



ANNALES
DE
L'UNIVERSITE
MARIEN NGOUABI

Sciences Juridiques et Politiques

VOL. 23, N° 1 - ANNEE: 2022

ISSN : 1815 - 4433 - www.annaesumng.org

**ANNALES
DE L'UNIVERSITE MARIEN NGOUABI
SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES**



VOLUME 23, NUMERO 1, ANNEE: 2022

www.annaesumng.org

SOMMAIRE

Directeur de publication G. ONDZOTTO	1	Cour constitutionnelle du Bénin et mutations constitutionnelles GNAMOU D.
Rédacteur en chef J. GOMA-TCHIMBAKALA	22	La portée de la vérité dans le procès civil en droit camerounais ANABA F.
Rédacteur en chef adjoint D. E. EMAANUEL ADOUKI	44	Le créancier hypothécaire face au débiteur en situation d'expropriation pour cause d'utilité publique GOUAMBE S.
Comité de Lecture : J.M. BRETON (Pointe-à-Pitre) E.J. LOKO-BALOSSA (Brazzaville) F. M. SAWADOGO (Ouagadougou) YAO- NDRE (Abidjan)	70	La protection des participants à la recherche au Cameroun dans la loi du 27 avril 2022 FOTUÉ KENGNE P. L.
Comité de Rédaction : D. E. EMMANUEL ADOUKI (Brazzaville) G. MOYEN (Brazzaville)	98	Réflexions succinctes sur les entraves à la transparence et la bonne gouvernance dans la gestion des finances publiques au Cameroun MVOGO M. C.
Webmaster R. D. ANKY	120	La notion de devoir de l'actionnaire FANOU F.
Administration - Rédaction Université Marien Ngouabi Direction de la Recherche Annales de l'Université Marien Ngouabi B.P. 69, Brazzaville – Congo E-mail: annales@umng.cg	158	Le juge et la défaillance des parties dans le bail a usage professionnel en droit de l'OHADA KOU MBA M. E.
ISSN : 1815 - 4433	184	Droit moral et propriété industrielle dans l'espace O.A.P.I. NGUELE MBALLA F.
	216	La chefferie traditionnelle dans l'Administration locale au Niger GANDOOU ZAKARA

**246 Les droits de l'homme et la protection du
patrimoine des minorités nationales en Afrique :
l'exemple de la législation sur les populations
autochtones au Congo - Brazzaville**
ONGAGNA P.



LA NOTION DE DEVOIR DE L'ACTIONNAIRE

F. FANOU

*Université d'Abomey-Calavi
République du Benin*

RESUME

Depuis quelques années, on assiste à l'émergence des devoirs de l'actionnaire qui laisse entrevoir le droit des sociétés de demain. Le devoir de l'actionnaire réduit les frontières entre ses devoirs et ses obligations. A l'analyse, la notion de devoir de l'actionnaire s'assimile à celle d'obligation du fait des spécificités liées à la personne de l'actionnaire et à la situation économique de la personne morale. Les devoirs de l'actionnaire, caractérisés par une diversité s'agissant de leur nature ou du contexte qui peut leur donner naissance, s'autonomisent vis-à-vis des obligations pesant sur l'actionnaire du fait de la généralité du devoir de celui-ci à l'égard de la société et à l'égard des autres actionnaires.

Mots-clés : devoir de l'actionnaire, obligation, assimilation, autonomisation.

INTRODUCTION

Il peut paraître surprenant de reconnaître des devoirs¹ aux actionnaires dans une matière gouvernée par le principe de la liberté et plus précisément celui de la liberté d'entreprendre. « La liberté d'entreprendre, la liberté de céder ou non ses parts, de voter dans tel ou tel sens, d'affecter les bénéfices, de choisir son cocontractant, de déterminer le contenu du contrat, (...), de choisir ses modes de financement, de déterminer sa structure juridique et de la faire évoluer, de concurrencer, de localiser son siège, de transférer ses activités, de prendre le contrôle d'une autre société »², est confrontée à l'émergence³ des devoirs dans une matière qui ne reconnaissait jusque-là que des droits et des obligations.

L'actionnaire est une personne qui a investi certains de ses biens et de ses espoirs dans la société, et à ce titre, il est légitime qu'il considère son intérêt personnel. Il est

aussi un membre d'une collectivité d'actionnaires composant la société. En cette qualité, il doit prendre en compte l'intérêt de l'ensemble de la collectivité. Ne dit-on pas que « l'esprit d'union qui conduit des personnes étrangères les unes aux autres à s'associer autour d'un projet commun suppose que chacune ait consenti à se soumettre à une discipline collective, sans laquelle la vie en société serait anarchique et dégénérerait en conflits entre des individus ayant des intérêts contradictoires. »⁴. Cet esprit d'union au service de l'intérêt de la société et non pas seulement au service des intérêts égoïstes de chacun de ses actionnaires est à l'origine de l'émergence depuis quelques années, des devoirs des actionnaires qui bousculent les certitudes classiques des droits et obligations en droit des sociétés.

« Le droit n'est jamais que l'autre aspect d'un devoir »⁵. D'un point de vue philosophique, le devoir a une connotation

1 Le devoir de ne pas faire prévaloir son intérêt égoïste sur l'intérêt social ainsi qu'en témoigne une abondante jurisprudence. Voir Cass. Com., 5 janv. 2016, n° 14-18688 et 14-18689 pour le devoir de ne pas frauder et Cass. 1^{re} ch. 17 mars 2016, n° 15-14072. Dans cette dernière décision, la première chambre civile de la cour de cassation française a reconnu à la charge de l'actionnaire, un devoir de ne pas ébruiter les éventuelles difficultés de la société.

2 J. MESTRES, « les devoirs de l'actionnaire », rapport de synthèse des actes du colloque de Deauville sur les devoirs de l'actionnaire, Gazette du Palais, juin 2016, pp. 78 et s.

3 L'émergence des devoirs en l'occurrence ceux des actionnaires a amené un auteur à projeter les bases du droit des sociétés de demain. Cf. H. LE NABASQUE, « les devoirs de l'actionnaire », propos introductif des actes du colloque de Deauville, Gazette du Palais, 2016, n° hors-série, p. 6.

4 S. MAZE, « les devoirs des actionnaires prépondérants en droit comparé, français, anglais et nord-américain », thèse, Paris, 1987, p. 93.

5 B. Evano, « la philosophie en 1000 citations », Eyrolles, 2011, p. 278.

morale. Il renvoie à une chose que l'on se promet de faire ou de ne pas faire au nom de l'éthique ou de l'honneur⁶. Le devoir est une exigence que l'on s'impose à soi-même, sans l'intervention de la loi ou du contrat et qui ne fait l'objet d'aucune sanction particulière. Juridiquement, le devoir est défini comme synonyme⁷ d'obligation assortie d'une sanction en cas de violation. Le cas échéant, le devoir ne renvoie pas à la morale ou à une exigence naturelle. Il instaure une obligation de faire ou de ne pas faire quelque chose à peine de sanctions.

Jean Jacques ROUSSEAU faisait remarquer que, s'il faut obéir par force on n'a pas besoin d'obéir au devoir. Selon l'auteur, le devoir ne relève pas du droit mais plutôt du domaine de la morale, du domaine de ce que chacun exige de soi⁸. Le devoir s'apprécie comme une autre facette du droit dont dispose une personne. Le devoir va toujours de pair avec le mot droit.

Du point de vue éthique, il n'y a pas de droit sans devoir. Le devoir apparaît ainsi

comme la contrepartie d'un pouvoir que détient un actionnaire à l'intérieur de la société et que les autres n'ont pas.

Il existe des difficultés sémantiques entre les notions de devoir et d'obligation. Souvent, ces notions sont utilisées comme synonymes. Il est courant d'employer indifféremment les expressions obligation d'information ou devoir d'information, obligation de loyauté ou devoir de loyauté⁹. Cette synonymie qui est reconnue par des voix autorisées est pourtant contestable¹⁰. Carbonnier enseigne que « le verbe devoir est au cœur de la notion d'obligation », tout en reconnaissant que ce verbe « est plus facilement senti que défini¹¹. ». Selon l'auteur, l'obligation est composée d'un debitum c'est-à-dire un devoir bilatéral et d'une obligatio, c'est-à-dire une contrainte. Pour être une obligation, il faut que le devoir soit un lien de droit, ce qui implique par ricochet une sanction en cas de sa violation. Le devoir serait une obligation

6 H. LE NABASQUE, « les devoirs de l'actionnaire », propos introductif des actes du colloque de Deauville, Gazette du palais, 2016, n° hors-série, p. 6.

7 G. CORNU, « vocabulaire juridique », Association Henri Capitant, Puf. 2009, p. 307 ; J. – P. CHAZAL, « les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », in actes du colloque sur la nouvelle crise du contrat, Paris, Dalloz, 2003, pp. 103- 104 ; voir. Aussi H. LE NABASQUE, op.cit. p.7.

8 J.-J ROUSSEAU, « du contrat social », 1762, Ed. Originale, Amsterdam, M.-M. Rey, 1962.

9 L. AYNES, « de l'obligation de loyauté », archives de philosophie du droit », 2000, t.44, p.198.

10 A. COURET, « l'émergence et la diversité des devoirs de l'actionnaire », in actes du colloque de Deauville sur les devoirs de l'actionnaire, Gazette du Palais, juin 2016, n° hors-série, pp.14 et s.

11 J. CARBONNIER, « droit civil Les obligations », Paris, puf. Thémis, 22^e éd. 2000, n°7.

naturelle dépourvue de sanction qui s'efforce à devenir un devoir¹².

Ce rapprochement des deux notions est éprouvé par un critère d'ordre qualitatif qui ne fait pas l'unanimité en doctrine¹³. La notion d'obligation serait plus précise et juridique que celle de devoir qui relève de la morale¹⁴. La distinction entre le devoir et l'obligation réside peut-être dans la synthèse de leurs critères. A la différence de l'obligation, qui se caractérise par une face active (la créance) et une face passive (la dette), « le devoir (...) ne peut être compté au passif du patrimoine de celui qui en est tenu¹⁵ ». Il n'est qu'une éventualité abstraite car, dans tout devoir, on reconnaîtra « le principe d'une dette, qui n'existe auparavant qu'à l'état d'éventualité »¹⁶. Une partie de la doctrine¹⁷, qui conteste la nature d'obligation conférée à certains devoirs notamment ceux de loyauté et de bonne foi, s'appuie sur cette distinction¹⁸.

Au sujet de la notion de devoir, deux conceptions se dégagent. Pour la première, le devoir est d'abord un impératif pour les autres. Synonyme d'obligation, il a un double sens selon Gérard CORNU¹⁹. Dans un sens général, le devoir qui s'analyse comme une obligation résulte de la loi²⁰. Dans un sens plus technique, le devoir s'entend comme une obligation c'est-à-dire la face passive d'un droit personnel.

Pour la seconde conception, le devoir renvoie à un corps de règles qui ne constitue pas des obligations juridiques véritables et qui tend à prendre place dans des valeurs communes qui émergent dans le droit des sociétés commerciales. Ces valeurs communes que constituent ces devoirs trouvent leur origine dans la prise en considération des droits de l'Homme et les principes généraux du droit. Dans son article intitulé « les sept piliers de la sagesse du droit », le président Pierre SARGOS en fait une belle illustration. Selon l'auteur, les devoirs naissent des

12 G. Ripert, « la règle morale dans les obligations civiles », LGDJ, 4^e éd. 1949, n°186.

13 J.-P. CHAZAL, « les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé loin ? », in nouvelle crise du contrat, Dalloz, 2003, p. 103.

14 M. FABRE-MAGNAN, « de l'obligation d'information dans les contrats », LGDJ, 1992, n°6.

15 Sur ce point voir Archives de philosophie du droit, 1957, pp.2et s.

16 J.- P. CHAZAL, op. cit. pp. 104-105.

17 P. STOFFEL-MUNCK, « l'abus dans le contrat », LGDJ, 2000, n° 148et s. ; Sur la divergence d'opinion à ce propos, V. G. VINET, « introduction à la responsabilité », LGDJ, 2^e éd. n°168, p. 284. ; P. Le TOURNEAU et L. CADIET, « droit de la responsabilité et des contrats », Dalloz Action, 200/2001, n°3021 et 3040.

18 J.-P. CHAZAL, op. cit. p. 105.

19 G. CORNU, « vocabulaire juridique », Puf. Paris, 2010, p. 307.

20 Ibid. p. 627.

principes matriciels de bonne foi et de primauté des droits de l'Homme²¹ dont on retrouve des expressions dans le droit des sociétés selon le Professeur Alain COURET²². Sur les terrains sociologique et juridique, la multiplication incessante des « droits subjectifs à... », a contribué à l'émergence des « droits de... ». Le devoir de précaution, le devoir d'assurer la responsabilité sociale²³ et le devoir de surveillance ont émergé²⁴. KANT nous le fait savoir en relevant que les droits vont toujours de pair avec les devoirs, c'est pourquoi on ne peut d'un point de vue éthique concevoir les premiers sans les seconds²⁵. La généralité du devoir marque une distinction entre ce dernier et l'obligation qui reste par opposition un lien de droit entre un créancier et un débiteur même si parfois ces deux notions sont étroitement mêlées²⁶. Dans le cadre de cette réflexion, l'on retiendra que l'obligation, se distingue du devoir qui relève d'une norme

de comportement non sanctionné juridiquement²⁷.

Au titre des facteurs d'émergence des devoirs, la jurisprudence occupe une place de choix. En effet, les devoirs de l'actionnaire se déduisent pour une grande part des solutions jurisprudentielles²⁸ cherchant à cultiver chez les justiciables le sens de la responsabilité en vue de l'instauration d'une certaine équité dans le droit commercial en général et celui des sociétés en l'occurrence. Le devoir n'est pas imposé ex ante par le législateur ; il se déduit ex post des solutions du juge²⁹.

Le développement des devoirs en droit des sociétés est l'expression d'une horizontalisation des rapports sociaux. Ce phénomène de l'horizontalisation laisse entrevoir que le devoir est moins contraignant et fait l'objet d'une acceptation par les assujettis. Le devoir est plus acceptable dans les rapports sociaux que l'obligation qui est le plus souvent

21 P. SARGOS, « les sept piliers de la sagesse du droit », JCP, 2015, p.34.

22 A. COURET, op.cit. p. 14.

23 P. ABADIE, « la responsabilité sociale et environnementale (RSE) des entreprises » in actes du colloque de Deauville sur les devoirs de l'actionnaire, Gazette du Palais, juin 2016, n° hors-série, pp. 67 et s.

24 Les devoirs sont intimement liés aux obligations. D'un point de vue éthique, on ne peut revendiquer les uns sans les autres.

25 B. EVANO, op.cit. p. 278 ; J. -P. SATRE, « la nausée », Gallimard, 1938, pp. 50 et s.

26 J.- P. CHAZAL, op.cit., pp. 104 et s.

27 FABRE-MAGNAN, op.cit. n°6.

28 Ibid. p. 100.

29 A. COURET, op.cit. p.15.

vécue comme une imposition, une contrainte, un impératif catégorique.

Le problème des devoirs en droit des sociétés se présente sous plusieurs facettes très diversifiées³⁰. Parmi ces facettes, on peut relever celle de la protection des minoritaires dans les sociétés anonymes. L'évolution actuelle du droit des sociétés se traduit par le renforcement de la protection des droits des actionnaires minoritaires par un contrôle de l'exercice des pouvoirs des majoritaires. Les décisions collectives peuvent être annulées pour abus de majorité et engager la responsabilité³¹ des actionnaires qui les ont voté à l'égard des actionnaires minoritaires. Le souci majeur du législateur et du juge en ce domaine est de trouver un équilibre entre la loi de la majorité et la protection tant de la société que de la minorité³². Il s'agit de protéger les actionnaires contre les pouvoirs que détiennent certains d'entre eux.

Les procédures collectives constituent un terrain privilégié du relais des devoirs de l'actionnaire. Une entreprise en difficulté financière n'implique en principe aucune charge ou obligation

supplémentaire à l'égard des actionnaires. Le droit des sociétés n'impose pas aux actionnaires la souscription d'engagements nouveaux en vue de l'assainissement des finances sociales. Ainsi, si aucun actionnaire ne consent des efforts, le risque que l'entreprise parvienne à un état de cessation de paiement et ensuite à une liquidation est grand si la situation financière se trouve être irrémédiablement compromise. Cette situation catastrophique ne peut malheureusement pas entraîner l'augmentation des obligations des actionnaires vu qu'aucune obligation légale ou conventionnelle de soutien de l'entreprise en difficulté ne pèse de plein droit sur eux. Les procédures collectives n'exposent guère l'actionnaire. Une fois que ce dernier a libéré les apports qu'il a promis, sa responsabilité est limitée auxdits apports³³. Il n'a jamais été question de lui imposer des obligations ou encore moins des devoirs autres que ceux qui résultent de l'engagement de son apport.

L'émergence des devoirs de l'actionnaire en droit français est contraire à la situation de faveur dont jouit ce dernier en droit OHADA. Le principe du refus de

30 Les devoirs de l'actionnaire s'apprécient dans le cadre général du devoir de loyauté de l'actionnaire ou de l'actionnaire contractant. Ils s'appréhendent également sous l'angle du devoir de voter et des droits de vote double. Les entreprises en difficultés sont aussi le terrain privilégié d'éclosion du devoir de vote de l'actionnaire ou de l'actionnaire.

31 Cf. article 130 al. 1 de l'acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

32 Cf. l'alinéa 2 de l'article 130 précité.

33 Exception est faite aux sociétés de personnes.

l'augmentation des engagements de l'actionnaire sans son consentement qui avait jusque-là une vocation naturelle à s'appliquer en droit OHADA des entreprises en difficulté a été renouvelé en droit français par plusieurs réformes³⁴ qui ont contribué à remettre en cause la situation de faveur dont bénéficiait ce dernier. Il s'agit de l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 qui fait peser désormais sur l'actionnaire un véritable devoir de reconstituer les capitaux propres, contribuant ainsi aux pertes, au risque de perdre le contrôle de la société et la loi n°2015-990 du 6 août 2015 qui a consacré le devoir de restructuration d'une entreprise en difficulté soumise à un redressement judiciaire sous peine de l'expropriation de la participation au capital social en cas de violation.

Face à l'émergence des devoirs qui se révèlent fort décevant pour l'actionnaire qui est un investisseur dans un contexte mondial de promotion des investissements économiques, l'intérêt d'une réflexion relative à l'appréhension de la notion de devoir de l'actionnaire s'avère indispensable pour deux raisons. D'un point de vue théorique, cette réflexion permettra d'élucider la notion de devoir au regard de

la diversité des facettes que présente leur émergence. D'un point de vue pratique, elle contribuera à un éclairage au sujet de la diversité de nature et de contexte des devoirs en vue de les séparer ou non de l'obligation qui est fondée sur une logique individualiste selon la doctrine³⁵.

Le lien créé par la diversité de nature et de contexte des devoirs des actionnaires avec l'obligation nous amène à nous poser la question de savoir si les devoirs des actionnaires relèvent-ils exclusivement des impératifs de l'ordre de la morale sans que le droit ne leur prête véritablement aucune attention ou peuvent-ils s'assimiler aux obligations ? Pour répondre à cette question, nous montrerons qu'il y a une assimilation des devoirs aux obligations d'une part (I) sans oublier que les devoirs s'autonomisent vis-à-vis de l'obligation d'autre part (II).

I- L'assimilation du devoir à l'obligation

Depuis quelques années, on observe une réduction des frontières entre les notions de devoir et d'obligation. Cette situation est le fait de spécificités de faits tenant d'une part à la personne de l'actionnaire et d'autre part à la situation économique de la personne morale de la société.

34 Cf. réforme de l'ordonnance française de mars 2014 et la loi du 6 août 2015.

35 H. Le NABASQUE, *op.cit.* P. 6.

A- Une assimilation liée à la personne de l'actionnaire

Les spécificités de faits liés à la personne de l'actionnaire qui constituent le fondement de certains devoirs, sont variées³⁶. Elles tiennent à la position de l'actionnaire dans le capital de la société et à la fonction de l'actionnaire au sein de la société.

Le droit des sociétés s'organise autour de deux préoccupations majeures que sont le contrat de société et l'état d'actionnaire qui fondent le financement de la société et la participation à la vie sociale³⁷.

Le financement de la société passe par la réalisation d'un projet de constitution, par la libération à son profit des apports souscrits par chaque actionnaire. Le financement de la société peut aussi s'étendre à la participation aux pertes sociales, lorsqu'en cours de fonctionnement, la société a accumulé des dettes que les actionnaires devront rembourser. La participation à la vie sociale quant à elle dépend de l'influence de la place de l'actionnaire dans la société. Cette participation confère à l'actionnaire le droit de vote qui ne peut être méconnu même si

rien n'oblige ce dernier à voter, ni même à assister à une assemblée générale.

Que la société soit considérée comme une institution ou un contrat, le droit des sociétés fait de la réalisation des apports un impératif, une obligation pécuniaire principale de tout actionnaire. L'impératif de la réalisation des apports est une obligation qui s'impose à tous les actionnaires individuellement pris, et tout actionnaire qui n'aurait pas satisfait à cette obligation pourrait être privé de cette qualité. En droit OHADA, la preuve de l'acquisition de la qualité d'actionnaire se fait par le contrat de société. La qualité d'actionnaire s'acquiert dès la souscription des actions indépendamment de leur libération³⁸.

La réalisation des apports est déterminante dans l'acquisition de la qualité d'actionnaire³⁹. Elle est décrite comme la seule véritable obligation de tout actionnaire car après la libération de l'apport, l'actionnaire ne risque aucune autre véritable obligation à l'exception de l'obligation de contribuer aux pertes

36 A. COURET, *op.cit.* pp.20-21.

37 Voir V. VIANDIER, « droit des sociétés », LGDJ, 1978.

38 CCJA, arrêt n° 080/ 2°14, pourvoi N° 168/2012/PC du 29/11/2012 : Madame

IBIKOUNLE KARAMATOU c/ La société CODA - BENIN et 5 autres, arrêt du 25/04/2014, OHADATA J.15-171.

39 L. GODON, « les obligations des actionnaires » thèse, Paris, 1996, pp. 18 et s.

sociales⁴⁰. Il n'est tenu par principe à aucune contrainte en cas d'augmentation du capital social. Il ne peut être contraint de céder ses droits sociaux ni de participer à l'assemblée générale, excepté le cas où il appartiendrait à une forme sociale qui ne prévoit aucune limitation de l'obligation au passif.

L'obligation pesant sur chaque actionnaire de libérer son apport a fait l'objet d'une controverse en doctrine⁴¹ au sujet de la question de savoir, qui est le créancier de l'obligation dont l'actionnaire est débiteur durant la période de constitution de la société ou au moment où la personnalité juridique de la société n'existe pas encore.

Au sujet du créancier de l'obligation de libération des apports au moment où la constitution de société n'est pas encore effective, deux conceptions se dégagent. La première assise sur le critère contractuel de la société apprécie l'opération d'apport comme un contrat synallagmatique qualifié de contrat de souscription⁴² qui est l'accessoire du contrat de société⁴³. Cette

analyse liée à la conception contractuelle qui fractionne le contrat de société en plusieurs conventions est discutable. D'abord, l'argument selon lequel la souscription d'apport, fait naître un contrat synallagmatique qualifié de contrat de souscription qui est un accessoire au contrat de société n'est pas convaincant dans la mesure où, le contrat de société n'étant pas encore constitué, il ne peut y avoir un accessoire. L'accessoire suivant le principal ne peut exister que si ce principal existe, or le contrat de société n'est pas encore constitué. Ensuite, un auteur fait remarquer que « les parties prenantes mettent en commun certains biens et c'est de cette mise en commun que naît la société après l'accomplissement de formalités requises⁴⁴ ». Il en déduit ainsi que la décomposition du contrat de société en plusieurs conventions n'est pas heureuse car les actionnaires apporteurs n'entendent pas séparer l'opération de souscription au contrat de société auquel elle donne naissance. Selon le professeur Germain, l'expression contrat de souscription est singulière car « la souscription peut être

40 Cf. article 53 de l'acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE.

41 Y. GUYON, droit des affaires, 8^{éd.}, Economica, pp. 134 et s ; M. GERMAIN, naissance et mort des sociétés commerciales, Etudes Roblot, Paris, 1984, p.217.

42 L'invocation du caractère synallagmatique du contrat s'explique par le fait que l'actionnaire

s'engage à verser l'apport promis et la société à son tour à rémunérer l'actionnaire par l'attribution de droits sociaux.

43 V. ROUAST, « la notion juridique d'apport en nature » thèse, Paris 1949.

44 Cf. B. ERIC « les apports » Dalloz n° 100 et s.

la preuve du consentement d'une personne à un contrat ; elle n'est pas par elle-même un contrat⁴⁵».

La seconde relative à la conception individuelle de la société présente, elle a aussi des insuffisances. Se fondant sur la théorie de l'engagement des apporteurs⁴⁶ par laquelle ceux-ci déclarent leur volonté d'entrer dans la société, elle ne rend pas suffisamment compte du fait que l'opération fasse aussi naître des obligations à la charge de la société qui doit rémunérer la souscription des apports versés.

Aucune des deux conceptions prises individuellement n'apporte une solution satisfaisante à la question posée qui est de savoir qui est le créancier de l'obligation de souscription dont l'actionnaire est le débiteur. Le rapprochement des deux conceptions pourrait constituer une solution satisfaisante⁴⁷. Le maintien de la conception contractuelle au stade de la constitution de la société est souhaitable sans qu'il ne soit question de penser que la société est dotée de la capacité juridique sans être immatriculée.

Le débat relatif au créancier de l'apport dont l'actionnaire est débiteur est plus théorique que pratique. Il ne remet pas en cause le principe selon lequel toute personne qui reçoit des droits sociaux a nécessairement effectué des apports⁴⁸ sociaux de peur d'y être contraint par les coactionnaires ou les créanciers sociaux⁴⁹.

L'ouverture de la procédure collective d'apurement du passif entraîne l'exigence de la libération des apports non encore libérés⁵⁰. L'engagement de souscription d'apport est une limite à l'obligation de l'actionnaire envers la personne morale. L'obligation de l'apporteur se limite exclusivement à tout ce qu'il a promis, rien que ce qu'il a promis. En effet, l'actionnaire ne peut être obligé d'augmenter sa promesse d'apport en cours de vie de la société. Si des circonstances exigent l'augmentation du capital en cours de vie de la société, chaque actionnaire sera libre d'accepter ou de refuser un apport nouveau. L'apport est un puissant indicateur de limitation des obligations de l'actionnaire ; nuance faite à certaines

45 Cf. G. RIPERT et ROBLOT par GERMAIN, tome 1 n° 1068.

46 Cf. CHAPUT, « droit des sociétés », Puf. 1993, n° 137.

47 Sur ces points voir HAMEL, la GARDE et JAUFFRET, « droit commercial », n° 385.

48 JEANTIN « droit des sociétés », Montchrestien 3^{ème} Ed, 1994, n°105.

49 V. Cass. Civ, 4 janvier 1887, D.P 1997, 1. 124

50 Cf. l'ordonnance française du 12 mars 2014 ; C. com. arts L.624-20 et L ; -ée-20, al. 2.

formes sociales dans lesquelles l'associé est tenu solidairement et indéfiniment⁵¹.

La création de la société poursuit la réalisation de profit. Cet objectif est si aléatoire qu'en cas de résultat déficitaire, les actionnaires devront être tenus d'en supporter les conséquences dans les limites de leurs apports. L'obligation de l'actionnaire à être tenu des risques sociaux est variable selon que la société est fondée sur des risques limités ou illimités. L'exigence pour l'actionnaire d'avoir à supporter un risque limité ou illimité influence le choix de la forme sociale au moment de la constitution de la société commerciale.

L'obligation du passif social se rapporte aux liens entre les actionnaires et les créanciers et se distingue de l'exigence de contribution aux dettes qui est relative aux rapports des actionnaires entre eux⁵². Le régime dit primaire des obligations des actionnaires met à la charge de ces derniers l'obligation de réaliser des apports⁵³ et l'obligation du passif social. Dans le premier cas, il s'agit de l'obligation qui pèse sur l'actionnaire de réaliser l'apport. Dans le second cas, l'engagement de l'actionnaire

envers les tiers est limité à son apport dans certaines catégories de sociétés. Ces deux exigences d'application stricte en droit des sociétés se trouvent éprouver depuis quelques temps par des spécificités de faits particuliers tenant à la personne de l'actionnaire. Ces spécificités justifient selon un auteur la reconnaissance de devoirs à la charge des actionnaires qualifiés de « prépondérants »⁵⁴.

Les devoirs à la charge de l'actionnaire qui marquent une rupture ou une évolution avec le régime dit primaire des obligations de l'actionnaire dans les sociétés commerciales sont le fait de sa position dans la société, de son métier, de son statut exorbitant de droit commun d'une part et aux spécificités liées au droit de vote d'autre part.

La position de l'actionnaire dans le capital social n'est pas indifférente des devoirs qui pèsent sur lui. Le porteur d'une minorité ou d'une majorité de blocage doit se priver d'usage non conforme à l'intérêt social. C'est de cette idée qu'est née la

51 Il s'agit des formes sociales des sociétés de personnes.

52 Sur ce point voir CARCREFF, « sur la confusion de la notion d'obligation aux dettes sociales avec celle de contribution aux pertes », G.P. 1976, 1

doctr. 145 ; Y. GUYON « droit des affaires » tome 1, n° 123 ; JEANTIN, « droit des sociétés », n°212.

53 L. GODON, op.cit. pp. 18 et s.

54S. MAZE, op. cit. pp. 51 et s.

prohibition de l'abus de minorité ou de majorité⁵⁵.

La question des devoirs de l'actionnaire reste depuis quelques années, une préoccupation majeure⁵⁶. En effet, aux Etats-Unis les tribunaux ont pu imposer des devoirs fiduciaires non seulement aux directeurs de la société mais aussi aux actionnaires qui la contrôlent⁵⁷. Le droit français quant à lui, met à la charge de l'actionnaire dominant certaines obligations notamment l'obligation de favoriser le retrait des actionnaires minoritaires⁵⁸.

La récente réforme du droit français des contrats a prévu un devoir très large à la charge des sociétés mères. Il y est mentionné que : « est responsable celui qui contrôle l'activité économique ou patrimoniale d'un professionnel en situation de dépendance, bien qu'agissant pour son propre compte, lorsque la victime établie que le fait dommageable est en relation avec l'exercice du contrôle. Il en ait ainsi des

sociétés mères pour les dommages causés par leurs filiales. »⁵⁹.

En violation des règles des groupes de sociétés qui admettent que la société mère n'a pas de devoir de soutien à sa filiale, la société mère se voit imposer un devoir pour les dommages causés par leurs filiales. L'arrêt Sodimedical de la chambre commerciale de la cour de cassation française du 3 juillet 2012 a implicitement reconnu l'absence de devoir de soutien pesant sur la société mère à l'égard de sa filiale⁶⁰.

Le droit français de l'environnement à travers la loi Grenelle du 12 juillet 2010 a consacré un système de responsabilité de la société mère en cas de non règlement par sa filiale en liquidation judiciaire d'un passif environnemental. De l'avis d'un auteur⁶¹, cette responsabilité émane d'un devoir de vigilance de la société mère, qui est l'entreprise donneur d'ordre⁶² ; ce que ne partage pas la cour d'appel de Paris lorsqu'elle arrête qu'« il n'existe pas de devoir général de prudence qui obligerait une société mère à soutenir sa filiale tout

55 Cf. arts 130 et 131 de l'acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE.

56 Ibid.

57 Ibidem

58 Le droit financier fait obligation à l'actionnaire dominant de favoriser le retrait des actionnaires minoritaires.

59 Cf. article 1360 al. 2

60 Cass. Com. 3 juillet 2012, n° 11-18026.

61 A COURET, op.cit. pp. 20 et s.

62 Ce devoir de vigilance est consacré par la loi française n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

au long de sa vie au-delà des engagements qu'elle a souscrit »⁶³.

La fonction exercée par l'actionnaire au sein de la société est un fait spécifique lié à la personne de l'actionnaire de nature à faire peser sur lui un devoir. En effet, l'actionnaire de la société qui exerce en son sein, une activité professionnelle se trouve assujéti à un devoir de loyauté envers celle-ci en raison de sa fonction. Le devoir de loyauté dont il s'agit est assimilable au concept de « the duty of loyalty » des pays de la Common Law. Le professeur Hervé LE NABASQUE le définit comme étant « l'obligation, pour les dirigeants de société, de ne pas utiliser leurs pouvoirs ou les informations dont ils sont titulaires dans un intérêt strictement personnel (...), contrairement à l'intérêt de la société ou à celui des autres actionnaires »⁶⁴. Le métier exercé par l'actionnaire au sein de la société met à la charge de ce dernier un strict devoir de loyauté qu'un auteur assimile à l'obligation⁶⁵.

La prohibition de l'abus de son statut par le dirigeant social n'est-elle pas

accompagnée d'un devoir d'information caché auquel serait assujéti le dirigeant actionnaire ? Le devoir d'information serait-il pour l'actionnaire dirigeant une simple exigence morale et non juridique ?

La cour de cassation au sujet du devoir d'information qui pèse sur l'actionnaire dirigeant a retenu que, le « dirigeant devait informer ses actionnaires de l'existence de négociations parallèles menées par le dirigeant avec les tiers afin de revendre à meilleur prix les actions objet de la cession »⁶⁶. L'emploi du groupe de mots « le dirigeant devait informer ses actionnaires » est assez éclairant. Le devoir qui incombe à l'actionnaire dirigeant d'informer les actionnaires au nom de la loyauté ne relève ni d'une faculté ni d'une simple exigence morale encore moins d'une invitation. Il s'agit d'une stricte exigence de prudence. On attend du dirigeant social une loyauté plus stricte à l'image de celle que

63 Cf. Affaire Rhodia, CA Paris, ch. 5 - 8, du 17 septembre 2013, n°12/ 02203 : RJDA ¼, n°41 ; Rev. Sociétés, 2014, p. 297. La décision du juge d'appel a été confirmée par la chambre commerciale de la cour de cassation le 10 mars 2015, n° 12-15505.

64 H. LE NABASQUE, « le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », RTD com., 1999, p. 273.

65 Ibid.

66 Cf. décision de la chambre commerciale de la cour de cassation française de 12 mai 2004.

l'on est en droit d'attendre d'un actionnaire d'une société en nom collectif⁶⁷.

Au sujet des devoirs spécifiques de l'actionnaire, il y a lieu de s'interroger sur la nature du droit de vote. Le devoir de vote peut être considéré comme un droit privé appartenant à l'actionnaire et que ce dernier peut légitimement l'exercer dans son intérêt personnel. Il est la contrepartie des attributs pécuniaires de l'apport de l'actionnaire. On peut le concevoir comme une fonction qui devrait être exercée dans une certaine finalité qui est celle relative à l'intérêt social.

La nature du droit de vote laisse entrevoir deux conceptions tout à fait différentes avec des conséquences opposées. Dans la première conception, l'actionnaire pourra par son vote, prendre toute décision qui lui plaira même si celle-ci est préjudiciable à l'intérêt de la société et à celui de ses actionnaires. Relativement à la seconde conception, on peut se poser la question de savoir dans quelle mesure une résolution d'assemblée générale portant atteinte aux intérêts de la société peut, pour

cette seule raison et malgré la régularité formelle, être sanctionnée ?

La problématique du droit de vote s'inscrit dans le contexte plus large de la théorie traditionnelle de l'abus de droit⁶⁸. La question s'est posée de savoir si celui qui exerce un droit subjectif pouvait-il être tenu pour responsable des conséquences dommageables que cet exercice entraîne pour autrui ? L'idée d'abus de droit, très ancienne dans le temps, est dominée de nos jours par des considérations d'ordre philosophique, d'ordre moral, ou politique.

Deux conceptions alimentent la controverse. L'une, individualiste, héritée de la révolution française de 1789 et la déclaration des droits de l'homme et du citoyen représentée par RIPERT. Cette conception donne à la loi, la fonction d'assurer à chaque individu le maximum possible de liberté et de droit. Elle laisse entrevoir que les droits sont presque par définition des domaines réservés à la liberté de chaque individu. L'autre qui subit l'influence des idées sociales relève quant à elle que, le contexte social dans lequel est placé l'individu et ses droits, restreignent non seulement la liberté absolue dont

67 Plusieurs décisions récentes de la cour de cassation française sont allées dans le sens de reconnaître à l'actionnaire dirigeant un strict devoir en rappelant que l'actionnaire conserve sa liberté et qu'il peut concurrencer la société sauf s'il a la qualité de dirigeant.

68 Voir sur ce point H. MAZEAUD, L. MAZEAUD et autres, « traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle », t. 1^{er}, n°547 et s., 8^e, 1965.

pourrait jouir l'individu, mais aussi lui impose des devoirs. JOSSERAND qui est le principal défenseur de cette conception, relève que les droits ne sont pas absolus mais relatifs et on peut, en retourner l'exercice contre la société qui en assure la reconnaissance. Vu sous cet angle, le droit de vote peut se livrer facilement à l'analyse en termes d'abus de droit. Le problème se pose sous l'angle de savoir si le droit de vote doit-il être envisagé selon une conception individualiste ? Doit-il être exercé selon certaine finalité ?

C'est dans le cadre de ce débat que la conception traditionnelle et donc individualiste du droit de vote a progressivement été délaissée au profit d'une autre plus moderne sans laquelle, il n'aurait été possible d'imposer aux actionnaires le devoir de voter dans l'intérêt de la société en raison de leur position dans celle-ci.

Existe-t-il une injonction de voter allant au-delà du seul droit de vote ? Cette problématique s'inscrit dans le cadre général d'une politique économique de meilleure gouvernance d'une entreprise. A

cet égard, une préoccupation internationale émerge en ce qui concerne l'amélioration de l'exercice du droit de vote dans le sens d'une plus grande incitation à voter⁶⁹. Au nom de la passivité, il est imposé aux entités qui regroupent des masses importantes d'actionnaires tels que les investisseurs institutionnels d'exercer de manière effective leur droit de vote⁷⁰. Le droit de vote n'est pas un droit absolu qui peut être exercé ou non en raison du principe d'autonomie de l'actionnaire. Il doit être exercé dans l'intérêt de la société et à ce titre, il est une manifestation particulière du droit de chaque actionnaire à participer aux décisions collectives⁷¹. Le droit de vote est devenu un devoir pour certaines catégories d'actionnaires⁷².

Lorsqu'un droit devient un devoir, c'est en vertu d'une obligation⁷³. On assiste à une mutation du droit de vote en devoir de voter en violation du principe de l'autonomie de l'actionnaire d'où l'assimilation du devoir à l'obligation du fait de ce qu'un auteur a qualifié de « pouvoir prépondérant »⁷⁴ de l'actionnaire au sein de la société. Dans ce contexte, le devoir de voter se rattache à une

69 Cf. Rapport OCDE 2004 - 2011 sur la gouvernance d'entreprise.

70 Voir sur ces points, M. NUSSENBAUM, « le devoir de voter de l'actionnaire : le devoir de voter et les droits de vote double », in actes colloque de Deauville, juin 2016, Gazette du Palais, numéro hors- série, p. 31.

71 Cf. c. civ. Art. 1844.

72 M. NUSSENBAUM, op. cit, p.31.

73 Ibid, p.32.

74 S. MAZE, op. cit., pp. 51 et s.

conception du droit de vote distincte de celle d'un droit naturel. Il s'agit d'une fonction ou d'un mandat dévolu par la société à ses actionnaires pour prendre des décisions dans son intérêt commun⁷⁵. Cette obligation devrait s'imposer à tous les actionnaires qui ont le pouvoir d'influencer tant la situation des autres actionnaires que celle économique de la personne morale de la société.

B- Une assimilation liée à la situation économique de la personne morale

Des devoirs des actionnaires sont apparus dans certaines circonstances de fait concernant la société elle-même. Ces circonstances spécifiques qui justifient des devoirs à la charge de certains actionnaires trouvent leur origine dans les difficultés financières de la personne morale de la société. Ces difficultés peuvent contraindre les actionnaires à prendre, soit des mesures de reconstitution des capitaux propres, soit des mesures de restructuration de la société⁷⁶. Le droit des entreprises en difficultés a suscité l'ombre de la naissance de devoirs à la charge de certains actionnaires.

Les actionnaires d'une entreprise soumise à une procédure collective ont longtemps bénéficié d'une situation favorable. Ils étaient seulement tenus de libérer les apports promis non encore libérés. Ils n'étaient pas tenus de contribuer aux pertes au-delà de leurs apports et n'étaient pas contraints de voter des mesures dans le sens de permettre la restructuration. Le droit français antérieur à l'ordonnance du 12 mars 2014 à l'image du droit OHADA⁷⁷ consacrait cette situation favorable de l'actionnaire d'une entreprise en difficulté. Il n'était pas question de lui imposer une quelconque obligation encore moins un devoir. La jurisprudence française est allée dans ce sens en sauvegardant les intérêts de l'actionnaire d'une entreprise en difficulté. Elle a retenu que : « l'ouverture d'une procédure de sauvetage ne peut être refusée (à une société) au motif que ses actionnaires ne seraient pas fondés à éviter, par ce moyen, d'en perdre le contrôle »⁷⁸. Cette situation privilégiée dont bénéficiaient les actionnaires d'une entreprise en difficulté est éprouvée par le droit⁷⁹ contemporain des sociétés

75 M. NUSSENBAUM, op. cit. p.32.

76 Cf. l'ordonnance française n° 2014-326 du 12 mars 2014.

77 Cf. arts 119-1 et 119-2 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

78 Cass. Com., 8 mars, 2011, n°10 -13988.

79 L'ordonnance française du 12 mars 2014 et la loi du 6 août 2015 sont de belles illustrations au sujet de ce que l'on pourrait qualifier de "nouveaux devoirs" de l'actionnaire⁷⁹ à l'ouverture d'une procédure collective.

commerciales. Il pèse désormais sur l'actionnaire d'une entreprise en difficulté, un devoir qualifié de véritable défi à la situation de faveur dont il bénéficiait à l'ouverture d'une procédure collective.

Les procédures collectives ont été confrontées à une difficulté qui est celle de savoir comment contraindre le débiteur d'apports non encore libérés à s'exécuter ? Ce questionnement a relevé la contradiction au détriment des créanciers qui subissent des préjudices à leurs droits à l'ouverture d'une procédure collective. La situation favorable des actionnaires qui ne pouvaient pas être contraint de libérer leurs apports souscrits et non encore exigibles portait une atteinte grave aux droits des créanciers. La loi française à travers l'ordonnance du 12 mars 2014 a modifié la règle en précisant que le jugement d'ouverture d'une procédure collective quelle qu'elle soit, rend exigible les apports non encore libérés⁸⁰. Désormais, le jugement d'ouverture produit la déchéance du terme pour l'actionnaire débiteur de son apport. Ce dernier ne pourra plus bénéficier des délais préalablement fixés pour libérer le capital souscrit.

L'ordonnance du 12 mars 2014 a ajouté que l'action en paiement exercée à ce titre peut l'être par le mandataire judiciaire, l'objectif étant de faciliter le recouvrement de la créance sur l'actionnaire⁸¹. Le recouvrement de la créance peut se faire par le liquidateur et dans une certaine mesure par un créancier contrôleur en cas de passivité du mandataire judiciaire⁸².

La jurisprudence, elle aussi n'est pas très favorable à l'actionnaire ayant souscrit des apports encore exigibles dans le cas d'une procédure collective. En effet, les juges refusent à l'actionnaire souscripteur d'un apport non encore libéré de bénéficier d'une compensation entre ledit apport avec la créance qu'il a sur la société. A cet effet, le juge français de la cour de cassation a refusé d'accueillir favorablement l'idée d'une connexité entre la dette de libération d'un apport et la créance de l'actionnaire au titre de son compte courant. L'argument évoqué était que la première naît du contrat de société tandis que la seconde découle du

80 V. C. com. Art. L. 624-20.

81 V. c. com. Article L. 622-20 al. 2.

82 La société en tant que créancière des apports promis ou souscrits a aussi qualité pour les recouvrer, exception faite en cas de son dessaisissement et en fonction de l'étendue de la mission de l'administrateur judiciaire le cas échéant.

crédit consentit par l'actionnaire à la société⁸³.

Selon la cour de cassation, l'actionnaire ne pouvant bénéficier de la compensation se heurte au principe de paiement immédiat de sa dette de souscription. Cette décision de la cour de cassation bien assise en jurisprudence est discutable car les deux créances bien que issues de contrats distincts présentent fort remarquablement une certaine connexité en raison du but unique c'est-à-dire le financement de la société vers lequel elles sont orientées. La libération des apports constitue ainsi une véritable obligation pour l'actionnaire souscripteur.

A l'exigence de la libération des apports souscrits, s'ajoute celle relative à la reconstitution des capitaux propres. Lorsque les capitaux propres d'une entreprise sous la forme sociétaire par actions deviennent inférieurs à la moitié de son capital social, ses actionnaires sont libres par principe d'opter de ne pas les reconstituer même si cette décision peut entraîner la dissolution de la société. En cas de procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, l'actionnaire se

trouve plus favorisé par l'article L. 225-248 qui dispense la société d'avoir à reconstituer ses capitaux propres durant toute la période d'observation et la phase d'exécution du plan arrêté par le tribunal.

La reconstitution des capitaux propres peut devenir la condition de l'adoption du plan de reconstitution dans le cas où le projet de plan prévoit une modification du capital social⁸⁴. Autrement dit, tant que le projet de plan ne prévoit pas d'augmenter ou de réduire le capital, celui-ci n'est pas modifié. Dans ce cas, les actionnaires n'ont aucune raison de se préoccuper de la reconstitution des capitaux propres. A contrario, si une restructuration passe par l'augmentation du capital ou sa réduction, alors les actionnaires seront contraints de reconstituer les capitaux propres à concurrence du montant proposé par l'administrateur⁸⁵.

L'augmentation par reconstitution des capitaux propres, lorsque la loi en fait une condition de l'adoption du plan de sauvegarde ou de redressement, peut-être une opération conjuguée de réduction ou d'augmentation du capital qualifiée de « coup d'accordéon »⁸⁶. L'opération de

83 V. Cass. Com., 20 mai 1997, n° 95-15298.

84 C. Com. Art. L. 626-3, al. 1^{er} et 2.

85 Le montant reconstitué ne peut être inférieur à la moitié du capital social.

86 L'augmentation du capital est réservée à une ou plusieurs personnes qui s'engagent à l'exécution du plan. Le coup d'accordéon favorise l'entrée de nouveaux bailleurs de fonds au capital social qui participe au redressement de la société.

coup d'accordéon présente l'inconvénient d'être un danger pour les actionnaires. Ces derniers courent le risque de perdre le contrôle de la société par la privation de leur possibilité de participer à une augmentation du capital doublée d'une suppression du droit préférentiel de souscription.

Les actionnaires majoritaires ou titulaires d'une minorité de blocage pouvaient faire obstacle à une telle augmentation jusqu'à l'avènement de l'ordonnance du 12 mars 2014. Ils étaient en mesure d'empêcher une augmentation du capital en leur dépend mais cette situation favorable relève désormais du passé. L'ordonnance du 12 mars 2014 a introduit deux réformes majeures ayant modifié la situation de l'actionnaire de la société bénéficiant d'un plan de sauvetage prévoyant la reconstitution de capitaux propres. En effet, dans le but de faciliter le vote de la modification des statuts en vue de mettre en œuvre la reconstitution des capitaux propres prévue par le plan, le tribunal peut donner mandat à l'administrateur judiciaire, en application de l'article L. 626-16, pour convoquer l'AGE en vue de la mise en œuvre des modifications statutaires induites par le plan de sauvegarde ou de redressement. Le tribunal peut décider que l'assemblée

générale extraordinaire statuera sur première convocation, à la majorité des voix des actionnaires présents ou représentés si ceux-ci sont titulaires de la moitié des actions ayant le droit de vote⁸⁷. On en déduit que l'obstruction de la minorité qui, par leur absence à l'assemblée ou par leur vote d'opposition pouvait empêcher l'adoption de la résolution sera levée à la première convocation à la majorité simple et non des 2/3 prévu par l'article L. 225-96 du Code du commerce.

Une autre exigence pesant sur les actionnaires d'une société et ayant changé leur régime de faveur se trouve à l'article L. 631-9-1 relative au plan de redressement. Elle rend possible la demande de désignation d'un mandataire ad hoc à qui sera confiée la charge de convoquer l'assemblée compétente en vue de voter une restructuration du capital à hauteur du montant prévu par le plan lorsque ce dernier est empêché par les actionnaires récalcitrants. Les opposants feront déposés par l'intervention du mandataire de leur droit de vote permettant par voie de conséquence de voter les modifications statutaires requises pour mettre en œuvre la modification du capital prévu par le plan. C'est alors un véritable devoir qui pèse sur les actionnaires de restructurer le capital

87 Cf. C. Com. Art. L. 626-16-1.

car, à défaut, ils s'exposent à l'effectivité du plan qui le fera et la réservera à un tiers qui prendra désormais le contrôle de la société. Comme on peut le voir, la procédure collective met à la charge des actionnaires des devoirs qui s'assimilent à de véritables obligations. De là, on en déduit qu'au-delà des devoirs, ce sont de véritables obligations qui pèsent sur les actionnaires de la société.

En matière de restructuration, l'actionnaire n'avait aucune obligation de financer la société en difficulté, ni ne pouvait être contraint de voter les modifications des statuts à cet effet. Cependant depuis quelques temps, les choses ne sont plus en état. L'ordonnance du 12 mars 2014 et la loi du 6 mai 2015 ont modifiés la situation de faveur de l'actionnaire. En effet, pèse sur lui, un véritable devoir de financer un plan de restructuration sérieux. Face à ce que l'on pourrait qualifier de "nouveau devoir" de l'actionnaire, on peut se poser la question de savoir s'il s'agit d'une véritable obligation juridique ou une faculté. La réponse à cette question est affirmative⁸⁸ car le devoir de restructuration qui pèse sur l'actionnaire est sanctionné en cas de violation. En effet, le

tribunal peut ordonner l'éviction de l'actionnaire et la prise de contrôle de la société par un repreneur. Le devoir qui pèse sur l'actionnaire de restructurer la société s'impose à ce dernier tant en matière de procédure de sauvegarde qu'en matière de procédure de redressement judiciaire.

Lorsque la société est soumise à une procédure de sauvegarde, pèse sur l'actionnaire le devoir de restructurer la société. L'objet de la procédure étant de réorganiser l'entreprise, pèse ainsi donc sur l'actionnaire des devoirs dont la portée varie selon que la procédure conduit ou non à la constitution de comités de créanciers⁸⁹.

La situation des actionnaires et de la société débitrice est sensiblement confortable en l'absence de comité dans la mesure où il revient à cette dernière et à elle seule de concevoir un plan qu'elle proposera aux créanciers. Dans ce cas, le rôle de l'administrateur sera d'assister la société à qui il ne pourra imposer les modalités de la restructuration⁹⁰. Les actionnaires ont la liberté d'organiser la procédure sans courir le risque d'un plan concurrent qui pourrait les évincer. Selon le Professeur François Xavier LUCAS, il

88F. X. LUCAS, « les devoirs de l'actionnaire d'une entreprise en difficulté. Les dispositifs légaux », in actes du colloque de Deauville sur les devoirs de l'actionnaire, Gazette du Palais, juin 2016, hors-série, pp. 50 et s.

89Ibid.

90 Ibidem

existe quand même un bémol à cette situation rassurante dont bénéficie la société⁹¹. Si le plan proposé par elle n'est pas sérieux et suffisamment convaincant, le tribunal autorisera la conversion de la procédure de sauvegarde en redressement judiciaire⁹². La mutation de la procédure de sauvegarde en redressement judiciaire présente l'inconvénient de voir fleurir des projets de plans concurrents de redressement qui échapperont aux actionnaires.

En présence d'un comité de créanciers, le risque d'existence de projets concurrents à débattre est grand. L'ordonnance du 12 mars 2014 a prévu que les membres du comité peuvent soumettre un projet de plan concurrent à celui de la société débitrice⁹³. Le cas échéant, si le projet concurrent proposé paraît plus sérieux et plus convaincant que celui présenté par les actionnaires de la société débitrice, ces derniers courent le risque de voir voter par le ou les comités de créanciers le plan qui sera par la suite adopté par le tribunal.

Le vote et l'adoption du plan concurrent entraîneront la prise de contrôle de la société débitrice par le ou les créanciers qui auront la charge d'exécuter le plan proposé. Ainsi les actionnaires de la société débitrice seront évincés et perdront leur participation au sein de la société. C'est donc au-delà d'un devoir pour eux de proposer un plan sérieux et convaincant, une véritable obligation juridique de soutenir la société sous peine d'expropriation et de restructuration à leur détriment. Les actionnaires auraient-ils des moyens de contourner les sanctions aussi sévères du non-respect des devoirs qui pèsent sur eux ?

On pourrait être tenté de croire à l'existence des possibilités⁹⁴ que les actionnaires auraient pour éviter leur éviction par le vote. La possibilité d'opposer un obstacle de cette nature ne sera pas prospère. En effet, l'obstacle lié au droit de veto que les actionnaires pourraient exercer au sein du comité serait contrarié par le tribunal. La raison est simple. Le tribunal ne peut accepter d'arrêter le plan proposé par la société débitrice lorsque le vote du plan par le comité et le rejet des

91 F. X. LUCAS, *op.cit.* pp. 52 et s.

92 V. c ; com. Art. L. 622-10 al.3.

93 V. C. com. Art. 626-30-2.

94 Les actionnaires pourraient contrarier le scénario de prise de contrôle hostile à l'occasion de plan de sauvegarde par les comités en participant audit

comité. Ils peuvent refuser de voter en assemblée générale extraordinaire les modifications statutaires nécessaires pour mettre en œuvre le plan de restructuration proposé par le ou les créanciers membres du comité.

plans concurrents n'auraient été possible que grâce aux seuls votes exercés par les actionnaires au sein du comité. Si les actionnaires de la société débitrice décident de créer par le vote à l'assemblée générale extraordinaire, un empêchement du plan proposé et homologué par le tribunal, ils pourraient être sanctionnés sur le terrain de l'abus de droit de vote et la désignation d'un mandataire ad hoc qui veillera à ce que ces droits soient exercés dans l'intérêt de la société⁹⁵.

Relativement à la procédure de redressement judiciaire, le devoir pesant sur l'actionnaire de proposer un plan de restructuration sérieux et convaincant est plus grand en intensité. La concurrence pour la reprise de la société est plus soutenue. L'exercice du management relatif à la réduction du risque d'expropriation des actionnaires s'ils ne parviennent pas à une proposition de plan sérieux et convaincant se trouve ainsi réduit. L'entreprise en difficulté est offerte aux repreneurs intéressés. Elle peut être mise en vente dès le jugement d'ouverture si les tiers sont invités à déposer des offres de reprises en vue de l'arrêté de plan de cession. Dans ce cas, une offre sérieuse et convaincante

augmente le risque d'expropriation des actionnaires.

Le redressement judiciaire fait naître le risque de voir émerger des propositions concurrentes. En matière de redressement judiciaire c'est à l'administrateur judiciaire qu'il revient de présenter un projet de plan en cas de plans concurrents. Il n'a aucune obligation de soutenir le plan proposé par la société débitrice et ses actionnaires et peut retenir celui proposé par des tiers dont les actionnaires se sont opposés, si ce plan offre de meilleures perspectives de financement et le redressement de l'entreprise. Il est évident que le devoir pour les actionnaires de restructurer la société est, une obligation de proposer un plan de redressement sérieux de peur de la concurrence des plans alternatifs offrant des perspectives de redressement plus convaincants qui, s'ils sont votés par les comités et homologués par le tribunal, conduiront « à l'élimination des actionnaires »⁹⁶. Face à des sanctions aussi sévères, les actionnaires disposent-ils des moyens de faire obstacle à ces mesures ?

Cette question appelle le droit d'opposition des actionnaires en assemblée générale extraordinaire des dispositions

95 V. Cass. Com. 9 mars 1993, n° 91-14685.

96 Cette opération destinée à l'élimination de la précédente équipe d'actionnaires est qualifiée de coup d'accordéon.

statutaires nécessaires pour la mise en œuvre du plan concurrent homologué par le tribunal mais cette option offerte aux actionnaires présente des limites. Les actionnaires opposants pourraient se voir reprocher un abus de leur droit de vote et surtout au retrait de leur droit de vote, soit encore à la cession forcée de leurs actions s'ils sont des actionnaires dirigeants. L'éventuelle opposition de ces derniers à la mise en œuvre du plan proposé et préféré par le tribunal serait neutralisée eu égard aux contraintes prévues par la loi, facilitant ainsi la prise de contrôle par un repreneur⁹⁷. Quant aux actionnaires non dirigeants, la loi permet de les contraindre à voter en permettant d'une part, la dépossession du droit de vote de ceux qui refusent de voter la modification du capital social permettant de rendre la restructuration des capitaux propres possible et d'autre part, la loi du 6 août 2015 autorise la dilution ou l'exclusion des actionnaires qui de manière injustifiée refusent de voter le plan de restructuration jugé convaincant par le tribunal comme l'unique moyen de sauver l'entreprise en difficulté⁹⁸.

Lorsque l'entrée en capital social par un tiers en vue du redressement de l'entreprise est le seul moyen de sortir l'entreprise en difficultés et de sauver l'emploi, le tribunal peut l'imposer à la demande du ministère public ou de l'administrateur à l'issue d'un délai de trois (3) mois après le jugement d'ouverture⁹⁹. Les actionnaires qui s'opposent au financement de la restructuration d'une entreprise en redressement judiciaire voir peser sur eux de véritables devoirs qui s'assimilent à des obligations et dont la violation entraîne leur éviction au profit des tiers et la prise de contrôle de la société débitrice par les tiers.

L'actionnaire a le devoir de ne pas s'opposer à une augmentation du capital qui s'avère nécessaire. Si son engagement est limité à son apport lors de l'ouverture d'une procédure collective et qu'il n'a pas l'obligation de souscrire à une nouvelle augmentation de capital, il lui appartient néanmoins de tout faire pour permettre à un tiers d'intervenir afin d'assumer le rôle d'actionnaire que lui ne peut ou ne veut plus assumer. Faute de cela, il pourrait engager sa responsabilité sur le terrain de l'abus de

97 Selon une voix autorisée, une telle mesure à l'égard des actionnaires serait possible par le tribunal à la demande du ministère public et à la condition que la situation de l'entreprise et le redressement judiciaire l'exige. V. F. X. LUCAS, op. cit., pp. 53 et s.

98 V. C.com art. L. 631-19-2. Ces exigences légales sont opérantes lorsque la procédure de redressement

concerne des sociétés de plus de cent cinquante salariés. L'objectif étant d'éviter une cessation d'activité qui serait de nature à générer des troubles à l'économie nationale et à l'emploi.

99 V. F. X. LUCAS, op.cit., pp. 53- 54.

droit de minorité en cas d'obstruction sur un vote en assemblée générale, qui entraînera son éviction et sa perte de contrôle dans le capital social¹⁰⁰.

Le renforcement du capital social peut se faire par émission d'obligations convertible. Les émissions d'obligations convertibles sont utilisées par des capital-investisseurs. Elles permettent l'augmentation des quasi-fonds propres à des taux d'intérêts négociés qui peuvent être fixés ou variables, amortissables sur la durée. Les émissions d'obligations peuvent aussi prévoir une prime de non-conversion à terme. Elles interviennent dans le cadre d'un projet d'investissement. Elles peuvent être aménagées de sorte à permettre la conversion des obligations en actions avant l'échéance. L'anticipation de la conversion des obligations en action permet à l'émetteur de renforcer ses fonds propres. Dans le cas où le projet de conversion des obligations¹⁰¹ échoue, les obligataires détiennent une dette sur la société et par conséquent, peuvent faire valoir leurs droits en tant que créancier.

Les devoirs qui pèsent sur l'actionnaire ne relèvent pas seulement de faits liés à l'actionnaire ou de circonstances

affectant le fonctionnement économique de la société. Il pèse aussi sur l'actionnaire des devoirs généraux autonomes vis-à-vis des obligations.

II- L'autonomisation du devoir vis-à-vis de l'obligation

Les devoirs auxquels l'actionnaire peut être tenu sont caractérisés par une diversité et une multiplicité s'agissant de leur nature ou du contexte qui peut leur donner naissance. Ces devoirs généraux qui sont autonomes vis-à-vis des obligations pèsent sur l'actionnaire le plus souvent du fait d'une part, de la généralité du devoir de l'actionnaire à l'égard de la société (A) et d'autre part, du fait de la généralité des devoirs entre actionnaires (B).

A- Une autonomie tenant à la généralité du devoir de l'actionnaire à l'égard de la société

L'autonomie c'est le pouvoir de se déterminer soi-même. L'autonomisation serait appréciée comme une certaine séparation, une distinction. Ainsi, l'autonomisation des devoirs vis-à-vis des obligations laisse entrevoir une ligne de démarcation entre le devoir et l'obligation.

100 J. L. MERCIER, « le devoir de favoriser le redressement de l'entreprise : les mécanismes conventionnels », in actes du colloque de

Deauville, Gazette du palais, juin 2016, hors-série, pp. 47 et s.

101 J. L. MERCIER, op. cit. p. 48.

Il s'agit en d'autres termes comme le fait remarquer le Professeur Alain COURET d'une distinction entre le devoir et l'obligation¹⁰². Selon l'auteur, « le devoir prend place entre l'obligation morale et l'obligation juridique. »¹⁰³. Devoirs et obligations relèvent de la normativité juridique ou simplement infra-juridique¹⁰⁴ et sont souvent l'œuvre de la jurisprudence.

L'actionnaire a deux créances possibles en termes de devoirs. Il a des devoirs envers la personne morale de la société dont il est actionnaire d'une part et des devoirs envers les autres actionnaires d'autre part. A l'égard de la personne morale, les devoirs de l'actionnaire ont comme créancier la société. L'actionnaire est un citoyen qui adhère à un contrat de société. A ce titre, il y a une diversité de

devoir notamment, des devoirs politiques et des devoirs comportementaux.

Parce que la société est un contrat, les actionnaires ont par principe l'obligation de réaliser des apports. L'évolution du droit des sociétés tend à l'affaiblissement de cette exigence en faisant éclore en la matière, le principe de la liberté. Les réformes récentes du droit OHADA des sociétés commerciales et du GIE instaurent le principe de liberté dans la fixation du capital dans la SAS¹⁰⁵. On assiste à une dégénérescence de l'obligation d'apport et à un développement du devoir¹⁰⁶. Un arrêt de la Cour de cassation française est allé dans ce sens en précisant que « ce devoir pesait non sur les dirigeants, mais sur les actionnaires »¹⁰⁷.

102 A. COURET, op.cit., p.14.

103 Ibid.

104 Ibidem ; V. J. CARBONNIER, « flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur », Paris, LGDJ, 7^{ème} éd. 1992.

105 F. FANOU, « La place de la liberté contractuelle dans l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE », in Annales Africaines, Janvier 2019, pp. 325 et s.

106 La dégénérescence peut expliquer ce que Bruno OPPETIT a qualifié d'« apparition de tendance régressives ». Selon l'auteur, « il peut apparaître difficile aujourd'hui de dégager avec certitude les orientations dominantes : la masse considérable de réformes, traduite en un gigantesque magma législatif et réglementaire, quoique favorisée par la stabilité institutionnelle et le renforcement de l'exécutif et du pouvoir des bureaux, ne s'est pas pour autant accompagnée d'une très ferme unité

d'inspiration dans ce flux ininterrompu de modifications en tous domaines. Ce manque d'homogénéité d'un tel "ensemble" tient d'abord au premier chef à la conception du droit, considérée comme simple instrument de changement social et économique, qui prédomine désormais dans nombre de grandes démocraties occidentales : une telle démarche interdit toute permanence des règles et toute définition d'une "politique" juridique au service de finalités et de valeurs prédéterminées. Mais cette hétérogénéité s'explique aussi peut-être par des causes plus techniques, liées essentiellement aux modes d'élaboration des solutions, notamment aux erreurs d'analyse prospectives et à l'absence d'un organe de gestion et de supervision de l'évolution du droit, ou encore à l'autonomie des branches du droit. ». V. B. OPPETIT, « droit et modernité », Paris, Puf. 1^{ère} éd. 1998, pp. 114-115.

107 Cass. Com., 13 mars 2015, n°12-15 505, BRDA6/15 ; BJS mai 2015, p. 244, n°113.

L'actionnaire a un devoir politique. En effet, l'esprit d'union qui fonde les personnes à s'associer les unes aux autres autour d'un projet commun suppose que chacun exige de se soumettre à la « discipline collective, sans laquelle la vie en société serait anarchique et dégènerait en conflit entre les individus ayant des intérêts contradictoires »¹⁰⁸. A l'image d'une démocratie politique, dans une société, les droits reçus en qualité d'actionnaire sont équilibrés par le respect de certains devoirs indispensables¹⁰⁹ au bon fonctionnement de la collectivité des actionnaires¹¹⁰. Les tribunaux veillent à ce que, ceux qui entrent en société soient animés d'un esprit de collaboration effective à l'exploitation dans un intérêt commun¹¹¹.

Même si la doctrine moderne relève que dans les sociétés par actions, celles cotées en bourse, l'affectio¹¹² societatis disparaît et peut ne pas exister chez la majorité des actionnaires ; il n'en demeure pas moins qu'une fois la société constituée, le respect de l'intérêt commun des

actionnaires exige en permanence de chacun quelles que soient ses motivations, l'adoption d'un comportement loyal à l'égard de ses pairs et de la société. Cette exigence de loyauté apparaît comme une traduction du devoir de bonne foi qui ressort de l'alinéa 3 de l'article 1134 du code civil français dans l'exécution de toute convention et donc du contrat de société. Ce devoir général au contenu très variable pénètre toutes les décisions de la vie sociale au point de devenir un devoir omniprésent, car aussi longtemps que l'actionnaire sera membre de la société, il devra se conformer à la bonne foi qui exige la discipline de groupe¹¹³.

Les devoirs politiques s'alimentent de plusieurs sources. Le devoir de donner un sens social au vote en est une illustration. En effet, dans les sociétés gouvernées par la règle de la majorité, la bonne foi préside à la saine gestion de l'intérêt collectif des actionnaires. De même que la minorité se doit d'accepter les décisions votées par le groupe majoritaire, de même celui-ci se doit

108 Cf. L. GODON, « Les obligations des actionnaires », op.cit., 1996, p. 93.

109 A. W. W. B. BIO MANSANG, « la démocratie dans le droit sociétairé OHADA », thèse, Cotonou, juin 2017, p. 8.

110 Ibid., pp. 232 et s.

111 La définition de l'affectio societatis donnée par la Cour de cassation française le 6 juin 1986 en est une illustration. Voir note Y. GUYON, RS, 1986, 585.

112 Il est le plus souvent défini comme « la volonté de se grouper pour mettre en valeur et gérer un patrimoine commun ou la volonté de collaborer activement et de manière intéressée et égalitaire au succès de l'entreprise commune. V. G. TERRIER, « le devoir de loyauté des actionnaires », in actes du colloque de Deauville sur les devoirs de l'actionnaire en droit des sociétés », Gazette du Palais, juin 2016, hors-série, p. 24.

113 A. COURET, op.cit., p. 17.

de prendre en compte l'intérêt de tous¹¹⁴. L'affectio societatis qui justifie la prise en compte de l'intérêt des autres dans la mise en œuvre de son propre intérêt individuel est « la condition première pour que le groupement des actionnaires ne soit pas le théâtre des luttes des intérêts particuliers mais une union cohérente pour la satisfaction des intérêts dans la société, de chacun des actionnaires. »¹¹⁵. La communauté d'intérêt recherchée implique que les décisions du plus grand nombre ne portent pas préjudice aux autres membres du groupe. Le pouvoir dont dispose la majorité n'est donc pas un pouvoir absolu ne comportant aucune limite. La majorité ne doit pas abuser de son pouvoir. L'abus de son pouvoir par la majorité est la « négation même de l'affectio societatis. Il traduit la violation délibérée par les majoritaires de l'un de leurs devoirs fondamentaux : respecter l'égalité des actionnaires. »¹¹⁶.

Le respect du devoir fondamental d'égalité des actionnaires conduit à

sanctionner les abus de minorité. Il ne faut pas perdre de vue que la minorité peut, elle aussi imposer sa volonté. Elle peut jouer un rôle déterminant lorsque les décisions projetées réclament le quorum ou une majorité renforcée que le groupe majoritaire ne peut atteindre seul. Les actionnaires minoritaires auront parfois velléité à user d'un pouvoir de blocage des décisions abusivement. Dans tous les cas, l'abus de droit de vote qu'il soit le fait de la majorité ou de la minorité contrarie le devoir de loyauté et de bonne foi exigé de tout actionnaire dans l'exécution du contrat de société¹¹⁷. De ce qui précède, on relève l'ampleur du devoir de bonne foi qui incombe aux actionnaires lors du vote qui reste un devoir politique majeur en assemblée et qui peut avoir des conséquences sur la situation des autres actionnaires, de l'entreprise sociale, voire des tiers¹¹⁸.

S'agissant des devoirs comportementaux, il faut noter que pèse sur

114 Le rapprochement de ces deux exigences au service de l'intérêt social est au cœur de ce BIO. MANSA a qualifié de « démocratie dans le droit sociétaire ». Selon l'auteur, placer l'actionnaire au cœur de la gouvernance des sociétés est la condition d'instauration de la démocratie dans le droit des sociétés. Cette démocratie est rendue possible grâce à la conciliation de l'intérêt commun des actionnaires et les intérêts catégoriels. V. A. W. W.B. BIO MANSA, « la démocratie dans le droit sociétaire OHADA », thèse, Cotonou, 2017, pp.183 et s.

115 M. SCHMIT, « les droits de la minorité dans la société anonyme », thèse, 1960, n°102.

116 M. SCHMIT « la loi de la majorité », RJC, spécial, n°1991, p.73 ; Voir aussi cour de cassation française le 3 juin 1986 sur la définition de l'affectio societatis. Selon la haute juridiction française, l'affectio societatis exige une exploitation dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité.

117 Cf. article 4 de l'acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE au sujet de la définition de la société commerciale.

118 L. GODON, op.cit., pp.99 et s.

l'actionnaire le devoir de ne pas nuire, le devoir de ne pas empiéter sur les droits d'autrui et enfin le devoir d'agir dans l'intérêt social.

Ne pas nuire, est le premier devoir de chacun dans le groupement. Il s'impose aux actionnaires qui sont tenus par le respect d'autrui. La jurisprudence sanctionne celui qui a voté des décisions en assemblée et qui vient les critiquer ensuite en justice¹¹⁹. Il en est de même de celui qui invoque en justice une nullité dont -il est le seul responsable¹²⁰. Nous sommes en face, à l'aune de ce qui précède, sans doute en présence d'un devoir général de ne point dénigrer une société dans laquelle on est actionnaire sous peine d'être sanctionné sur le terrain de la responsabilité délictuelle sur le fondement de l'article 1382 du code civil.

Le devoir général de ne pas dénigrer la société dans laquelle on est actionnaire peut-il s'assimiler à un devoir de loyauté de l'actionnaire envers la société ? La réponse à cette question paraît négative au regard de la jurisprudence. Selon elle, il n'y a pas de devoir de non-concurrence qui s'impose à l'actionnaire lorsque ce dernier n'a pas la

qualité de dirigeant de la société¹²¹. S'il est admis qu'il ne pèse pas sur l'actionnaire un devoir de non-concurrence, ce dernier ne peut se voir assujettit, un devoir d'éviter de saisir une opportunité offerte par la société. Il s'agit là d'un refus de reconnaître le devoir d'exclusivité qui serait une atteinte grave à la liberté d'entreprendre, exception faite à l'apporteur en industrie dans une SAS¹²². Le devoir de ne pas nuire reste une exigence générale qui n'a pas de débiteur identifié à l'opposé de l'obligation.

De l'arrêt Malte du 4 juin 1946¹²³, il ressort le devoir de ne pas dépasser les droits détenus au titre d'actionnaire. La théorie des dirigeants de fait est une illustration de ce devoir de ne pas dépasser les droits détenus au titre d'actionnaire. Il en va de même du devoir de non-immixtion de la société mère dans la gestion de sa filiale. Sur ce point, il est à noter la retenue dont fait preuve la jurisprudence, sur ce en quoi consiste le devoir. Pour elle, l'immixtion n'engage pas la responsabilité tant qu'elle n'a pas créée une apparence trompeuse pour les tiers de bonne foi¹²⁴. Le véritable devoir est donc de ne pas empiéter sur son pouvoir

119 Cass. Com., 19 nov. 1991, n°90-16660.

120 Cass. Com. 1^{er} déc. 1975, n°74-13256.

121 R. MARTIN- ROSE, « Regard sur l'obligation de non-concurrence en droit des sociétés », JCP, Ed. 2012, 1713

122 P. MOUSSERON et I. CHATAIN- AUTASON, « droit des sociétés », Joly, 2013, n°175.

123 Voir JCP 1947, I, 3518, note Bastian ; S, 1947, I, P. 153.

124 Arrêt Tapie, Cass. ass. Plén. 9 oct. 2006, n°06-11058 et 06-11307, D. 2006, p. 2525

de nature à égarer les tiers¹²⁵. De ce qui précède peut-on en conclure qu'il pèse sur l'actionnaire un devoir général de loyauté ?

Selon un auteur « la loyauté exige de ne pas tromper, ne pas mentir. Mais surtout, d'adopter une attitude cohérente, une unité de comportement, qui permet à autrui de déterminer avec confiance sa propre conduite. En ce sens, le contraire de la loyauté est la duplicité, l'attitude double qui égare autrui et ruine ses prévisions... »¹²⁶. La loyauté au-delà de sa dimension morale et éthique est un indicateur de transparence et de cohérence.

En droit des sociétés, la spécificité d'un devoir de loyauté est difficile à établir. Sa vigueur dépend du pouvoir de l'actionnaire au sein de la société¹²⁷ et de la densité de l'affectio societatis. En règle générale, l'actionnaire n'est tenu par un devoir de loyauté¹²⁸ mais il est tenu d'adopter un comportement loyal vis-à-vis

des dirigeants sociaux à l'occasion de leur révocation. Dans ce cas, la loyauté de l'actionnaire s'apprécie au regard du caractère abusif de la révocation¹²⁹, lorsque celle-ci ne respecte pas les droits de la défense¹³⁰. Dans la droite ligne de cette jurisprudence, les juges de fond condamnent non seulement la société mais aussi les actionnaires lorsque l'agissement déloyal leur est imputable. Dans un arrêt du 29 mars 2007, la cour d'appel de Versailles a condamné in solidum la société et les actionnaires pour avoir révoqué abusivement un dirigeant, sans respecter leur « devoir de loyauté dans les rapports sociaux »¹³¹.

La référence au devoir de loyauté des actionnaires a cependant été rejetée par la cour de cassation française qui a ainsi confirmé sa jurisprudence antérieure. Selon celle-ci, la responsabilité de l'actionnaire à l'égard du dirigeant nécessite la preuve d'une intention de nuire¹³². Allant dans le même

125 Il est à noter que l'arrêt Molex qui consacre l'immixtion comme une condition du co-emploi en est une exception. Cf. cass. soc., 2 juillet 2014, n°13-15208, FS-PB ; BJS oct. 2014, p. 394, note N. Pelletier.

126 I. AYNES, « l'obligation de loyauté », *Archive de philosophie du droit*, 2000, n°44.

127 H. Le NABASQUE, « le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *op.cit.* 1999, p. 273.

128 B. DONDERO et P. Le Cannu, « droit des sociétés », *Lextenso*, 2011, 4^e éd. SS. 154 et s.

129 G. Terrier, « le devoir de loyauté de l'actionnaire », in *actes du colloque de Deauville*, juin, 2016, n° hors-série, p.26

130 CA Versailles 12^e ch. 29 mars 2007, n°06/01432 : BJS Sep. 2007, P. 973 ; cass. com. 25 nov. 2014, n°13-2146 ; cass. Com 3 mars 2015, n° 14- 12036.

131 CA Versailles 29 mars 2007, n°06/01-432.

132 Sur ce point, v. Cass.com. 1^{er} déc 1994, BJS, 1994, p. 123 ; Cass. Com. 13 mars 2001, n°98-16197, D., 2001, p. 1175 ; cass.com. 12 mars 2013, n°12-11514, *Rev. Sociétés*, 2013, p. 346 note B. Dondero.

sens, un arrêt du 14 mai 2013 de la chambre commerciale de la cour de cassation française a distingué entre la responsabilité de la société pour manquement à son devoir de loyauté envers le dirigeant et celle de l'actionnaire qui ne peut être retenue qu'en vertu d'abus de droit caractérisé par une « volonté malveillante » ou une « intention de nuire »¹³³.

La problématique de la loyauté appelle quelques observations en ce qui concerne l'obligation de non-concurrence. En règle générale, les actionnaires ne sont pas tenus à une obligation de non-concurrence envers la société¹³⁴. Bruno Dondero et Paul Le Cannu¹³⁵ faisaient remarquer pourtant que l'exigence d'un devoir de loyauté n'a pas la même intensité selon la forme de la société. Selon ces auteurs, « elle est à son maximum dans les sociétés de personnes, quand elle se combine avec un fort intuitu personae » faisant ainsi exception au principe à l'image de bon nombre de jurisprudences.

La Cour de cassation française a jugé à de nombreuses occasions que la seule

limite à l'absence d'obligation de non-concurrence de l'actionnaire se trouve dans la présence d'une concurrence déloyale. Elle a arrêté dans une décision¹³⁶ en date du 19 mars 2013 que « l'actionnaire d'une société à responsabilité limitée n'est pas, en cette qualité, tenu de s'abstenir à exercer une activité concurrente de celle de la société et doit seulement s'abstenir d'actes de concurrence déloyale ». On en déduit que l'actionnaire n'est pas préservé contre une action en concurrence déloyale¹³⁷. Par contre, lorsque l'actionnaire est apporteur d'un fonds de commerce ou apporteur en industrie, la jurisprudence en déduit l'existence d'une obligation de non-concurrence de plein droit au contrat d'apport en industrie¹³⁸. Aussi convient-il de noter que l'apporteur d'un fonds de commerce est tenu à l'égard de la société d'une obligation de garantie de son fait personnel dont il résulte l'obligation de ne pas exercer une activité concurrente à celle de la société. Cette obligation de garantie demeure même après la période

133 G. Terrier, *op.cit.*, p. 26.

134 Cass. Com. 19 mars 2013, n°12-14407 ; cass. Com., 10 sept. 2013, n°12-23888 et cass.com. 3 mars 2015 n°13-25237.

135 Le Cannu et B. Dondero, « droit des sociétés », *op. cit.*, 2013, 4 éd. n°165.

136 Cass. Com. 19 mars 2013, n°12-14407

137 La jurisprudence fait peser sur l'actionnaire de SNC une obligation de non concurrence de plein droit.

138 Y. SERRA, « La concurrence en matière commerciale, sociale et civile », Dalloz, Coll. Droit usuel, 1991, n°82

d'expiration de l'engagement du vendeur de se rétablir¹³⁹.

Lorsque la concurrence est le fait d'un actionnaire dirigeant, l'interdiction de la jurisprudence au dirigeant de concurrencer la société est consacrée. La Cour de cassation française depuis 1998¹⁴⁰ a retenu ce devoir de non-concurrence. Dans un arrêt en date du 15 novembre 2011, la haute juridiction a étendu l'interdiction de non-concurrence à l'hypothèse de l'accaparement d'une opportunité d'affaires par un gérant associé de SARL, jugeant que pèse sur ce dernier une « obligation de loyauté et de fidélité (...) lui interdisant de négocier, en qualité de gérant d'une autre société, un marché dans le même domaine d'activité »¹⁴¹.

Un arrêt de la cour de cassation de 2004 a condamné un actionnaire d'une SA, ancien dirigeant d'une société, pour violation de son obligation de non concurrence sur le fondement du devoir de loyauté. Les faits de l'arrêt relèvent que l'ancien dirigeant était un co-fondateur de la

société au sein de laquelle il demeurait actionnaire et principal responsable salarié. Ayant fondé une société de même objet social que la première société dans laquelle il était dirigeant, l'ancien dirigeant avait selon les mots de la cour de cassation française, manqué « à son obligation de loyauté envers la société dont il demeurait actionnaire »¹⁴². Comme on peut l'observer, « le rôle particulier exercé par le passé par l'actionnaire dans cette société en qualité de cofondateur et d'ancien dirigeant »¹⁴³, justifie la violation d'une obligation de non concurrence à l'égard de la société concernée.

Au regard de ce qui précède, on remarque que sur le fondement du « devoir de loyauté, on peut sanctionner la violation de l'obligation de non-concurrence. On en déduit que la sanction de l'obligation de non-concurrence devient indirectement un critère qui met à la charge de l'actionnaire un devoir de loyauté »¹⁴⁴. Si

139 Cass. Com., 16 janv. 2001, n° 98-2145, Guilleminot C/SA Marquet, RTD Com, 2001, p. 406, obs. J. Dérupe

140 Arrêt cass. Com. 24 Fév. 1998, n°96-12638, BJS juillet 1998, p. 813, n°266, note B. Petit.

141 Cass. Com 15 nov. 2011, n°10-15049, Dr. Sociétés, 2012, com. N°24 M. Roussille

142 Cass. Com 5 oct. 2004, n°02-17375, D, 2005, p. 2454, obs. Y. Picod

143 Ibid

144 La cour de cassation française n'a-t-elle pas jugé à de nombreuses occasions que la seule limite à l'obligation de non-concurrence pesant sur l'actionnaire se trouve dans la présence d'une concurrence déloyale. Cass. Com 19 mars 2013, n°12-14407, op.cit.

l'actionnaire n'est pas tenu d'obligation de non-concurrence, il doit quand même s'abstenir d'acte de concurrence déloyale¹⁴⁵. La loyauté à l'opposition de non-concurrence est un devoir comportemental que l'on peut attendre de l'actionnaire.

Le devoir de loyauté que l'on peut attendre de l'actionnaire a aussi pour fondement les engagements souscrits par l'actionnaire au bénéfice direct ou indirect de la société qu'il a promis de ne pas concurrencer. La jurisprudence apprécie le devoir de loyauté de l'actionnaire-salarié comme lui interdisant d'exercer une activité concurrente à celle de son employeur¹⁴⁶. Au nom d'une exigence de loyauté, on peut sanctionner l'actionnaire-salarié sous prétexte d'une activité concurrente. La loyauté est ici considérée comme un devoir général envers la personne morale de la société. Dans ce sens, le devoir de loyauté devient une norme de comportement et c'est seulement lorsque l'actionnaire à la qualité de contractant que pèse sur lui un véritable devoir de loyauté qui a pour relais

l'engagement souscrit par celui-ci¹⁴⁷. Les devoirs autonomes qui pèsent sur l'actionnaire ne sont pas exclusivement à l'égard de la société. Ils s'étendent aussi aux autres actionnaires.

B- Une autonomie en référence à la généralité des devoirs entre actionnaires

L'actionnaire n'est pas nécessairement, un associé selon la cour de cassation française¹⁴⁸. Pour la haute juridiction, l'actionnaire peut n'être qu'un simple investisseur¹⁴⁹. En tant que simple investisseur, l'actionnaire a deux devoirs notamment les devoirs d'agir et celui de s'abstenir.

Ces deux devoirs de l'actionnaire pourraient trouver fondement dans le fameux passage de DEMOGUE qui relève que « les contrats forment une sorte de microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler pour le but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans une société (...) commerciale. Alors, à l'opposition entre

145 Ibid.

146 Y. Serra, « l'obligation de non-concurrence de plein droit et les contrats n'emportent pas transfert de clientèle », JCPE, 1994, 349, spéc. N°12.

147 On peut relever le cas de l'actionnaire lié par un contrat de travail et de l'actionnaire lié par une clause statutaire de non-concurrence.

148 Cass. com. 16 novembre 2004, n° 00-22713, RTD com. 2005, p.111, obs. C. CHAMPAUD et D. DANER, D. 2004, p. 3144 ; cass. Com. 22 février 2005, n°02-14392, RTD. Com. 2005, p. 344, obs. C. CHAMPAUD et D. DANER, D. 2005, p. 973.

149 Sur ce point voir C. BARRILLON, « le critère de la qualité d'actionnaire », thèse, Paris Ouest Nanterre la défense, 2016, n° 770 et s.

le droit du créancier et l'intérêt du débiteur, tend à se substituer une certaine union »¹⁵⁰. Cette formule qui semble peu distinguer le contrat-change du contrat-organisation est à l'origine des devoirs d'agir et de s'abstenir qui construisent le ciment de la fraternité entre les actionnaires¹⁵¹. Il est recherché chez les actionnaires la bonne volonté, le souci de se dépenser au profit de son cocontractant, de collaborer avec lui, de lui faciliter la tâche, en un mot de l'aimer comme un frère, d'agir ou de s'abstenir en sa faveur¹⁵².

Si les devoirs d'agir et de s'abstenir en faveur des autres actionnaires ont le mérite de servir l'intérêt commun au détriment des intérêts individuels égoïstes, leur justification ou fondement reste discutable. En effet, parler de fraternité à propos des rapports contractuels, c'est d'une part galvauder des sentiments nobles et élevés qui peuvent exister entre des frères et d'autre part, c'est se méprendre sur la nature réelle des liens qui se nouent entre

actionnaires d'une société. La relation sociétaire instaure entre les actionnaires des relations d'affaires. Même si cela relève de bons sentiments, il est surhumain¹⁵³ de faire peser sur un actionnaire (c'est-à-dire un partenaire d'affaire) le devoir de considérer les autres actionnaires comme des frères pour ainsi agir ou s'abstenir en leur faveur. La fraternité suppose une affection qui n'est pas de mise dans les échanges économiques comme celui existant entre actionnaires dans une société¹⁵⁴.

On trouve dans le devoir de d'abstenir, le devoir de ne pas nuire. Son expression la plus évidente se trouve dans la jurisprudence sur l'abus de majorité qui considère que la volonté de nuire aux actionnaires minoritaires fait partie de ses critères d'appréciation¹⁵⁵. Comme beaucoup de devoirs et parce qu'ils sont selon un auteur¹⁵⁶ de simples devoirs, celui de s'abstenir en certaines circonstances a des applications anciennes¹⁵⁷. Ce devoir concerne surtout les rapports entre

150 DEMOGUE, « traité des obligations en général », t. VI, 1931, n°3.

151 Au sujet du devoir de fraternité, v. D. MAZEAUD, « loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle », in l'avenir du droit, Mélanges Terré, Dalloz, Puf, juris- classeur, 1999, p. 603.

152 Cette invitation de l'actionnaire à un devoir d'agir ou de s'abstenir en faveur des autres actionnaires même si elle trouve une réponse positive en droit des sociétés reste quand même éprouvée par la très belle question posée dans la

Genèse : suis-je le gardien de mon frère ? cf. Genèse 4,9.

153 J. -P. CHAZAL, op.cit. Paris, p. 121.

154 Ibid

155 Cf. Tribunal régional de Niamey, jugement civil n°96 du 26 mars 2003 dans l'affaire Abbass Hamoud C/ Jacques Claude Lacour.

156 A. COURET, op.cit.p.20.

157 Ibid

actionnaires car il découle pour l'essentiel de l'idée de conflit d'intérêts¹⁵⁸.

Le devoir de loyauté de l'actionnaire peut aussi être relayé par les engagements qu'il a souscrits. L'engagement de l'actionnaire envers les autres actionnaires peut trouver sa justification dans l'existence des pactes d'actionnaires¹⁵⁹. Ils sont définis comme l'ensemble des conventions extrastatutaires par lesquelles deux ou plusieurs actionnaires, qu'ils soient des personnes physiques ou morales s'organisent au sein de la société commerciale, au regard de la gestion du pouvoir et la détention du capital¹⁶⁰. L'article 2-1 de l'acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE prévoit que : « sous réserve du respect des dispositions du présent acte uniforme auxquelles il ne peut être dérogé et les clauses statutaires, les actionnaires peuvent conclure des conventions extrastatutaires en vue d'organiser, selon les modalités qu'ils ont librement arrêtées.... »¹⁶¹. L'utilisation du contrat au service du droit des sociétés dans l'espace

OHADA se manifeste par la consécration des conventions extrastatutaires afin de répondre aux besoins des actionnaires voulant adapter leur société.

La qualification de pacte rappelle l'idée de l'engagement des actionnaires. Le pacte renvoie également à l'anticipation d'une collaboration¹⁶², d'une stratégie dans laquelle chaque partie prenante trouvera son intérêt qui peut être identique ou non à celui des autres actionnaires parties au pacte. La collaboration à laquelle invite le pacte présage un certain devoir de loyauté de tous ses signataires en vue de la prise en compte des intérêts de chacun et de tous.

La société est le lieu d'existence d'intérêt diversifiés et distincts et souvent divergents. Le pacte d'actionnaires permet aux parties signataires de répondre au mieux à leurs différents intérêts particuliers et de collaborer harmonieusement au sein de la société¹⁶³. Ainsi, peut-on imaginer à bon droit que le pacte crée un lien de loyauté entre les parties pour la prise en compte de la diversité des intérêts particuliers. Ce devoir de loyauté qui pèse sur les signataires

158 D. SCHMIDT, « les conflits d'intérêts entre actionnaires », *Joly*, 2004.

159 F. FANOU, *op.cit.*, pp.340 et s ; G. TERRIER, *op.cit.* p.29.

160 F. FANOU., *op.cit.* pp. 320 et s.

161 Cf. article 2 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE.

162 Sur ce point v. F. DIESSE, « le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », *Archives de philosophie du droit*, 1999, t. 43, p. 259.

163 F. FANOU, *op.cit.* p. 346.

du pacte pourrait servir de garantie à l'obligation de confidentialité que recouvre les pactes¹⁶⁴.

La loyauté et la confidentialité qui se dégagent du pacte d'actionnaires n'empêchent pas que ce dernier soit soumis en ce qui concerne sa validité aux statuts et à la loi. En effet, le pacte doit être reconnu comme valable au nom de la liberté contractuelle sous réserve de l'ordre public et des règles relatives au droit des contrats. Il s'inscrit dans un cadre sociétaire et ne peut se soustraire de celui-ci¹⁶⁵.

L'article 2 de l'acte uniforme OHADA évoqué renvoie aux dispositions auxquelles il ne peut déroger. L'ordre public s'invite dans le débat relatif à la conclusion des conventions extrastatutaires. Le pacte doit se conformer à l'ordre public sociétaire¹⁶⁶. La cour de cassation française appréciant la conformité du pacte à l'ordre public sociétaire n'a pas manqué de valider

les conventions extrastatutaires entre actionnaires sous le visa de l'article 1134 du code civil en admettant leur validité : « lorsqu'elles ne sont pas contraires à une règle d'ordre public, à une stipulation impérative des statuts ou à l'intérêt social »¹⁶⁷. La référence à l'ordre public, à une stipulation impérative des statuts ou à l'ordre social pour apprécier la validité de la convention extrastatutaire représente un critère d'appréciation de la bonne foi et de la loyauté de ses signataires et surtout entre ces derniers et les autres actionnaires de la société¹⁶⁸. L'exigence de la validité d'une convention extrastatutaire entre deux ou plusieurs actionnaires d'une certaine manière, crée un devoir général de bonne foi et de loyauté en raison de la collaboration à laquelle renvoie le pacte. L'exigence générale de bonne foi signifie qu'il faut aller au-delà du strict accord de certains actionnaires pour mettre à la charge de chacun d'eux, tous les devoirs qui sont

164 Ce devoir de confidentialité s'observe de plus en plus dans les sociétés non cotées.

165 J. J. DAIGRE et SENTILLES-DUPOND, « les pactes d'actionnaires », GLN Joly, Coll. pratique des affaires, 1995, n°34.

166 Dans le cadre des réformes des actes uniformes de l'OHADA, le législateur a maintenu dans le nouvel acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales, un ensemble de dispositions organisant un ordre public sociétaire afin de protéger les intérêts divergents qui gravitent autour de l'entreprise. Cependant, un examen attentif des dispositions organisant le régime des différentes catégories de sociétés permet de constater que la restriction de la liberté contractuelle a été à

géométrie variable car la teneur de l'ordre public varie en fonction de la spécificité des sociétés concernées. Cf. M. GUEYE, « liberté contractuelle et ordre public dans le nouvel acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales », Annales Africaines, nouvelles, vol. 1, avril 2015, pp. 355 et s.

167 V. cass. Com. 13 février 1996, Rev. Sociétés, 1996, p. 781, note J.J. DAIGRE et cass. Com. 7 jan. 2004, Bull. Joly, 2004, p. 544, note P. Le CANNU.

168 Pour l'abus de majorité, voir article 130 al. 2 de l'acte uniforme OHADA relatif aux sociétés commerciales et le GIE.

supposés par l'économie objectivement appréciée du contrat de société. Ne dit-on pas que les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donne à l'obligation d'après sa nature¹⁶⁹.

Les devoirs de l'actionnaire supposés par l'économie du contrat de société sont éprouvés par les principes de fraternité, de liberté et d'égalité¹⁷⁰. La fraternité puise en effet, sa source de deux exigences du droit des sociétés que sont l'intérêt commun et l'*affectio societatis* souvent dénommé *jus fraternitatis*¹⁷¹. L'intérêt commun tourné vers la personne de la société protège indirectement les actionnaires d'une société des abus à l'égard des autres. D'ailleurs, ne dit-on pas que toute société doit être (...) constituée dans l'intérêt commun des actionnaires ? Il est attendu des actionnaires d'une société, un comportement conforme au raffermissement du lien social. L'*affectio societatis* est au service de ce

raffermissement de l'esprit de collaboration entre actionnaires à l'endroit de qui, il est essentiellement orienté.

Les tribunaux lui sont très attachés pour la qualification du contrat de société ou pour sa validité. Il ressort d'une jurisprudence constante que l'*affectio societatis* peint la volonté de collaborer des actionnaires sur un pied d'égalité à la réalisation d'un objectif commun¹⁷².

La généralité du devoir de loyauté nous paraît établie¹⁷³. Ce devoir constitue une norme générale de comportement au même titre que le devoir de prudence ou de diligence qui caractérise le comportement attendu de tout actionnaire. Le devoir de loyauté se trouve ainsi être une « norme de civilité »¹⁷⁴ qui permet d'anoblir la collaboration entre actionnaires en société. La fraternité qui trouve son fondement premier dans l'intérêt commun et l'*affectio societatis* justifie d'imposer des devoirs à tous les actionnaires quel que soit le degré

169 Deux arrêts sont rendus dans ce sens sur le fondement de l'article 1135 du c. civ ; V. c. civ. 15. Mars 1998, JCP, IV, 191 et c. civ. 7 juin 1989, D. 1989, R. 2000.

170 J. MESTRES, « les devoirs de l'actionnaire », rapport de synthèse des actes du colloque de Deauville sur les devoirs de l'actionnaire, Gazette du Palais, juin 2016, pp. 78 et s.

171 Y. GUYON, « la fraternité dans le droit des sociétés », rev. Sociétés, 1989, pp. 439 et s.

172 P. Le CANNU et B. DONDERO, « droit des sociétés », Ed. Domat, 2013, 5^{ème} éd. n°98 ; Civ. 1^{ère}, 20 jan. 2010.

173 Selon un auteur, l'émergence du devoir général de loyauté est à l'origine d'un excès de contractualisation même s'il existe en parallèle, une contractualisation insuffisante de certains devoirs. V. J.-P. CHAZAL, « les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé loin ? », op. cit. pp. 99 et s..

174 Ph. STOFFEL-MUNKC, « l'abus dans le contrat, essai d'une théorie », LGDJ, 2000, n° 114.

de leur participation au capital social en raison du fait que, ceux-ci poursuivant l'intérêt commun, ne devraient s'affranchir de ces exigences¹⁷⁵.

Les exigences liées à l'affectio societatis et l'intérêt commun éprouvent la liberté d'entreprendre qualifiée de principe perturbateur¹⁷⁶. La problématique de la liberté face aux exigences du droit contemporain des sociétés amène à se poser la question de savoir si au nom du devoir de l'actionnaire, la liberté de celui-ci peut être remise en cause.

La réponse à cette question est affirmative au regard de la flexibilité du droit contemporain des sociétés¹⁷⁷. En effet, il n'y a pas de difficulté à admettre une limitation de la liberté de l'actionnaire qui, au préalable aurait consenti à cette limitation. En témoigne l'exemple de la souscription à un pacte d'actionnaires. A travers ce mécanisme, l'actionnaire peut

souverainement autolimiter sa liberté en consentant à des devoirs dans une relation extrastatutaire notamment les devoirs de bonne foi, de loyauté et de recherche de solutions amiables. A ces devoirs s'ajoutent ceux que l'actionnaire peut consentir personnellement dans le cadre d'une lettre d'intention notamment des devoirs de soutenir ou d'assister¹⁷⁸...

Comme on peut l'observer, l'émergence des devoirs à la charge de l'actionnaire soulève entre autres difficultés, celle relative au conflit entre la recherche de l'esprit de fraternité que sous-tend le devoir et l'esprit de liberté qui les reprochent. A une époque où le droit des sociétés au niveau international s'efforce à juste titre à promouvoir plus de liberté par la contractualisation¹⁷⁹, il peut paraître antinomique du point de vue conceptuel de travailler à l'éclosion des devoirs à la charge des actionnaires¹⁸⁰ dans un contexte mondial de promotion des investissements

175 J. MESTRES, op. cit., p. 78.

176 Ibid.

177 Sur ce point voir B. OPPETIT au sujet du concept de développement applicable au droit. Cf. B. OPPETIT, « droit et modernité », Paris, Puf., 1998, pp. 95 et s.

178 J.-L. MERCIER et F. KOPF, « le devoir de favoriser le redressement de l'entreprises : les mécanismes conventionnels », in actes du colloque de Deauville sur les devoirs de l'actionnaire, Gazette du Palais, juin 2016, hors-série, pp. 47 et s.

179 M. GUEYE, op.cit. pp. 338 et s. Selon l'auteur, il y a une restriction du champ d'application de

l'ordre public sociétaire au profit de la liberté contractuelle. Cette restriction de l'ordre public sociétaire résulte d'une part du renforcement de la nature contractuelle de la société telle que cela résulte de certaines innovations introduites dans le régime des sociétés commerciales dans l'espace OHADA. La contractualisation s'apprécie par rapport à la situation des actionnaires et par rapport à la souplesse du régime applicable à certaines structures sociétaires.

180 Dans le contexte de la contractualisation du droit des sociétés, on pourrait douter de la pertinence de l'émergence des devoirs.

économiques et d'hyper-concurrences internationales¹⁸¹.

Articulés autour de la fraternité, éprouvée par la liberté, les devoirs des actionnaires sont renforcés par le principe de l'égalité¹⁸² qui fut longtemps un principe directeur du droit des sociétés par actions. Au nom de l'égalité, les devoirs de ne pas frauder, de ne pas dénigrer, de ne pas poursuivre son intérêt égoïste au détriment de celui des autres actionnaires en tant qu'une exigence comportementale doivent s'imposer à tous les actionnaires avec la même intensité¹⁸³.

Les devoirs qui pèsent sur l'actionnaire qu'il s'agisse des devoirs à l'égard de la société que des devoirs à l'égard des autres actionnaires relèvent de ce que l'on pourrait qualifier de "droit commun des devoirs" de l'actionnaire qui se distingue de ses devoirs spécifiques qui se dégagent à l'épreuve de situations particulières. C'est au cœur de ce "droit

commun des devoirs" de l'actionnaire¹⁸⁴ et ses devoirs spécifiques que l'on identifie mieux une assimilation des devoirs aux obligations en dépit de leur autonomisation.

En guise de conclusion, il convient de noter que la réflexion sur la notion de devoir de l'actionnaire a permis d'observer un rapprochement des notions de devoir et celle d'obligation. Le devoir de l'actionnaire qui marque une évolution du droit des sociétés a laissé apparaître un noyau dur de devoirs permettant d'éviter à l'entreprise les nuisances fondés sur l'intérêt égoïste d'un actionnaire au détriment de l'intérêt social. Le devoir de l'actionnaire se heurtant au principe de la liberté d'entreprendre interpelle sur la nécessité de concevoir un équilibre nécessaire entre la protection de l'entreprise et les empêchements trop marqués à la liberté économique et à l'investissement, ces empêchements étant de nature à décourager l'esprit d'entreprise.

181 La liberté dont disposent les actionnaires dans le mouvement de contractualisation du droit des sociétés, ne se conçoit pas sans une certaine conception de la structure sociétaire qui doit refléter la volonté du législateur de mettre en place une réglementation d'ensemble plus favorable au développement des affaires, dans un contexte international marqué par la concurrence. Le doyen Carbonnier l'a si bien exprimé en relevant que : «la liberté contractuelle est la force juridique de cette loi économique du marché». cf. J. CARBONNIER, « droit et passion du droit sous la Vème République », Flammarion, 1996, p. 177 ; M. GUEYE, op. cit. pp.350 et s.

182 A. W. W. B. MANSA, op.cit. pp. 141 et s.

183 Si l'émergence des devoirs des actionnaires est une réalité, pour l'heure la jurisprudence ne fait peser sur l'actionnaire majoritaire en contrepartie de ses pouvoirs de décision prépondérant, des devoirs de ne pas contrarier l'intérêt social. Cass. Com. 8 janv. 1973, n°71- 1214 ; CA Aix-en-q Provence. 13 févr. 2014, n°12/23561, BJS, mai 2014, p. 325, n°111, note B. BRIGNON.

184 A. COURET, op.cit. p.20.