberté d'entreprendre, l'associé peut soit prendre des parts ou actions dans une société

⁴⁸ Cass. Com., 6 mai 1991, n°89-13790 : «**En sa seule qualité d'associé**, le porteur de parts d'une SARL avait l'obligation de s'abstenir de tout acte de concurrence à l'égard de celle-ci »

⁴⁹ Cass. Com., 15 novembre 2011, n° 10-15.049.

⁵⁰ Cass. Com., 19 mars 2013, n° 12-14.407. ; Cass. Com., 10 septembre 2013, n° 12-23.888. etc.

concurrente à celle dont il était d'ores et déjà membre, soit ouvrir lui-même un commerce concurrent à celui de cette société à condition toutefois que les actes de concurrence de l'associé ainsi admis aient un caractère loyal, c'est-à-dire qu'ils soient conformes aux usages et pratiques honnêtes en vigueur dans le droit de la concurrence. L'associé manquera donc à son devoir de loyauté chaque fois qu'il se rendra coupable d'actes de concurrence déloyale envers la société dont il est membre⁵¹. Ce principe n'est cependant pas absolu.

- **L'exception : l'interdiction faite à certaines catégories d'associés de concurrencer leur société.** La jurisprudence française, transposable en droit OHADA en cas de mutisme de ce dernier, a estimé que l'exercice par certains associés d'une activité concurrente à celle de la société était incompatible avec l'accomplissement de leur devoir de loyauté envers ladite société. Il en est ainsi notamment de l'*associé salarié* qui, pendant la durée de son contrat de travail, doit s'abstenir de mener parallèlement une activité similaire en dehors de la société et de manière à la concurrencer⁵². Il en est également ainsi de l'*associé apporteur en industrie* et de l'*apporteur d'un fonds de commerce*⁵³. Il en est enfin, et surtout, ainsi pour l'associé gérant ou dirigeant social⁵⁴.

En définitive, plus que par le passé, le législateur uniforme a fait des exigences éthiques un point majeur de la réforme de 2014 du droit des sociétés commerciales. Cependant, s'il a accordé une très grande attention à l'éthique des dirigeants, notamment par le renforcement louable des règles de gouvernance d'entreprise dans son espace intégré, on peut à l'inverse constater avec quelques regrets que son œuvre, en ce qui concerne l'éthique des associés, souffre encore de quelques points d'ombre par endroits, et ce malgré la clarification qu'il a faite du traitement à accorder aux abus, y compris désormais à l'abus d'égalité.

Ainsi donc, tout en louant les nombreux efforts du législateur en ce qui concerne le processus de moralisation des acteurs majeurs de la vie sociétale, il ne reste plus qu'à espérer que ce dernier soit bien inspiré de légiférer aussitôt que possible sur divers autres points tout aussi relatifs à l'éthique en droit des sociétés, à l'instar de la consécration de la responsabilité sociétale de l'entreprise et la question *oubliée* de l'opportunité d'une obligation de non-concurrence mesurée des associés afin de lever tout équivoque en la

⁵¹ La concurrence déloyale sera par exemple ainsi constituée lorsque, profitant de sa qualité, l'associé trahira les secrets de fabrication de la société à une autre société concurrente dont il est membre, ou encore lorsqu'il procèdera au débauchage massif des salariés de la société, ou encore par la captation d'opportunité (similaire à l'infraction de délit d'initié), ou l'atteinte à l'image de la société. Etc.

⁵² Cette interdiction découle de la nature même de son lien avec la société : il a l'obligation d'exécuter son contrat de bonne foi.

⁵³ L'on estime qu'il pèse en effet sur l'apporteur d'un fonds de commerce une obligation de non-rétablissement similaire à celle du cédant d'un fonds de commerce (Cf. art. 155 de l'AUDCG révisé), et dont la violation s'analyse en un acte de concurrence déloyale à l'égard de la société bénéficiaire de l'apport, notamment par la baisse de la clientèle qui est l'élément de base de tout fonds de commerce (Cf. TGI Ouagadougou, n° 984, 12-12-2001 : OK-RAIDS c/ LATI, Ohadata J-04-03).

⁵⁴ En effet, la jurisprudence comparée estime qu'en vertu du pouvoir de contrôle et de l'influence déterminante qu'il exerce sur la société, l'associé dirigeant social est de plein droit débiteur d'une « obligation de loyauté et de fidélité » envers la société dont il a la gestion, de sorte qu'il lui est interdit d'accomplir des actes de concurrence contre cette dernière. Voir Cass. Com., 12 février 2002, n° 00-11602 ; Cass. Com., du 15 novembre 2011 précité.

matière. En attendant, les statuts de la société et les pactes d'associés sont autant de réceptacles possibles à l'édiction de règles éthiques dans les sociétés commerciales en droit OHADA.