



HAL
open science

L'intervention du juge dans la vie de la société en droit français et en droit OHADA

Jean-Jacques Mugisho Kazingufu

► **To cite this version:**

Jean-Jacques Mugisho Kazingufu. L'intervention du juge dans la vie de la société en droit français et en droit OHADA. Université de Goma. 2017. hal-04622981

HAL Id: hal-04622981

<https://hal-lara.archives-ouvertes.fr/hal-04622981v1>

Submitted on 25 Jun 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Open licence - etalab

**L'intervention du juge dans la vie de la société
en droit français et en droit OHADA**

Jean-Jacques MUGISHO KAZINGUFU

Plan

Introduction.....	2
I. L'opportunité de l'intervention : la pérennité de la société	6
A) La défense de l'intérêt supérieur de la société.....	6
1. La sauvegarde de l'intérêt social : fondement à l'intervention du juge ?	
2. L'abus de majorité, situation contraire à l'intérêt supérieur de la société	
B) La mission pacificatrice du juge	9
1. La prévention des conflits par la simple possibilité de l'intervention du juge	
2. L'intervention du juge conduisant au terme de la société de façon saine	
3. L'intervention du juge permettant la remise en marche de la société	
II. Les risques juridiques et économiques d'une intervention excessive du juge.....	12
A) Le juge, acteur extérieur à la vie des sociétés	12
B) Risques économiques et solutions alternatives à l'intervention du juge.....	15
1. Le coût économique de l'intervention	
2. Modes alternatifs de résolution des conflits	
Conclusion	17
Bibliographie	18

« La vie d'une société n'est pas toujours celle d'un long fleuve tranquille »
Maurice Cozian

Comme celle d'un couple ou celle de toute autre institution humaine, la société connaît ses crises internes, qui sont plus ou moins aiguës, opposant entre eux les membres de la société : dirigeants et associés. Quand la paix ne peut être retrouvée à l'amiable, il faut en appeler à un arbitre extérieur qui ne peut être que le juge. Le juge est ainsi devenu, par nécessité, un personnage clé de la vie des sociétés. Si on ne peut s'en passer, il ne faut pas qu'il soit omniprésent et tout-puissant : le gouvernement d'une société n'est pas le gouvernement des juges comme le disait Mestre dans son ouvrage « Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés ». Le droit français et le droit OHADA n'échappent pas à cette intervention d'un tiers dans la société pour divers que motifs que nous allons développer plus loin.

En France, la réglementation des sociétés date de 1804 avec l'adoption du Code civil dit napoléonien. En Afrique par contre, le droit des sociétés tel que théorisé aujourd'hui, est un produit de la colonisation (1885-1960). Les puissances colonisatrices dont les entreprises exploitent les ressources des pays africains pendant cette période avaient estimé bon d'étendre la réglementation des sociétés dans la Métropole dans leurs colonies. La France n'échappa pas à cette extension dans un vaste « empire » considéré comme « Territoire d'Outre-Mer ». L'Afrique-Occidentale française (A.-O.F.) était un gouvernement général regroupant au sein d'une même fédération huit colonies françaises d'Afrique de l'Ouest. Sa superficie atteignait 4 689 000 kilomètres carrés, soit environ sept fois celle de la France. ¹ Il existait aussi L'Afrique-Équatoriale française (A.-É.F.). ² Lorsqu'elles deviennent indépendantes vers les années 1960, les anciennes colonies françaises jadis réunies au sein de l'AOF et l'AEF vont hériter la législation française y compris les règles applicables aux sociétés. Puis va suivre des décennies de "stagnation juridiques".

L'évolution du monde des affaires étant très dynamique, les anciennes colonies de la France vont se retrouver avec une législation vétuste, obsolète, inadaptée, dépassée, archaïque etc. favorisant la stagnation socio-économique de nombre de pays africains avec comme conséquence l'insécurité juridique et judiciaire et ses corollaires la désertion des investisseurs et la montée de la courbe de pauvreté des populations

¹ Elle réunit à terme la Mauritanie, le Sénégal, le Soudan français (devenu le Mali), la Guinée, la Côte d'Ivoire, le Niger, la Haute-Volta (devenue le Burkina Faso), le Togo et le Dahomey (devenu le Bénin). Son chef-lieu était Saint-Louis (Sénégal) jusqu'à 1902, puis Dakar (Sénégal).

² L'Afrique-Équatoriale française (A.-É.F.) était un gouvernement général regroupant au sein d'une même fédération quatre colonies françaises d'Afrique centrale entre 1910 et 1958. Constituée en plusieurs étapes et s'étendant du désert du Sahara au fleuve Congo et de l'océan Atlantique aux monts du Darfour, elle réunit à terme le Gabon, le

² L'Afrique-Équatoriale française (A.-É.F.) était un gouvernement général regroupant au sein d'une même fédération quatre colonies françaises d'Afrique centrale entre 1910 et 1958. Constituée en plusieurs étapes et s'étendant du désert du Sahara au fleuve Congo et de l'océan Atlantique aux monts du Darfour, elle réunit à terme le Gabon, le Moyen-Congo (dont une partie correspond au Gabon, une autre à l'actuelle République du Congo), le Tchad et l'Oubangui-Chari (devenu la République centrafricaine). Sa superficie atteignait 2 500 000 kilomètres carrés, soit environ quatre fois celle de la France. Son chef-lieu était Brazzaville (République du Congo), résidence du gouverneur général.

africaines. C'est entre autre pour booster les économies africaines, répondre aux impératifs de la mondialisation et garantir un climat de confiance concourant à faire de l'Afrique un pôle de développement que les Etats africains pour la plupart des anciennes colonies françaises vont décider de se doter d'un droit uniforme, moderne, souple, accessible, attractif et protecteur des investissements. Ce projet va se concrétiser le 17 octobre 1993 à Port-Louis (Ile Maurice) avec l'adoption du Traité relatif à l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires. Il a été révisé le 17 octobre 2008 au Québec (Canada). Ce qui montre que c'est une jeune organisation³.

L'article premier du Traité OHADA est clair quand à la finalité de cette organisation : « Le présent Traité a pour objet l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats Parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées, et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels ».

Ces règles communes sont contenues dans les « Actes Uniformes »⁴ qui couvrent un certain nombre des matières dans le monde des affaires⁵. La valeur juridique de ces actes uniformes se trouve a l'article 10 du Traité de Port-Louis qui institue l'OHADA : « Les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats Parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure ».

Circonscriit dans son objectif principal, le droit OHADA va accorder à la société un intérêt tout a fait particulier étant donné que celle-ci est un outil important pour la croissance économique et l'attraction des investissements eu égard à l'engouement des opérateurs économiques à la forme sociétairre. L'OHADA s'est ainsi dotée le 17 octobre 1997 à Cotonou (Bénin) d'un Acte Uniforme relatif aux Sociétés Commerciales et Groupement d'Intérêt Économique. Cet acte uniforme a été révisé le 30 janvier 2014 à Ouagadougou (Burkina-Faso) et entrée en vigueur le 05 mai 2014. Cet acte uniforme est composé de 920 dispositions. A travers ces dispositions, on voit que les Etats parties à l'OHADA, soucieux d'assurer aux investissements une sécurité judiciaire, reconnaissent au juge le droit d'intervenir à plusieurs niveaux dans la vie de la société comme en France. Le droit OHADA qui tire ses racines dans le droit français héritées de la colonisation s'inspire des évolutions récentes en France tout en intégrant les réalités africaines et la volonté des Etats africains de booster leurs économies et ainsi assurer leur développement.

D'autre part, qu'entendre par « la vie de la société » ? En théorie, pour déterminer la « date de naissance » de la société, il faudrait relever les actes non équivoques des

³ L'OHADA compte aujourd'hui 17 Etats membres sur les 53 qui forment l'Afrique. Il s'agit de: Cote d'Ivoire, Benin, Burkina Faso, Cameroun, RD Congo, Congo-Brazzaville, République Centrafricaine, Tchad, Mali, Sénégal, Guinée Equatoriale, Guinée Bissau, Guinée, Niger, Togo, Gabon et Comores. Il est cependant ouvert a d'autres pays africains et même hors du continent.

⁴ Article 5, Traité OHADA.

⁵ Article 2, Traite OHADA: « (...)entrent dans le domaine du droit des affaires 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 déciderait, à l'unanimité, d'y inclure, conformément à l'objet du présent traité et aux dispositions de l'article 8 ».

associés témoignant d'une volonté de créer la société. Nous pourrions alors remonter jusqu'à avant la signature des statuts. Toutefois, pour des raisons de temps nous nous cantonnerons ici aux crises internes de la société qui surviennent après l'immatriculation de la société jusqu'à une éventuelle dissolution.

Le juge compétent en droit des sociétés est bien entendu le juge commercial c'est-à-dire le juge du Tribunal de commerce. Toutefois, il est souvent question de référé dans les textes concernant le droit des sociétés. Le juge des référés est alors le président du tribunal de première instance c'est-à-dire le tribunal de commerce.

En effet, référé rime avec rapidité ; il faut aller aussi vite que possible quand il y a grippage des rouages sociétaires. Il convient alors d'évoquer brièvement la distinction entre les ordonnances sur requête et les ordonnances de référé afin de montrer le rôle essentiel du juge.

Tout d'abord, les ordonnances sur requête sont rendues par le juge en l'absence d'une instance contradictoire, c'est-à-dire sans présence d'une partie adverse. En vertu du principe du contradictoire, la Cour de cassation a jugé par un arrêt en sa 3ème chambre civile du 13 mai 1987 que le juge ne pouvait retenir cette formule que si l'efficacité de la mesure sollicitée impliquait que la partie adverse n'ait pas été préalablement avertie. On en retire un avantage - efficacement parlant- en droit des sociétés car la vérification de l'opportunité de déroger au principe du contradictoire n'est pas toujours nécessaire. En effet, par exemple, lorsque la gérance d'une SARL est vacante suite à la démission du gérant, le président du tribunal de commerce peut valablement désigner, par ordonnance sur requête, un mandataire ad hoc chargé de convoquer une assemblée en vue de pourvoir à son remplacement; la société étant dépourvue de représentant légal, un débat contradictoire est hors propos (Cass, Com, 19 décembre 2006). C'est une solution de bon sens.

D'autre part, au sein des ordonnances de référé, il convient de distinguer les ordonnances de référé proprement dites et les ordonnances rendues en la forme des référés. Ne seront évoquées ici que les ordonnances de référé proprement dites. Selon l'art. 808 du code de procédure civile l'ordonnance de référé est une décision provisoire prise, en cas d'urgence, en l'absence de contestation sérieuse sur le fond. Toutefois, même en cas d'une contestation sérieuse, le président du tribunal peut prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en l'état qui s'imposent afin de prévenir un dommage imminent ou de faire cesser un trouble manifestement illicite. Il peut notamment ordonner l'exécution forcée de l'obligation, même s'il sait d'une obligation de faire. Cette procédure de référé permet aux parties d'attendre sans dommage la solution définitive qui sera rendue par le tribunal saisi au fond. Du fait de leur caractère provisoire les ordonnances de référé sont dépourvues d'autorité de la chose jugée au principal.

En droit des sociétés, les ordonnances de référé sont celles qui notamment décident de l'ajournement de l'assemblée des associés, qui constatent qu'un actionnaire d'une société cotée est privé de droits de vote fait d'avoir respecté les règles de franchissement de seuils.

Enfin , il convient de remarquer que depuis 1970, le Ministère public peut intervenir devant les juridictions commerciales chaque fois qu'une affaire concerne l'ordre public, d'où son rôle important en matière de procédure collective, et en matière sociétaire, spécialement dans le cadre des actions de caractère pénal. Néanmoins, il ne

sera pas évoqué ici l'intervention pénale du juge car cette dernière se cantonne - majoritairement- à des infractions pénales qui concernent la personne physique du dirigeant ou de l'associé.

Par la suite, il est indispensable de noter que l'intervention du juge en tant qu'instrument de contrôle de la vie sociale est au cœur d'une vive controverse. En effet, d'un point de vue théorique, le débat sur l'intervention du juge au sein de la société est partiellement tributaire de la conception retenue quant à la nature même de la société. Deux thèses s'affrontent : l'une en faveur de l'intervention du juge en matière sociétariaire et l'autre à l'encontre de l'intervention du juge en matière sociétariaire.

Les partisans d'une intervention du juge en matière sociétariaire insistent sur la nature institutionnelle de la société, ils arguent qu'il s'agit d'une personne morale autonome qui est distincte de la personne des associés. Cette société pourrait donc avoir un intérêt propre justifiant l'intervention d'un juge, ne serait-ce que pour assurer la pérennité de l'entreprise. Au-delà, d'un point de vue plus politique, les intérêts pris en charge par la société ne sont pas exclusivement ceux des associés. La société n'est pas exclusivement destinée à enrichir les associés. Les sociétés sont enracinées dans l'économie, de sorte qu'on doit prendre en considération une pluralité d'intérêts (créanciers, salariés,...). L'intervention d'un juge est alors plus facilement compréhensible. Enfin, d'un point de vue pratique, en terme d'efficacité, on dit qu'il faut faciliter l'intervention du juge dans le fonctionnement de la société parce que la justice poursuit une mission pacificatrice, en prévenant les conflits ou au moins en empêchant qu'ils ne s'aggravent. L'intervention du juge au sein de la société est plus utile à ce stade plutôt qu'en tentant de trouver des solutions qui, une fois les conflits terminés, ne pourront réparer les conséquences dommageables.

D'autre part, les adversaires de l'intervention du juge en matière sociétariaire mettent l'accent sur la nature contractuelle de la société, ils ont plutôt tendance à dire que le juge n'a pas à intervenir, à s'immiscer en ce domaine. Il faut comprendre que le contrat évoqué ici est celui de l'équipe du code civil. C'est-à-dire une approche très libérale de l'autonomie de la volonté. Il était donné une conception assez égalitaire partant du principe que les parties sont nécessairement à égalité : « qui dit contractuel dit juste ». Le contrat était caractérisé par un certain individualisme. Conséquentment l'intervention du juge était presque inconcevable. Or, la dernière réforme du droit commun des contrats (ordonnance du 10 février 2016) a considérablement accru le rôle du juge.

De plus, en réalité, les juges n'ont pas à influencer la gestion d'un patrimoine privé qui demeure la chose des associés eux-mêmes. D'un point de vue plus politique, il est affirmé que dans un système d'économie néo-libérale, c'est aux agents économiques eux-mêmes qu'il intervient d'agir : ni les tribunaux, ni l'Etat ne doivent s'immiscer dans le fonctionnement de la société, sauf pour assurer le respect de la loi car les intérêts en jeu seraient trop forts. Il ne serait alors pas certain que le juge soit le mieux placé pour prendre des décisions sociales à la place des dirigeants eux-mêmes parce que ces derniers vivent de l'intérieur la vie sociale, c'est donc eux qui peuvent prendre les meilleures décisions possibles. En outre, on risquerait de remplacer le blocage dû à la mésentente entre les associés par une autre forme de paralysie provoquée par une

intervention trop systématique du juge, qui deviendrait un arbitre quotidien des dissensions sociales, au lieu de laisser jouer la loi de la majorité.

Il semble alors opportun de se demander si les avantages de l'intervention du juge dans la vie des sociétés en droit français et en droit de l'OHADA contrebalancent les éventuels inconvénients de celle-ci.

Afin de répondre à cette problématique, il sera vu les avantages d'une telle intervention du juge dans la vie des sociétés (I) avant de s'intéresser aux risques que comportent une immixtion trop importante de ce dernier (II).

I. L'opportunité de l'intervention : la pérennité de la société

A) La défense de l'intérêt supérieur de la société

1. La sauvegarde de l'intérêt social : fondement de l'intervention du juge ?

« L'intérêt social peut ainsi se définir comme l'intérêt supérieur de la personne morale elle-même, c'est-à-dire de l'entreprise considérée comme un agent économique autonome, poursuivant ses fins propres, distinctes notamment de celles de ses actionnaires, de ses salariés de ses créanciers dont le fisc, de ses fournisseurs et de ses clients, mais qui correspondent à leur intérêt général commun, qui est d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise. » Rapport Vienot, Le conseil d'administration des sociétés cotées (Juillet 1995).

L'intérêt social est classiquement défini comme une notion à contenu variable, une sorte de standard de référence. Il est curieux de constater que l'intérêt social est le parent pauvre du droit OHADA. Elle n'est présente qu'aux articles 130 à 132 relatifs aux abus de majorité et de minorité sans que la notion d'intérêt social ne soit définie. Ceci montre que le juge aura des pouvoirs accrus d'appréciation de l'intérêt social. En droit français en revanche, l'article 1833 du Code civil dispose que la société doit être "constituée dans l'intérêt commun des associés". La notion est également subtilement évoquée à l'article 1848 du même Code, qui dispose que « l'intérêt social domine le fonctionnement de la société ». La notion pourrait s'entendre comme la « boussole » (Maurice Cozian) des dirigeants sociaux dans les choix et la mise en œuvre de la politique sociale. Il serait un « contrepois nécessaire au contrôle » et « répondrait naturellement à une inquiétude que les associés ont toujours connu en face du pouvoir des dirigeants ». Dès lors, le maintien et la sauvegarde de cet intérêt social deviendraient un fondement à l'intervention du juge au sein de la vie des sociétés.

Historiquement, c'est la théorie économique qui a su identifier en premier l'existence d'une divergence d'intérêt entre les propriétaires de l'entreprise (les actionnaires) et les dirigeants (cf. Berle et Means, 1932). Les économistes Jensen et Meckling ont approfondi l'analyse grâce à leur « théorie de l'agence » de 1976 en mettant en exergue ce même conflit d'intérêt. Une situation dite « d'agence » serait la situation dans laquelle un principal (l'actionnaire) mandaterait des agents (les directeurs généraux) pour effectuer en son nom une tâche qu'il ne peut exécuter lui-même. Dès lors, les dirigeants vont présenter des objectifs différents de ceux des actionnaires. Alors que les mandataires

sociaux privilégieront la croissance de l'entreprise, l'investissement sera recherché au détriment du versement de dividendes aux actionnaires.

C'est ensuite la théorie juridique et les travaux doctrinaux qui ont permis de fournir une véritable définition de la notion d'intérêt social. C'est à partir des années 1960 que l'Ecole de Rennes s'est emparée du débat et a défini l'intérêt social comme l'intérêt de l'entreprise, synthèse des différents intérêts catégoriels que celle-ci engendre. Il s'agit d'une thèse fonctionnaliste de la société qui définit celle-ci comme le « vêtement juridique » (Jean Paillusseau). Donc l'intérêt social serait l'intérêt des associés, des créanciers, des salariés et de tous les partenaires de l'entreprise. Cette conception s'est vu confirmée par l'arrêt Fruehauf rendu par la Chambre commerciale le 22 mai 1965 qui a intégré l'intérêt des salariés dans la logique sociétaire.

Un autre courant a affirmé au contraire que l'intérêt social serait l'intérêt commun des associés qui consisterait au partage des bénéfices réalisés par la société entre eux. Cette thèse développée par le professeur Schmidt viserait à substituer la notion d'intérêt social à celle d'intérêt commun des actionnaires. Cette vision très libérale se rapproche plus facilement de la thèse contractuelle de la société que de la thèse institutionnelle.

Enfin, une troisième conception propose que l'intérêt social devrait assurer « un compromis efficace entre les véritables intérêts ou altruistes en cause ». Il doit être « une harmonieuse synthèse temporelle de l'intérêt des associés et de celui de l'entreprise » d'après Géraldine Goffaux-Callebaut. L'intérêt social serait donc un compromis, une voie médiane mais d'abord et avant tout l'intérêt supérieur de la personne morale. Ce courant est surtout soutenu par le professeur Maurice Cozian.

La jurisprudence n'a jamais donné de définition précise du contenu de l'intérêt social. Le juge prend en compte soit l'intérêt des associés, soit l'intérêt de la société soit l'intérêt de l'entreprise. Il existe donc un flou jurisprudentiel. Néanmoins, les diverses réflexions menées par la doctrine permettent de considérer la notion d' comme un fondement de l'intervention du juge dans la vie de la société en tant que gardien du respect de l'intérêt social.

Mais le législateur a-t-il consacré l'intérêt de l'entreprise par les réformes récentes du droit des sociétés ?

Il s'est emparé de la notion de façon plus précise à la suite des grands scandales financiers des années 2000 (affaires Enron et Vivendi de 2001). Aux Etats-Unis, c'est la « corporate governance » qui a émergé, concept qui vise à moraliser la vie des affaires. Elle tend à restaurer les prérogatives des actionnaires à la fois en imposant de stricts devoirs aux dirigeants et en facilitant l'exercice des droits qui sont naturellement ceux de l'actionnariat. En France, l'intérêt social est bel et bien présent dans les réformes, il serait le « concept majeur du droit moderne des sociétés » d'après le professeur Viander : l'intérêt des salariés est vraiment mis en avant. Mais les intérêts protégés par le législateur ne sont pas envisagés de manière globale. Il ne procède que par touches successives. Tantôt il protège l'intérêt des associés, tantôt celui de la société, tantôt celui des salariés sans rattacher cette protection à une réflexion d'ensemble. On est plus face à un problème de cohérence. Si la tendance s'était portée vers la libéralisation et la contractualisation du droit des sociétés et donc vers l'intérêt social comme intérêts des associés, les derniers mouvements législatifs suite à la crise économique opèrent un subtile élargissement. La loi sur les Nouvelles Régulations Economiques du 15 mai 2001

a consacré la définition de l'intérêt social comme intérêt commun des associés tout en affichant des objectifs plus larges : amélioration de la transparence au sein des entreprises, amélioration de l'effectivité des droits reconnus aux actionnaires et aux salariés. Cette loi a également conféré de nouveaux droits au juge notamment des droits d'injonction de faire, surtout en matière d'obligation d'informations des associés. Le législateur a désiré éviter la concentration du pouvoir entre les mains des seuls dirigeants et dès lors éviter les scandales des années 2000.

L'intérêt social reste cependant un outil juridique fragile et limité. En effet, sa seule fonction juridique est de permettre d'écarter les actes délibérément nocifs à la société. Il est élaboré à des fins essentiellement contentieuses. Cependant, il reste efficace pour distinguer les comportements pathologiques et sanctionnables des comportements normaux. Certes, c'est au premier chef le droit des sociétés qui assure la police du fonctionnement de la société au nom du respect dû à l'intérêt social. Les principales manifestations sont lorsqu'un acte contraire à l'intérêt social est annulé, lorsque les dirigeants engagent leur responsabilité civile lorsqu'ils méconnaissent l'intérêt social ou alors c'est au nom de l'intérêt social que le juge accepte de désigner un administrateur provisoire, un expert de gestion ou une mesure de séquestre.

La sauvegarde de l'intérêt social est assurée selon une échelle d'acteurs bien définie : c'est d'abord au Conseil d'administration qu'il appartient de veiller à ce que les décisions de la direction générale comme les siennes satisfassent l'intérêt social qui traduirait l'intérêt commun des actionnaires. Les administrateurs doivent pouvoir « se faire à tout moment, en conscience, une opinion de l'intérêt social et exprimer cette opinion par un vote librement émis » (Loi du 24 juillet 1966). Le dernier mot appartient néanmoins aux actionnaires réunis en assemblée générale dont les décisions traduisent réellement leur commune conception de l'intérêt social, leur intérêt commun. Néanmoins, si les actionnaires ont des vues divergentes, le juge est saisi en « ultime recours ».

Au terme de cette analyse dans les méandres des réformes législatives récentes, il est difficile de trouver des indices clairs de la volonté du législateur en matière d'intérêt social. Le plus souvent, ces lois ne contiennent que des dispositions techniques qui ne sont que le reflet des compromis politiques. De plus, si l'intérêt social sert de fondement à l'intervention du juge, cette intervention reste rare car l'intérêt social est, par définition, le reflet de l'intérêt commun des associés. Ils sont dès lors les mieux à mêmes d'assurer sa sauvegarde.

2. L'abus de majorité, situation contraire à l'intérêt supérieur de la société

Le juge va intervenir en cas de grave situation de blocage pouvant être causée par divers différends au sein de la société. Notre analyse se limitera à l'étude de l'abus de majorité, crise entraînant le blocage des décisions au sein de la société.

Il y a abus de majorité, de minorité ou d'égalité lorsque, dans leur intérêt personnel, les associés agissent ou s'abstiennent contrairement à l'intérêt social. Qu'est-ce qu'un abus de majorité ? C'est la transposition en droit des sociétés de la théorie civiliste de

l'abus de droit (on peut user de son droit, mais non en abuser dans le seul dessein de nuire à autrui ou en le détournant de sa fonction) ou du détournement de pouvoir.

L'AUSCGIE OHADA prévoit que l'abus de majorité existe "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" (article 130). Cette définition est très proche de la formule employée par la Cour de cassation française, il y a abus de majorité lorsque la résolution litigieuse est prise contrairement à l'intérêt social et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de ceux de la minorité (Cass. Com. 18 avril 1961).

Deux conditions doivent être remplies, la contrariété de l'intérêt social et la rupture de l'intérêt commun. D'une part, l'abus du droit de vote par les majoritaires suppose qu'ils aient fait un usage de ce droit contraire à l'intérêt de la société. La formulation a son pesant d'ambiguïté. Ainsi, dans certaines espèces, la décision majoritaire est annulée au motif qu'elle est contraire aux exigences d'une bonne gestion sociale, les majoritaires ayant alors sacrifié la prospérité ou la pérennité de la société à leur intérêt personnel. Dans d'autres espèces, les juges retiennent la contrariété à l'intérêt social au motif que la décision litigieuse n'est pas justifiée au regard des exigences de la gestion sociale. L'abus est alors retenu parce que la rupture d'égalité entre associés ne trouve aucune justification dans les exigences de la gestion sociale.

D'autre part, les majoritaires doivent avoir voté dans leur intérêt personnel, au détriment de l'intérêt des autres associés, les minoritaires. Il s'ensuit que l'abus de majorité relève non d'un contrôle d'opportunité mais d'un contrôle de légalité. Il s'agit en effet de rechercher si la décision inopportune est destinée à rompre l'égalité entre associés, c'est-à-dire rompre la commune intention des parties prévue à l'article 1833 du Code civil.

Dès lors, quelle sanction de l'abus de majorité? En droit OHADA, la sanction est d'abord la nullité de l'acte suivi ou non d'une action en réparation du préjudice réservée aux associés minoritaires contre associés majoritaires ayant abusé de leur majorité (article 130 alinéas 1 et 2 de l'AUSCGIE OHADA). Le droit français adopte la même solution que le droit OHADA (CA Paris, 27 février 1997).

Dans les deux droits, les deux actions reposent sur des fondements distincts, l'action en responsabilité repose sur l'article 1382 du Code civil (il faut donc que la demande apporte la preuve du préjudice) et est soumise à la prescription décennale. L'action en annulation de la délibération abusive et fondée sur l'article 1844-10 du Code civil et se prescrit en principe par trois ans. Cette action est ouverte à tous ceux qui peuvent se prévaloir d'un intérêt légitime, les associés minoritaires mais aussi un dirigeant agissant au nom de la société (Cass. Com. 21 janvier 1997). L'abus de majorité porte un préjudice double : contre les associés minoritaires et plus globalement contre l'intérêt supérieur de la personne morale. L'action est donc légitimement ouverte aux dirigeants lésés par cette atteinte à l'intérêt social.

B) Une mission pacificatrice

Le juge intervient toujours dans le cadre de situations pathologiques, lorsqu'un conflit entre les membres de la société empêche le fonctionnement normal de celle-ci. D'un point de vue pratique, en terme d'efficacité, on dit qu'il faut faciliter l'intervention

du juge dans le fonctionnement de la société parce que la justice poursuit une mission pacificatrice, en prévenant les conflits ou au moins en empêchant qu'ils ne s'aggravent. Dans son principe même l'intervention du juge revêt une fonction pacificatrice puisque les parties vont chercher à résoudre le conflit elles-mêmes pour éviter de se présenter devant les tribunaux. Dès lors que son intervention est nécessaire, le juge peut être conduit à mettre fin à la vie sociétaire, ou peut parvenir à régulariser les relations des associés pour permettre une remise en marche de l'activité.

1. La prévention des conflits par la simple possibilité d'intervention du juge

Dès lorsque les associés se présentent devant le juge, c'est qu'il y a conflit. Si la mission de celui-ci est de pacifier les relations sociétaires et éventuellement de mettre fin de façon régulière à la vie de la société, les parties cherchent en général à éviter de se retrouver devant les tribunaux. Le principe même de l'intervention du juge dans la vie sociétaire a dès lors une fonction préventive : les parties vont généralement avant tout tenter de s'entendre ou de résoudre le conflit à l'amiable. Le juge n'intervient alors que dans des situations pathologiques, relativement exceptionnelles et graves.

2. L'intervention du juge conduisant au terme de la société de façon saine

La dissolution de la société dans le cadre d'un conflit passe nécessairement par l'office du juge. Cette dissolution judiciaire peut découler d'une demande anticipée des associés, qui se retrouvent dans un blocage total et demandent le terme de leur partenariat, ou bien être issue simplement d'un échec de l'entreprise. Dans les deux cas, le juge va intervenir pour pacifier les relations entre les associés et éventuellement régulariser celles avec les tiers créanciers.

L'article 1844-7-5° du code civil prévoit le prononcé de la dissolution anticipée de la société par le tribunal en cas mécontente entre les associés. Pour conduire au terme de la société, la disparition de l'affectio societatis doit totalement paralyser le fonctionnement de la société ainsi que la poursuite de son activité socio-économique. L'office du juge est alors d'intervenir pour clore les querelles de la façon la plus paisible possible. A défaut, la jurisprudence établit que si « le consentement des associés n'a pas été surpris et que la volonté majoritaire ne s'exerce pas abusivement, dès lors que ses organes fonctionnent selon la loi majoritaire, l'institution sociétaire dispose d'un droit à une vie propre ». Ce droit à une vie de la société doit prévaloir sur l'inconfort éventuel des querelles entre associés (Douai, 3 juill. 1970). On voit ici que le rôle du juge est bénéfique pour la société, puisque l'objectif essentiel est de favoriser la survie de celle-ci.

3. L'intervention du juge permettant la remise en marche de la société

Ainsi, l'objectif essentiel du juge dans le cadre d'un conflit sociétaire va être de pacifier suffisamment les relations pour permettre une reprise des activités socio-économiques de la société. L'intervention du juge est alors extrêmement utile d'un point de vue pratique.

Les situations d'abus de majorité ou de minorité conduisent aujourd'hui à une demande d'intervention croissante des magistrats dans la vie sociale. Lors d'un vote en assemblée sur l'activité ou l'avenir de la société, les majoritaires peuvent en effet se heurter à une résistance de la minorité de blocage. D'un autre côté il arrive également que les minoritaires soulèvent un conflit lorsqu'ils n'ont pas pu s'opposer à une décision qu'ils estiment contraire à l'intérêt social. Dans cette situation le juge peut être conduit à nommer un mandataire ad hoc qui va devoir prendre la décision à la place des minoritaires, ceci dans l'intérêt social. Cependant la résolution des conflits issue d'un abus de minorité par la désignation d'un expert par le juge peut poser des difficultés quant à la liberté de gestion de l'entreprise.

Il faut en effet prendre garde à maintenir l'équilibre entre l'intervention pacificatrice du juge et une intervention trop intrusive de celui-ci. Sur ce point il faut noter que la jurisprudence s'est toujours refusé d'autoriser le juge à adopter lui même une délibération qui serait manifestement dans l'intérêt de la société en rejetant la théorie du jugement valant acte. La jurisprudence refuse la théorie du jugement valant acte, selon laquelle le juge impose lui-même une décision dans l'intérêt de la société.

La Cour de cassation abandonne la jurisprudence du jugement valant acte dans une décision 9 mars 1993. Dans cette affaire un abus des actionnaires minoritaires rendait impossible une augmentation de capital pourtant nécessaire à la survie de la société. La cour avait alors caractérisé l'abus et condamné les minoritaires à des dommages et intérêts, cependant les juges de cassation précisent qu'il n'appartient pas au juge « de se substituer aux organes sociaux pour décider des options fondamentales d'une société, il lui incombe après avoir caractérisé un abus de prendre la mesure propre à y remédier en conformité avec l'intérêt social et de valider judiciairement l'augmentation de capital ».

Cette jurisprudence démontre ainsi la volonté des juges de préserver la libre gestion de la société, même dans le cadre de conflits graves. En effet, dans une telle situation de blocage, la cour de cassation favorise l'intervention d'un tiers plutôt que celle du juge, quand bien même elle serait légitime. Le tiers en question peut être ce que l'on nomme un « administrateur provisoire ». Celui-ci intervient dans deux situations : la paralysie totale des organes sociaux ou le péril imminent pour la survie de la société. La cour de cassation précise en effet dans une décision du 21 février 2012 qu'un risque simplement éventuel ne suffit pas pour conduire à la nomination d'un administrateur provisoire. La demande de nomination est présentée devant les tribunaux par toute personne y présentant un intérêt légitime. Cet administrateur va être choisi sur une liste d'administrateurs judiciaires. Il va devoir prendre temporairement la place des organes sociaux posant problème et va pouvoir prendre les mesures nécessaires à la remise en route équilibrée de la société, ceci dans les limites des pouvoirs qui lui seront conférés par le juge.

L'intervention de l'administrateur provisoire fait partie de la mission pacificatrice du juge puisqu'il va permettre de résorber les tensions et de recadrer la société, tout en évitant une immixtion trop forte du juge lui-même dans la vie de la société. Cependant cette pratique d'intervention d'un tiers recommandé par le juge n'est pas exempte de toute critique. Une partie de la doctrine et de la pratique y voit en effet une forme de

Cheval de Troie, permettant au juge de s’immiscer dans la gestion de la société, sous couvert de l’intervention d’un mandataire.

II. Les risques juridiques et économiques d’une intervention excessive du juge

A) Le juge acteur extérieur à la vie des sociétés

Il a été vu que le juge avait un rôle indispensable pour arbitrer les blocages de la société ou encore faire prévaloir l’intérêt de la société. Toutefois, il n’est pas certain que le juge soit le mieux placé pour prendre des décisions sociales en comparaison des dirigeants eux-mêmes car ces derniers vivent de l’intérieur la vie sociale, c’est donc eux qui peuvent prendre les meilleures décisions possibles. En outre, on risquerait de remplacer le blocage dû à la mésentente entre les associés par une autre forme de paralysie provoquée par une intervention trop systématique du juge, qui deviendrait un arbitre quotidien des dissensions sociales, au lieu de laisser jouer la loi de la majorité.

Afin d’illustrer ce risque potentiel, intéressons nous au pouvoir du juge à l’égard des délibérations sociales. De manière classique, le juge dispose ici d’un pouvoir d’annulation qui porte d’ailleurs sur des objets divers : annulations d’actes ou de délibérations sociales.

À l’inverse, le juge ne paraît pas disposé du pouvoir de modifier le contenu de délibérations qu’il jugerait lui-même irrégulières ou abusives. En effet, l’atteinte à la volonté des associés serait ici trop forte. Finalement, l’annulation en elle-même porte moins atteinte à la volonté des associés : on remet les choses dans l’état antérieur.

Est-ce que le juge peut faire prendre des délibérations sociales ?

Il peut faire prendre des délibérations plus facilement sans doute, surtout si cette nouvelle délibération est prise par les associés eux-mêmes. Cette régularisation peut parfaitement passer par l’adoption d’une nouvelle délibération qui cette fois, bien sûr sera régulière.

Le même procédé est possible également en cas de désignation d’un administrateur provisoire. En théorie, le juge n’impose pas à l’administrateur de prendre telle ou telle décision. Sa mission est le plus souvent fixée de manière générale : gérer la société et lorsque le tribunal donne à l’administrateur provisoire une mission plus précise, il lui laisse la faculté de prendre lui-même les décisions qui s’imposent. On retrouve une idée : l’administrateur provisoire, à la différence du juge, lui, sera sur le terrain. Il sera donc mieux placé par hypothèse que le juge pour prendre concrètement les mesures qui s’imposent.

Ainsi, on ne souhaite pas que le juge prenne lui-même des délibérations sociales.

Cependant, cette limite est battue en brèche dans le cas de l’abus de minorité.

En effet, l'abus de minorité correspond au refus des minoritaires d'approuver une délibération qui par hypothèse nécessite leur concours, qui par hypothèse nécessite une majorité renforcée ou l'unanimité. Ce refus des minoritaires de voter peut s'exprimer soit par un vote contre soit par une abstention ou encore une absence, là où leur vote est nécessaire, il n'est pas exprimé. Cet abus de minorité va se rencontrer essentiellement au sujet des délibérations sociales qui modifient les statuts car elles ne peuvent être prises qu'à une majorité qualifiée.

On comprend donc que l'associé qui dispose d'une minorité de blocage peut donc s'opposer à des décisions essentielles. Les minoritaires peuvent par exemple refuser de proroger une société arrivant à son terme, refuser une augmentation de capital ou encore s'opposer au changement de forme sociale qu'envisagerait la société. Sans doute ces minoritaires ont le droit de s'opposer à ces décisions et c'est parce que ces décisions sont importantes qu'il y a une majorité renforcée et qu'on tient compte plus largement des minoritaires donc ils peuvent refuser la délibération sociale du moins à une condition de ne pas abuser de ce pouvoir de dire non.

Cette définition a été proposée par la jurisprudence dans un arrêt Flandin de la chambre commerciale de la Cour de cassation le 9 mars 1993. Le droit OHADA retient les mêmes éléments de définition que le droit français. Ici l'attitude du minoritaire doit être contraire à l'intérêt général de la société. En réalité le juge saisi d'un abus de minorité devra moins apprécier l'atteinte à l'intérêt social qui résulte du vote négatif que la conformité à l'intérêt social du projet qui a été repoussée. C'est là que le bât blesse car on comprend alors que l'appréciation de cet intérêt va être un peu plus délicate qu'en matière d'abus de majorité. En effet, dans le cadre de l'abus de majorité on apprécie une mesure votée et parfois même déjà exécutée et donc il suffit d'examiner si cette mesure apporte ou non un avantage à la société. Alors que pour l'abus de minorité le juge doit cette fois s'interroger de manière prospective : si la décision avait été prise, aurait-elle été plus favorable à la société que la situation actuelle ? Le juge devra se projeter dans l'avenir.

Le juge qui est une personne extérieure à la société, qui ne participe pas aux affaires quotidiennes de la société, qui n'a pas défini l'objectif de la création de celle-ci, va donc définir en lieu et place des associés si le projet prévu par les associés est bon pour la société ! Il faut également noter que le juge français et le juge des Etats membres de l'OHADA n'a pas de compétences en économie ou en finance ! Quelle valeur a ainsi son jugement sur la pertinence d'un projet d'une société ? Ainsi, dans certains cas les associés n'auraient donc pas une liberté totale d'appréciation de ce qui est bon ou non pour leur société.

Autre critère de l'abus de minorité : l'attitude du minoritaire aurait interdit la réalisation d'une opération essentielle pour la société : Ces termes sont vagues et laissent une marge d'interprétation au juge. L'intérêt social ainsi compris serait-il réduit à la survie de la société ? Ici encore le juge est seul arbitre.

Enfin, le dernier critère correspond à l'exigence d'une intention des minoritaires de favoriser leurs propres intérêts au détriment de l'ensemble des autres associés.

On peut, encore une fois, émettre un certain nombre de critiques à l'encontre de ce critère. En effet, ce dernier serait contestable dans la mesure où la minorité ne fait

qu'empêcher une prise de décision, ce vote de refus ne porterait pas atteinte à l'égalité tout simplement car il ne fait que maintenir une situation préexistante.

Terminons cette démonstration par la sanction de l'abus de minorité.

Le droit français et l'AUSCGIE OHADA ont exclu la substitution du juge aux organes sociaux compétents. Cette question là a été très débattue. C'est la question de la décision du juge donnant lieu de délibération : la théorie des jugements valant actes. A l'encontre de cette solution on a fait valoir que le rôle du juge n'était pas de gérer des sociétés. Si on admettait cette théorie que le juge puisse imposer des décisions aux minoritaires, au nom de l'intérêt social, on ne voit pas pourquoi on ne pourrait pas admettre qu'il puisse en imposer aux majoritaires au nom de cet intérêt social. Il est tout à fait choquant de voir le juge substituer sa volonté à celle des autres associés.

Ainsi les droits français et OHADA ont tenté de trouver une solution intermédiaire dont l'essentiel résulte du recours au mandataire ad hoc qui serait alors chargé de représenter les associés minoritaires et « de voter en leur nom dans le sens des décisions informés à l'intérêt social mais ne portant pas atteinte à l'intérêt légitime des minoritaires » selon la formule retenue par la Cour de cassation dans l'arrêt Flandin. Le droit OHADA consacre la même solution à l'article 131 alinéa 3 de l'AUSCGIE. D'une part, le droit OHADA et la Cour de cassation française refusent la théorie du jugement valant acte, d'autre part elle admet la désignation d'un administrateur chargé de voter aux délibérations. A énoncer cela, on comprend qu'en réalité la solution est pratiquement identique à celle du jugement valant acte.

En effet, à travers la position de la Cour de cassation française, les apparences seraient sauvées grâce à l'intervention d'un intermédiaire entre le juge et la société. Sauf que si le juge nomme un mandataire c'est que par hypothèse il a caractérisé l'existence d'un abus de minorité et donc d'une résistance abusive des minoritaires à une opération essentielle à la société. Comment donc le mandataire pourrait-il voter autrement que dans le sens de la résolution opposée ? Le droit français ne fournit pas de réponse à cette question. En revanche, la rédaction de l'article 131 alinéa 3 de l'AUSCGIE OHADA est intéressante car il donne au mandataire des pouvoirs accrus d'appréciation et une liberté de vote. Cet article prévoit qu'il vote "dans le sens des décisions conformes à l'intérêt social y compris celui des différents associés".

La désignation d'un mandataire peut cependant conduire en pratique à une substitution du juge aux organes sociaux via le mandataire. C'est à ce moment là que l'interventionnisme du droit français est le plus choquant. Il est incompréhensible qu'un juge qui ne possède aucune compétence en économie puisse se substituer aux organes sociaux d'une société en contrevenant au principe de gouvernance démocratique des sociétés.

Sur le terrain des principes comme sur celui des résultats auquel on parvient, la problématique est très sensiblement la même. Pourtant la Cour de cassation persiste plus clairement encore comme en témoigne un arrêt en sa Chambre commerciale du 14 février 2012 : « attendu que le juge ne peut fixer le sens du vote du mandataire ad hoc désigné par lui ». Mais comment peut-il voter autrement ? Enfin, au-delà de la théorie, la désignation d'un mandataire est coûteuse pour la société et en plus cela conduit à retarder le règlement du conflit.

En conclusion, on voit que l'intervention du juge est ici excessive et dangereuse puisque ce dernier ne possède aucune compétence dans le domaine économique. Au-delà des conséquences sociétaires de cette intervention, il convient d'élargir le spectre de notre analyse en s'intéressant aux conséquences d'une telle intervention sur l'environnement économique global.

B) Les risques économiques d'une intervention excessive du juge

1. Le coût économique de l'intervention du juge

Les juges n'ont pas à influencer la gestion d'un patrimoine privé qui demeure la chose des associés eux-mêmes. Cela pourrait s'interpréter, *largo sensu*, comme une atteinte au droit de propriété des associés.

D'un point de vue plus politique, on dira que dans un système d'économies néo-libérales, c'est aux agents économiques eux-mêmes qu'il intervient d'agir : ni les tribunaux, ni l'Etat ne doivent s'immiscer dans le fonctionnement de la société, sauf pour assurer le respect de la loi car des intérêts trop forts sont en jeu. D'autre part, une société en cours d'instance n'est jamais un bon signe et peut valablement effrayer les potentiels investisseurs. Le coût d'une instance n'est pas non plus négligeable pour les sociétés. Dès lors, des modes alternatifs de résolution des litiges survenant au cours de la vie de la société peuvent être privilégiés par les associés.

2. Les modes alternatifs de résolution des conflits

Conséquemment, les praticiens ont souvent recours à des modes alternatifs de résolution des litiges.

En effet, la clause de conciliation est notamment admise en droit des sociétés. C'est une clause par laquelle les parties s'engagent à soumettre leur litige à un conciliateur préalablement à la saisine du juge judiciaire ou arbitral.

En droit OHADA, c'est ici que se trouve l'innovation par rapport aux droits antérieurs. L'article 147 de l'AUSCGIE consacre une solution classique en disposant: "Tout litige entre associés ou entre un ou plusieurs associés et la société relève de la juridiction compétente". L'innovation vient de l'article 148 qui prévoit: " Ce litige peut également être soumis à l'arbitrage, soit par une clause compromissoire, statutaire ou non, soit par compromis ou à d'autres modes alternatifs de règlement des différends". Et l'article 149 renvoie au droit matériel applicable: " l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ou de tout autre système d'arbitrage convenu par les parties". Ceci démontre la volonté du législateur OHADA d'offrir une sécurité judiciaire aux investisseurs qui ne sont plus obligés de recourir aux tribunaux étatiques mais ici il y a une consécration du volontarisme dans le sens où les associés en élaborant leurs statuts, peuvent déjà écarter la saisine du juge au profit d'un arbitre ou adopter un compromis d'arbitrage lorsque le litige surgit avec les avantages de souplesse, de secret, de rapidité et de spécialisation qui caractérisent l'arbitrage. Ce qui est très intéressant pour le droit

OHADA c'est la mise en place de la Cour commune de justice et d'arbitrage qui est une sorte de cour de cassation unique pour tous les Etats car dans les matières couvertes par les actes uniformes, les pourvoies en cassation sont de la compétence exclusive de cette Cour. Cette création a été fort appréciée dans le milieu des affaires africain et cette Cour a déjà rendu des décisions intéressantes dans le règlement des différends des sociétés.

En France, une décision de la Chambre mixte de la Cour de cassation en date du 14 février 2003 avait notamment renforcé l'efficacité de ce mode alternatif : dans le cadre d'une cession de droits sociaux elle a jugé que cette clause rendait irrecevable l'action en justice et que sa mise en œuvre suspendait le cours de la prescription. On pourrait très bien imaginer que cette clause soit insérée dans les statuts. La Cour de cassation l'a même validé (Cass, Com, 15 juin 2010). De plus, la pratique a également recours à des clauses compromissoires. En France, l'article 2061 du code civil dispose que "la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle". Une telle clause conduit à résoudre les litiges par voie d'arbitrage, peut figurer non seulement dans les statuts de sociétés commerciales mais encore dans ceux de sociétés civiles, du moins quand elles exercent une activité professionnelle. Elle ne saurait en revanche trouver place dans les sociétés, telles les sociétés civiles immobilières, qui ne sont que des techniques d'organisation du patrimoine.

On peut donner une illustration de l'utilisation de cette clause dans le cadre des clauses de garantie de passif par lesquelles le cédant garantit l'exactitude du bilan à partir duquel le prix a été déterminé. Il prend en conséquence l'engagement d'assumer les dettes ne figurant pas dans ce bilan, mais dont l'origine est antérieure à la cession. L'existence d'une clause de garantie de passif ne supprime pas ipso facto toutes les difficultés, et de nombreux litiges apparaissent quand il s'agit de l'interpréter ou de l'exécuter; de ce fait elles sont souvent réglées par voie d'arbitrage comme le montre Alain Viandier dans son ouvrage Arbitrage et garanties de passif.

Conclusion générale

Au terme de notre analyse, il convient de souligner qu'actuellement la liberté contractuelle et plus précisément la théorie contractuelle dominant en droit des sociétés. Principe qui trouve sa justification dans le fait que les associés et les "stakeholders" ou parties prenantes de la société restent les mieux à même d'assurer la bonne gestion de la société. Cependant, les récents scandales financiers et plus récemment la crise économique de 2008 ont subtilement infléchi la tendance en donnant une place croissante au juge comme en témoigne la dernière réforme du droit des contrats français.

Le droit OHADA quant a lui est perçu comme un outils au service du développement en Afrique (Etats membres) en ce sens qu'il doit offrir aux investisseurs les garanties de sécurité juridique et judiciaires. Si l'intervention du juge est une garantie judiciaire, trop d'intervention du juge peut conduire à des abus. C'est pourquoi l'AUSCGIE essaie d'encadrer l'intervention du juge dans la vie de la société en déterminant même les pouvoirs du juge. Ensuite, la sécurité judiciaire n'est plus seulement l'apanage du juge étatique. Cette mission est aussi assurée par les arbitres et par l'institution qu'est la Cour commune de justice et d'arbitrage OHADA. Il sied cependant de signaler que la possibilité pour le juge d'intervenir dans la vie de la société n'est pas per se une garantie de la sécurité judiciaire. Il faudra aussi et surtout que le juge des Etats parties de l'OHADA soient bien formés, qu'ils soient dotés d'infrastructures qui les permettent de rendre la justice correctement. Il faut en plus, lutter contre la corruption qui reste une épine dans les milieux judiciaires africains et qui est à l'origine même d'une certaine méfiance. En effet, la sécurité judiciaire tant voulu par l'OHADA ne saurait être atteinte si la confiance entre les justiciables et la justice est mise a mal. Finalement, l'Etat doit mettre en œuvre des moyens importants dans la restauration de la justice pour mériter la confiance des investisseurs et parvenir ainsi à stimuler les économies des Etats membres.

Somme toute, sans judiciariser la vie de la société, le législateur a essayé de la moraliser en offrant au juge des pouvoirs d'injonction de plus en plus développés qui s'ajoutent aux pouvoirs qu'il détenait déjà. Il reste dès lors un personnage clé en tant que gardien du respect de l'intérêt supérieur de la personne morale et pacificateur des divers conflits d'intérêts et situations de blocage qui peuvent émerger au cours de la vie d'une société.

Néanmoins, cette intervention croissante doit trouver un certain équilibre avec une intervention excessive qui pourrait être préjudiciable à la vie économique. Le risque étant d'étouffer une certaine dynamique économique par un trop plein d'intervention.

Bibliographie

- Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, adopté le 17/10/1993 à Port-Louis (Ile Maurice) et publié au le Journal Officiel OHADA n° 4 du 01/11/1997.
- Traité portant révision du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, adopté le 17 octobre 2008 à Québec.
- Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique adopté le 30/01/2014 à Ouagadougou (BURKINA FASO).
- AKAM, A., Les mutations juridiques dans le système OHADA, Paris, L'Harmattan, 2009, 262 pages.
- ISSA-SAYEH, J. et LOHOUES-OBLE, J., Harmonisation du droit des affaires, Bruxelles, Bruylant, Collection Droit uniforme africain, 2002, 245 pages.
- MARTOR, B., PILKINTON, N., SELLERS, D. et THOUVENOT, S., Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA, LITEC, juillet 2004.
- POUGOUE, P.G. et KALIEU ELONGO, Y., Introduction critique à l'OHADA, Yaoundé, Presses Universitaires Africaines, 2008, 225 pages.
- KODO, J., « Le rôle de la jurisprudence de l'OHADA dans le développement économique en Afrique », in Travaux du Congrès 2008 de Lomé sur le thème « Le rôle du droit dans le développement économique », 27 janvier 2009, 23 pages.
- Droit des sociétés - Maurice Cozian, Alain Viandier, Florence Deboissy
- La définition de l'intérêt social – Géraldine Goffaux-Callebaut
- L'intérêt social – Philippe Bissara (Revue des sociétés, 1999)
- Nullités sans frontières, À propos articles L.235-1 et suivants du Code de commerce – Dominique Bureau
- Le juge des référés et la sanction de l'abus de minorité, notes sous Ccass. 4 février 2014 n°1229348 - Bernard Saintourens
- Pratique contractuelle - Jean-Baptiste Seube